

12/2022

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische
Rechtspflege und Gesetzgebung

ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Revue de la société des juristes bernois

158. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
Dezember 2022

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf



Stämpfli Verlag

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. em. Dr. Dr. h.c. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber PD Dr. MARTIN KOCHER, Studen BE; Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. em. Dr. Dr. h.c. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern; Prof. Dr. CHRISTOF RIEDO, Freiburg; Prof. Dr. ROGER RUDOLPH, Zürich; Prof. Dr. FRANZISKA SPRECHER, Bern; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. FRANZ ZELLER, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 154.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 184.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 214.–, Europa CHF 249.50,
Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 149.–,
Einzelheft CHF 24.– (exkl. Versandkosten).
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 25
E-Mail zeitschriften@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Inseratemanagement,
Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 82

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Wölflistrasse 1,
Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 1787 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print) /
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2021

Veröffentlicht in Band 147 sowie im Internet

Von Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern*

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkungen

II. Kapitalgesellschaften

1. Partizipationsscheine, Missachtung statutarischer Vorzugsrechte: BGE 147 III 126 (Urteil des Bundesgerichts 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021)
2. Verbriefung von Namenaktien: BGE 147 III 469 (Urteil des Bundesgerichts 4A_39/2021 vom 9. August 2021)
3. Positive Beschlussfeststellungsklage: BGE 147 III 561 (Urteil des Bundesgerichts 4A_340/2021 vom 27. Oktober 2021)
4. Austritt aus einer GmbH, Erwerb eigener Stammanteile: BGE 147 III 505 (Urteil des Bundesgerichts 4A_209/2021 vom 19. Juli 2021)
5. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Haftung für Prozesskosten: Urteil des Bundesgerichts 4A_130/2021 vom 28. Mai 2021
6. Haftung der Revisionsstelle; Substanziierung des Konkursverschleppungsschadens: Urteil des Bundesgerichts 4A_218/2020 vom 19. Januar 2021

III. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile

1. Anwalts-AG, Ausgestaltung der Statuten: BGE 147 II 61 (Urteil des Bundesgerichts 2C_372/2020 vom 26. November 2020; Pra. 110 [2021] Nr. 72)
2. Organisationsmängelverfahren, Klageberechtigung des Willensvollstreckers, Erbe als Nebenintervenient: BGE 147 III 537 (Urteil des Bundesgerichts 4A_147/2021 vom 27. Oktober 2021; Pra. 111 [2022] Nr. 51)

* Prof. Dr. iur. Karin Müller ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Ich danke Frau Viviane Dettling, MLaw, und Herrn lic. iur. RA Zeno Schönmann für die kritische Durchsicht des Manuskripts und Frau Michèle Lang, BLaw, für die Unterstützung bei der Zitatkontrolle.

I. Vorbemerkungen

Im vorliegenden Beitrag werden die in der amtlichen Sammlung in Band 147 publizierten Entscheide des Bundesgerichts sowie weitere wichtige (nicht amtlich publizierte) Urteile aus dem Jahr 2021 zum Gesellschaftsrecht besprochen. Das Schwergewicht liegt im Berichtsjahr 2021 wiederum auf dem Recht der Kapitalgesellschaften und dort bei der Aktiengesellschaft (II.). Im Bereich Personengesellschaften sind demgegenüber keine zu besprechenden Urteile zu verzeichnen. Neben den Urteilen zu den Kapitalgesellschaften werden aber zwei weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile in der gebotenen Kürze erörtert, eines im Zusammenhang mit einer Anwaltsgesellschaft (III./1.), das andere im Hinblick auf ein Organisationsmängelverfahren (III./2.).

Das Bundesgericht hat im Bereich der Kapitalgesellschaften verschiedene bislang umstrittene Fragen geklärt. So hat es etwa die Frage beantwortet, ob statutarische Vorzugsrechte von den berechtigten Personen direkt mittels einer Leistungsklage gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können (II./1.). Ferner hat es entschieden, dass ein Aktionär einen gesetzlichen Anspruch auf die wertpapiermässige Verbriefung seiner Mitgliedschaft hat, sofern die Statuten der Gesellschaft diesen Anspruch nicht ausschliessen (II./2.). Es hat auch Klarheit geschaffen, ob bzw. in welchen Fällen eine positive Beschlussfeststellungsklage zulässig ist (II./3.), und wie sich das Austrittsrecht eines Gesellschafters einer GmbH mit einer Beteiligung von über 35% am Stammkapital zu den Regeln über den Erwerb eigener Stammanteile der Gesellschaft, insbesondere zur Erwerbsobergrenze von Art. 783 Abs. 2 OR, verhält (II./4.). Zudem hat das Bundesgericht in zwei nicht amtlich publizierten Urteilen Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit behandelt (II./5. und II./6.).

II. Kapitalgesellschaften

1. **Partizipationsscheine, Missachtung statutarischer Vorzugsrechte: BGE 147 III 126 (Urteil des Bundesgerichts 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021)**

In BGE 147 III 126 hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob statutarische Vorzugsrechte von den berechtigten Personen direkt

mittels einer Leistungsklage gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können oder ob zuerst der Generalversammlungsbeschluss, der die statutarischen Vorzugsrechte missachtete, angefochten werden muss. Zur Diskussion standen Vorzugsrechte von Partizipanten.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Das Aktienkapital der B. AG ist in Namenaktien (Stammaktien) und Stimmrechtsaktien eingeteilt. Daneben besteht ein Partizipationskapital. Art. 29 der Statuten der B. AG sieht vor, dass nach der Zuweisung von 5% des Jahresgewinns an die allgemeine Reserve, bis diese die Höhe von 20% des Aktienkapitals erreicht hat, die Partizipanten vom restlichen Jahresgewinn eine Vorzugsdividende bis zu 5% des Nominalwerts der Partizipationsscheine erhalten. An der ordentlichen Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2017 stellte A. zu Traktandum 4 «Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017» den Antrag, es sei zusätzlich zur vorgesehenen Ausschüttung einer Dividende eine Vorzugsdividende von CHF 0.15 pro Partizipationsschein auszubezahlen. Der Verwaltungsrat liess den Antrag nicht zur Beratung und Abstimmung zu, und die Generalversammlung fasste den Beschluss über die Verwendung des Geschäftsergebnisses entsprechend dem Antrag des Verwaltungsrats. A. focht daher den Beschluss beim Handelsgericht Bern an und beantragte im Wesentlichen, den unter Traktandum 4 gefassten Beschluss aufzuheben, und verlangte von der Gesellschaft CHF 152 504.– sowie CHF 472 762.40 nebst Zins. Eventualiter sei die Gesellschaft zu verpflichten, Generalversammlungsbeschlüsse zu fassen, wonach für die Geschäftsjahre 2012, 2013, 2014 und 2016 eine jeweils betraglich pro Partizipationsschein festgesetzte Vorzugsdividende auszuschütten sei.

Das Handelsgericht hob den angefochtenen Beschluss auf und wies die Klage in Bezug auf die weitergehenden Anträge ab. Es kam zum Schluss, gestützt auf die Statuten bestehe eine Pflicht zur Ausrichtung einer Vorzugsdividende von 5% an die Partizipanten. Für die Geschäftsjahre 2013 und 2014 sei eine entsprechende Vorzugsdividende ausbezahlt, in den Jahren 2012 und 2016 dagegen keine (2016) oder eine zu geringe (3,33%; 2012) entrichtet worden. Die entsprechenden Beschlüsse seien aber nicht angefochten worden, weshalb sie definitive Gültigkeit erlangt hätten. In Bezug auf das Geschäftsjahr 2017 entschied das Handelsgericht, es bestehe kein direktes Klagericht auf Auszahlung der Vorzugsdividende. Vielmehr habe A. die – aufgrund der Aufhebung des statutenwidrigen Beschlusses – anste-

hende erneute Beschlussfassung der Generalversammlung abzuwarten, denn die Dividendenforderung entstehe erst mit dem entsprechenden Beschluss der Generalversammlung.

In seinen Erwägungen hielt das Bundesgericht vorab fest, Partizipationsscheine könnten – ebenso wie Aktien – mit Vorzugsrechten verbunden werden (Art. 656a Abs. 2 i. V. m. Art. 656 Abs. 1 und 2 OR; E. 3). In der Lehre sei umstritten, zu welchem *Zeitpunkt* und unter welchen *Voraussetzungen* ein Forderungsrecht der privilegierten Aktionäre bzw. Partizipanten gegenüber der Gesellschaft entstehe bzw. bestehe (E. 3.1). Wie bereits das Handelsgericht gelangte das Bundesgericht alsdann zum Ergebnis, es sei eine Anfechtung der die Privilegien missachtenden Beschlüsse der Generalversammlung erforderlich (E. 3.3). Denn nur bei einer Pflicht zur Anfechtung sei – aufgrund der *erga-omnes*-Wirkung gemäss Art. 706 Abs. 5 OR – gewährleistet, dass die pflichtwidrige Missachtung von Privilegien bei allen Betroffenen gleichermassen beseitigt werde (E. 3.3.2). Dem Partizipanten würden nach Art. 656a Abs. 2 i. V. m. Art. 706 OR die gleichen Anfechtungsrechte wie dem Aktionär zustehen (E. 3.3.3).

Das Bundesgericht anerkannte zwar, dass die Partizipanten formell keinen statutenkonformen Beschluss der Generalversammlung erzwingen können und sich dadurch in einer prekären Lage befinden würden. Es führte aber aus, die Generalversammlung hätte nach erfolgreicher Anfechtung des Beschlusses nach Treu und Glauben zügig einen statutenkonformen Beschluss zu fassen. Werde erneut ein statutenwidriger Beschluss gefasst, könne den Partizipanten der ihnen zustehende Betrag im Rahmen des (zweiten) Anfechtungsverfahrens aufgrund des treuwidrigen Verhaltens der Aktionäre direkt zugesprochen werden (E. 3.4.5).

Das Urteil verdient grundsätzlich Zustimmung. Es betrifft zwar (lediglich) Ansprüche der Partizipanten auf eine Vorzugsdividende, die Ausführungen des Bundesgerichts sind indessen für die Geltendmachung aller Vorzugsrechte von Gesellschaftern relevant. Vorzugsaktionäre und Partizipanten können demnach ihren statutarischen Anspruch auf Zahlung einer Vorzugsdividende nicht direkt gegen die Gesellschaft einklagen. Es besteht kein direktes Forderungsrecht mittels Leistungsklage. Vielmehr stellt der Generalversammlungsbeschluss die Legitimation für die Ausschüttung dar und führt dazu, dass die in den Statuten vorgesehene Forderung fällig wird (vgl. CHABLOZ/SCHILTER, SZW 2021, 364). Es bedarf somit stets eines

rechtsbegründenden Dividendenbeschlusses der Generalversammlung (DAZIO/VON DER CRONE, SZW 2021, 242 f.). Missachtet der Generalversammlungsbeschluss die statutarisch vorgesehenen Privilegien, muss er – will der Aktionär bzw. Partizipant zu seinem Recht kommen – angefochten werden. Für dieses Vorgehen sprechen nach Ansicht des Bundesgerichts insbesondere die Rechtssicherheit und der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter (vgl. E. 3.4.4). Damit gewichtet das Bundesgericht die Rechtssicherheit und das Gleichbehandlungsgebot bezüglich eines einheitlichen Kapitalausschüttungsregimes zu Recht höher als die Interessen der einzelnen Partizipanten, mittels einer Leistungsklage zu ihrem Recht zu kommen. Nur durch die Anfechtung des statutenwidrigen Beschlusses ist gewährleistet, dass die Missachtung der Vorzugsrechte aller betroffenen Gesellschafter in gleicher Weise beseitigt wird (gl. M. CHABLOZ/SCHILTER, SZW 2021, 364; FISCHER, AJP 2021, 686).

Wird der Beschluss gerichtlich aufgehoben, hat die Generalversammlung – so das Bundesgericht – zügig einen neuen statutenkonformen Beschluss zu fassen (vgl. E. 3.4.5). Wie allerdings die Rechtslage ist, wenn die Generalversammlung die erneute statutenkonforme Beschlussfassung ungebührlich verzögert oder gar keinen neuen Beschluss fasst, den der Partizipant – um zu seinem Recht zu kommen – anfechten könnte, wenn dieser wiederum gegen die Statuten verstösst, ergibt sich nicht aus den bundesgerichtlichen Erwägungen (zur rechtlichen Einordnung und zu den Folgen der unterschiedlichen Szenarien vgl. DAZIO/VON DER CRONE, SZW 2021, 245 ff.). Anders als die Aktionäre können die Partizipanten eine Einberufung der Generalversammlung nämlich nicht verlangen (Art. 656c Abs. 1 und 2 OR) und damit keine Beschlussfassung erzwingen. Ihnen fehlt somit ein entscheidender Einfluss auf die Generalversammlung (vgl. E. 3.4.5).

In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass der Entscheid über die Verwendung des Bilanzgewinns zwingend bei der Generalversammlung liegt (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR), der diesbezüglich ein weites Ermessen zukommt. Wäre das Vorrecht auf Dividende ein – vom einzelnen Aktionär bzw. Partizipanten – unmittelbar (d. h. ohne Gewinnverwendungsbeschluss) durchsetzbares Recht, würde die zwingende Kompetenzverteilung innerhalb der Gesellschaft missachtet, indem die Festsetzung der Dividende keine unübertragbare Kompetenz der Generalversammlung mehr wäre (vgl. DAZIO/

VON DER CRONE, SZW 2021, 243). In diesem Sinn besteht (in aller Regel) auch keine «Pflicht» zur Ausschüttung einer Dividende, weil ansonsten der Gewinnverwendungsbeschluss der Generalversammlung zu einem «bloss formalen Rechtsakt» (DAZIO/VON DER CRONE, SZW 2021, 243) würde. Die vorzugsberechtigten Gesellschafter haben somit grundsätzlich keinen Anspruch auf Ausschüttung einer Vorzugsdividende (DAZIO/VON DER CRONE, SZW 2021, 243, die darauf hinweisen, dass ein Generalversammlungsbeschluss, der keine oder eine zu tiefe Dividendenausschüttung an die Vorzugsaktionäre vorsehe, dann nicht erfolgreich angefochten werden könne, wenn der [verbleibende] Gewinn zur Bildung von Reserven verwendet oder auf neue Rechnung vorgetragen werde). Erfolgt allerdings wie vorliegend eine Dividendenausschüttung an alle Aktionäre und Partizipanten, ohne dass die statutarisch vorgesehenen Vorzugsrechte der Partizipanten berücksichtigt werden, liegt ein statutenwidriger und damit anfechtbarer Beschluss vor. Das Ausbleiben der Vorzugsdividende kann in diesem Fall wirtschaftlich nicht von der Thesaurierung eines entsprechenden Gewinns der Gesellschaft kompensiert werden (DAZIO/VON DER CRONE, SZW 2021, 244).

Letztlich besteht das Kernproblem des vorliegenden Falls darin, dass den Partizipanten zwar statutarische Vorzugsrechte eingeräumt wurden, sie aber nur in deren Genuss kommen, wenn die stimmberechtigten Aktionäre diese Vorzugsrechte im Rahmen der Gewinnverwendung tatsächlich berücksichtigen und formell beschliessen. Damit sind die Partizipanten in Bezug auf ihre Vorzugsrechte von den stimmberechtigten Aktionären weitgehend abhängig (FISCHER, AJP 2021, 682).

Anders verhält es sich mit der Zulässigkeit einer direkten Leistungsklage, wenn die Ausrichtung von Tantiemen missachtet wird. In einem solchen Fall ist grundsätzlich keine Anfechtung des Beschlusses erforderlich. Vielmehr steht den Mitgliedern des Verwaltungsrats eine Leistungsklage gegen die Gesellschaft offen, wenn die Statuten der Generalversammlung die Ausrichtung von Tantiemen nicht nur fakultativ erlauben, sondern diese in einer bestimmten Höhe zwingend vorschreiben und die entsprechenden statutarischen Voraussetzungen erfüllt sind (E. 3.2.2). Dies ist gerechtfertigt, bildet der Anspruch auf Tantiemen doch Bestandteil des synallagmatischen Rechtsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern des Verwaltungsrats, das in einzelnen Punkten auch durch die Statuten geregelt ist (E. 3.2.2; vgl. auch BGE 75 II 149). Der Anspruch ergibt sich dem-

nach – im Gegensatz zu demjenigen der Aktionäre und Partizipanten – aus einem individuell geregelten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Im vorliegenden Entscheid (BGE 147 III 126) ging es demgegenüber um ein sämtlichen Partizipanten zustehendes Privileg, nämlich den Anspruch auf Dividendenausschüttung und nicht um die Begleichung einer vertraglichen Forderung, sodass das Bundesgericht zu Recht davon ausging, dass keine Leistungsklage möglich war.

Weitere Besprechungen zu BGE 147 III 126 finden sich bei CHABLOZ/SCHILTER, SZW 2021, 359, 363 f.; DAZIO/VON DER CRONE, SZW 2021, 236 ff.; FISCHER, AJP 2021, 678 ff.; PFISTERER/WYLER, SJZ 2022, 888, 895 ff.

2. Verbriefung von Namenaktien: BGE 147 III 469 (Urteil des Bundesgerichts 4A_39/2021 vom 9. August 2021)

Das Bundesgericht hatte in BGE 147 III 469 die Frage zu klären, ob ein Aktionär einen *gesetzlichen* Anspruch auf die wertpapiermässige Verbriefung seiner Mitgliedschaft hat. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: B. ist Aktionärin der A. AG und hält 70 von deren 210 Namenaktien. Sie klagte vor dem Handelsgericht Zürich gegen die A. AG und beantragte, den Organen der Beklagten sei unter Strafantrohung nach Art. 292 StGB zu befehlen, ihr (der Klägerin) wahlweise (a) 70 Namenaktien der Beklagten über je CHF 1000.– nominal *im Sinne eines Wertpapiers* oder (b) ein Zertifikat über das Eigentum an 70 Namenaktien der Beklagten über je CHF 1000.– nominal *im Sinne eines Wertpapiers* auszuhändigen. Das Handelsgericht kam zum Schluss, dass grundsätzlich ein gesetzlicher Anspruch auf Aushändigung der Aktien in wertpapiermässiger Form bestehe, es sei denn, der Anspruch werde in den Statuten der Gesellschaft ausdrücklich ausgeschlossen. Da in den Statuten der beklagten Gesellschaft dieser Anspruch der Aktionäre nicht abbedungen werde, habe die Klägerin einen Anspruch auf wertpapiermässige Verbriefung ihrer Mitgliedschaft. Folglich hiess das Handelsgericht die Klage gut. Die A. AG erhob gegen das Urteil Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht schützte die Überlegungen der Vorinstanz und führte aus, im Gesetz sei nicht geregelt, ob ein Aktionär Anspruch auf die wertpapiermässige Verbriefung seiner Mitgliedschaft habe (E. 4.1). In der Lehre sei die Frage umstritten, wobei grundsätzlich

zwei Meinungen vertreten würden. Nach der einen Ansicht bestehe ein gesetzlicher Anspruch des Aktionärs auf wertpapiermässige Verbriefung. Dieser Anspruch könne aber – jedenfalls soweit es um Namenaktien gehe – statutarisch wegbedungen werden (E. 4.2.1). Nach anderer Ansicht bestehe kein (gesetzlicher) Anspruch auf Ausgabe eines Wertpapiers. Ein solcher Anspruch könne aber durch eine statutarische Regelung gewährt werden oder sich allenfalls aus innergesellschaftlicher Usanz ergeben (E. 4.2.2).

Im Prinzip – so das Bundesgericht weiter – sei sich die herrschende Lehre somit einig, dass – zumindest für Namenaktien, um die es vorliegend gehe – kein zwingendes Recht auf Verbriefung der Mitgliedschaft bestehe (E. 4.2.3). Der Aktionär habe aber gegenüber der Gesellschaft unbestrittenermassen Anspruch auf eine Bescheinigung seiner Aktionärsstellung. Dieser Anspruch auf Ausstellung einer gewöhnlichen Beweisurkunde sei unentziehbar (E. 4.3.1).

Weil das Gesetz indessen als Regelfall davon ausgehe, dass die Mitgliedschaft wertpapiermässig verurkundet ist, wolle es dem Aktionär (mindestens implizit) einen Anspruch auf Verbriefung seiner Mitgliedschaft gewähren. Für die Verbriefung in einem Wertpapier spreche zudem die für die AG typische Verkehrsfähigkeit der Aktionärsstellung. Demnach habe der Aktionär im Prinzip einen gesetzlichen Anspruch auf wertpapiermässige Verbriefung seiner Mitgliedschaftsrechte (E. 4.3.2). Weil die wertpapiermässige Verbriefung aber nicht unerlässlich für die Entstehung, die Geltendmachung und die Übertragung der Mitgliedschaft sei, müsse es der Gesellschaft freistehen, dieses Recht der Aktionäre in den Statuten ausdrücklich auszuschliessen. Dies gelte zumindest für Namenaktien (E. 4.3.3).

Im vorliegenden Fall hatte B. demnach Anspruch auf wertpapiermässige Verbriefung ihrer Mitgliedschaft (E. 5.4 [nicht amtlich publiziert]), weil die Statuten der Gesellschaft zur Frage, ob die Aktien in Form von Wertpapieren oder als blosse Beweisurkunden auszugeben seien, schwiegen (E. 5.1 [nicht amtlich publiziert]). Das Bundesgericht wies die Beschwerde der A. AG folglich ab.

Dem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen. Soweit die Statuten der Gesellschaft den Anspruch der Namenaktionäre auf wertpapiermässige Verbriefung ihrer Mitgliedschaft nicht ausschliessen, kann der Aktionär von der Gesellschaft verlangen, dass sie ihm ein Wertpapier aushändigt. Die Aktionäre haben es demnach in der Hand, durch die Einführung einer entsprechenden Statutenbestimmung die-

sen Anspruch – wenigstens für Namenaktien (vgl. E. 4.2.1 und 4.5) – abzubedingen.

Hintergrund der vorliegenden Streitigkeit (ebenso wie der parallelen Verfahren 4A_41/2021 und 4A_43/2021 vom 9. August 2021) ist ein Familienzweist. Einen Rechtsmissbrauch bezüglich der Klageerhebung sahen zu Recht aber weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_43/2021, E. 7, insbesondere 7.5). Einem Aktionär muss es – unabhängig von allfälligen Streitigkeiten unter den Aktionären – möglich sein, seinen gesetzlichen Anspruch auf wertpapiermässige Verbriefung seiner Mitgliedschaft notfalls gerichtlich durchzusetzen.

Eine weitere Besprechung zu BGE 147 III 469 findet sich bei MAHLER, AJP 2021, 1521 ff. Vgl. auch die Hinweise bei CHABLOZ/VRACA, SZW 2022, 264, 268 f.

3. Positive Beschlussfeststellungsklage: BGE 147 III 561 (Urteil des Bundesgerichts 4A_340/2021 vom 27. Oktober 2021)

Das Bundesgericht hatte in BGE 147 III 561 zwei Fragen zu klären: erstens, ob eine patronale Personalfürsorgestiftung, die Aktien der Gesellschaft hält, von der sie beherrscht wird, das aus diesen Aktien fließende Stimmrecht ausüben kann. Zweitens, ob eine positive Beschlussfeststellungsklage im Sinn einer Gestaltungsklage zulässig ist und – sofern dies zu bejahen ist – unter welchen Voraussetzungen.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die A. AG hat ein Aktienkapital von CHF 150 000.– (150 Namenaktien zu je CHF 1000.–). Aktionäre sind B. B. (30 Aktien), ihre Kinder C. B. (40 Aktien) und D. B. (40 Aktien) sowie die Personalfürsorgestiftung der A. AG (40 Aktien). Dem Verwaltungsrat der A. AG gehörten bis am 1. November 2019 C. B. (Präsidentin), B. B. und D. B. an. Die Personalfürsorgestiftung der A. AG ist patronal konstituiert. Der Stiftungsrat wird vom Verwaltungsrat der A. AG bestimmt. Zurzeit gehören C. B. (Präsidentin mit Stichentscheid) und D. B. dem Stiftungsrat an. An einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 1. November 2019 waren insbesondere die Anträge auf Abwahl von D. B. und C. B. aus dem Verwaltungsrat sowie die Neuwahl von Verwaltungsratsmitgliedern als Traktanden vorgesehen. C. B. übte nicht nur die Stimmrechte betreffend

ihre eigenen 40 Aktien, sondern (trotz Protest von B. B. und D. B.) als Stellvertreterin auch jene betreffend die 40 Aktien der Stiftung aus. Dadurch wurden jeweils mit 80 zu 70 Stimmen einerseits ihre eigene Abwahl aus dem Verwaltungsrat abgelehnt und andererseits D., RA E. sowie RA C. neu in den Verwaltungsrat gewählt.

B. B. reichte u. a. gegen diese Beschlüsse beim Handelsgericht Zürich Klage ein. Sie beantragte, es «sei festzustellen, dass die protokollierte Zählweise der [...] gefassten Beschlüsse fehlerhaft ist und dass die Beschlüsse wie folgt zustande gekommen sind: a) Abwahl von C. B. aus dem Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen; b) Ablehnung der Neuwahl von D. in den Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen; c) Ablehnung der Neuwahl von Rechtsanwalt E. in den Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen; d) Ablehnung der Neuwahl von Rechtsanwalt C. in den Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen.»

Die Vorfrage, die sich gestellt hatte, nämlich ob eine patronale Personalfürsorgestiftung, die Aktien der Gesellschaft hält, von der sie beherrscht wird, das aus diesen Aktien fließende Stimmrecht ausüben kann, beantwortete das Bundesgericht wie folgt: In der vorliegenden Konstellation dränge sich eine analoge Anwendung von Art. 659a Abs. 1 OR (ruhendes Stimmrecht) auf (E. 5.2.1). Halte eine patronale Personalfürsorgestiftung Aktien der Gesellschaft, von der sie beherrscht werde, ruhe somit das aus diesen Aktien fließende Stimmrecht, sofern nicht mit geeigneten strukturellen Massnahmen sichergestellt sei, dass der Stiftungsrat effektiv und dauernd unabhängig agiere (E. 5.2.4). Das Bundesgericht betonte, dass Art. 659a Abs. 1 OR vordringlich die Wahrung des Bestimmungsrechts der Generalversammlung bezwecke (E. 4.1). Es gehe um die Willensbildung in der Generalversammlung. Verhindert werden solle die Gefahr der Konzentration von Macht ohne Risiko beim Verwaltungsrat. Aus dem Erwerb eigener Aktien könne sich – sofern das Stimmrecht nicht ruht – eine unzulässige Beeinflussung der Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung durch die Gesellschaftsorgane ergeben. Auf die formale Trennung der Gesellschaft und der Personalfürsorgestiftung als deren Aktionärin könne es nicht ankommen. Entscheidend sei vielmehr das zwischen ihnen bestehende Abhängigkeitsverhältnis. Sei die Personalfürsorgestiftung derart von der Gesellschaft beherrscht, dass ihr dieser gegenüber kein selbständiger Wille zukomme, sei der Gesellschaft die Verfügungsgewalt über die im Eigentum der Personalfürsorgestiftung befindlichen Aktien gegeben (E. 5.2.1).

Vorliegend war nicht mit adäquaten organisatorischen Massnahmen gewährleistet, dass der Stiftungsrat von der Gesellschaft effektiv und dauernd unabhängig ist (vgl. E. 5.2.3), sodass das Stimmrecht der von der Personalfürsorgestiftung gehaltenen Aktien ruhte. Dies hatte zur Folge, dass die 40 Stimmen (der Personalfürsorgestiftung) nicht hätten mitgezählt werden dürfen. Aus einer korrekten Zählweise hätten umgekehrte Abstimmungsergebnisse resultiert; so wäre etwa der Antrag auf Abwahl von C. B. angenommen worden (E. 5.3). Es stellte sich daher die Frage, ob B. B. – wie sie dies getan hatte – berechtigt war, diesbezüglich eine positive Beschlussfeststellungsklage zu erheben.

Das Bundesgericht führte aus, in Bezug auf die beantragte Abwahl von C. B. erweise sich die Anfechtungsklage nach Art. 691 Abs. 3 i. V. m. Art. 706 f. OR als untauglich, soweit sie einzig die Aufhebung eines GV-Beschlusses ermögliche. Das rechtmässige Ergebnis könne durch blosser Aufhebung nicht hergestellt werden. Im Ergebnis gälte der Antrag als nicht angenommen, obwohl er ohne die unbefugte Teilnahme der Personalfürsorgestiftung an der Abstimmung angenommen worden wäre (E. 6.2).

Anschliessend befasste sich das Bundesgericht mit der von der herrschenden Lehre anerkannten positiven Beschlussfeststellungsklage. Bislang hatte das höchste Gericht offengelassen, ob eine solche Klage zulässig ist (E. 6.3, vgl. auch E. 6.2). Mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage wird über die kassatorische Wirkung der Ungültigkeitserklärung hinaus verlangt, den rechtmässigen Beschlussinhalt klarzustellen. Ziel ist es, einen rechtmässigen Beschluss an die Stelle des rechtswidrig zustande gekommenen zu setzen. Indem die Klage auf die Herstellung des rechtmässigen Beschlussergebnisses, auf die Änderung des Beschlussinhalts und damit auf eine gerichtliche Neuordnung der gesellschaftlichen Rechtslage gerichtet ist, ist sie ihrem Wesen nach Gestaltungs- und nicht Feststellungsklage (E. 6.2).

Das Bundesgericht hält schliesslich fest, es sei eine Frage des materiellen Rechts und nicht des Prozessrechts, welche Rechte oder Rechtsverhältnisse Gegenstand einer Gestaltungs- und nicht Feststellungsklage sein könnten (E. 6.4). Die Stimmrechtsklage nach Art. 691 Abs. 3 OR sei ein Unterfall der allgemeinen Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR. Neben der Aufhebung des Beschlusses, mithin der kassatorischen Wirkung des Urteils, scheine Art. 706 OR auch andere Entscheidformen zu billigen (E. 6.5.1). Dabei erkennt das Bundesgericht das Problem, das besteht, wenn das angerufene Gericht einzig befugt wäre, ablehnende

Generalversammlungsbeschlüsse aufzuheben, ohne positiv das korrekte Ergebnis feststellen zu können. In einem solchen Fall könnte über dieses Traktandum nämlich erst anlässlich einer folgenden Generalversammlung abgestimmt werden, und dies möglicherweise erst erhebliche Zeit später und unter veränderten Umständen, insbesondere mit allenfalls anders zusammengesetztem Aktionärskreis. Räume das Gesetz den Aktionären aber ein Stimmrecht ein, so das Bundesgericht, müsse dieses eines ernsthaften staatlichen Schutzes teilhaftig sein. Es sei nicht einzusehen, «weshalb bei der Anfechtung eines positiven Beschlussergebnisses der rechtmässige Zustand mittels Kassation hergestellt werden kann, dem Aktionär im Falle eines ablehnenden Beschlusses ein vergleichbarer Rechtsschutz indes versagt sein soll» (E. 6.5.2). Bei unbefugter Teilnahme von Personen an der Beschlussfassung in der Generalversammlung (vgl. Art. 691 Abs. 2 und 3 OR) müsse die Anfechtung einen effektiven Rechtsschutz sicherstellen, der allein mit der positiven Beschlussfeststellungsklage gewährleistet sei (E. 6.5.2). Voraussetzung sei indessen, dass das Gericht ohne Weiteres in der Lage sei, den Zustand festzustellen, der bei rechtmässiger Auszählung der Stimmen herausgekommen wäre (E. 6.5.3).

Dem Entscheid, der zwei wichtige Fragen klärt, ist zuzustimmen. Im Ergebnis ist es richtig, dass eine patronale Personalfürsorgestiftung, die Aktien der Gesellschaft hält, von der sie beherrscht wird, das aus diesen Aktien fliessende Stimmrecht nicht ausüben kann und das Stimmrecht dieser Aktien ruht, wenn – wie im vorliegenden Fall – nicht (mit adäquaten organisatorischen Massnahmen) gewährleistet ist, dass der Stiftungsrat von der Gesellschaft effektiv und dauernd unabhängig ist (zustimmend u. a. auch GALLI/VISCHER, SZW 2022, 172 ff., die allerdings die dogmatische Begründung des Bundesgerichts für fragwürdig halten [SZW 2022, 176]). Das Bundesgericht betont zu Recht, dass es um die freie Willensbildung in der Generalversammlung gehe, die nicht vom Verwaltungsrat durch die Ausübung von Stimmrechten beeinflusst werden dürfe.

Zu begrüßen ist auch, dass das Bundesgericht die positive Beschlussfeststellungsklage im Grundsatz anerkannt hat, auch wenn es ausdrücklich offenlässt, ob sie sich unmittelbar durch Auslegung ergibt oder das Ergebnis (zulässiger) richterlicher Lückenfüllung ist (E. 6.5.2). Als Gestaltungsklage ist die positive Beschlussfeststellungsklage zulässig, wenn zweifelsfrei feststeht, dass wegen des Mitzählens unzulässiger Stimmen ein Beschlussantrag als abgelehnt festgehalten wurde,

der nach den tatsächlich gegebenen Stimmverhältnissen als angenommen hätte protokolliert werden müssen. Voraussetzung ist somit, dass das Gericht ohne Weiteres in der Lage ist, den Zustand festzustellen, der sich bei rechtmässiger Auszählung der Stimmen ergeben hätte. Damit tritt – wie das Bundesgericht zu Recht feststellt – das Gericht nicht an die Stelle der Generalversammlung oder der Aktionäre. Es fällt auch keinen Ermessensentscheid, sondern merkt bloss einen Fehler in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses aus (E. 6.5.3).

Weitere Besprechungen zu BGE 147 III 561 finden sich bei DALLA PALMA/MAHLER/VON DER CRONE, SZW 2021, 760 ff.; GALLI/VISCHER, SZW 2022, 172 ff. (wobei der Fokus dieses Beitrags auf dem Ruhen des Stimmrechts [unter dem künftigen Aktienrecht] liegt); HOCHSTRASSER/AUWÄRTER, AJP 2022, 172 ff.

4. Austritt aus einer GmbH, Erwerb eigener Stammanteile: BGE 147 III 505 (Urteil des Bundesgerichts 4A_209/2021 vom 19. Juli 2021)

In BGE 147 III 505 hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, wie sich das in Art. 822 OR vorgesehene Austrittsrecht eines GmbH-Gesellschafters mit einer Beteiligung von über 35% am Stammkapital zu den Regeln über den Erwerb eigener Stammanteile der Gesellschaft, insbesondere zur Erwerbsobergrenze von 35% nach Art. 783 Abs. 2 OR, verhält.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Das Stammkapital der B. GmbH von CHF 20 000.– ist aufgeteilt in 20 Stammanteile mit einem Nennwert von je CHF 1000.–. A. hält neun Stammanteile und somit 45% des Stammkapitals. Er reichte im Januar 2020 eine Austrittsklage ein und beantragte, es sei ihm der Austritt aus der Gesellschaft zum wirklichen Wert seiner Beteiligung zu bewilligen. Die kantonalen Gerichte wiesen die Klage bzw. Beschwerde von A. ab.

Das Bundesgericht trat – obwohl der erforderliche Streitwert nicht erreicht war – auf die Beschwerde in Zivilsachen ein, weil eine bislang nicht geklärte Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorlag (E. 1). Vorab erörterte es die gesetzliche Regelung zum Austritt eines Gesellschafters (Art. 822 ff. OR) und zum Erwerb eigener Stammanteile (Art. 783 Abs. 1 und 2 OR; E. 2). Es stellte fest, das Gesetz regle nicht ausdrücklich, wie mit den Stammanteilen des austretenden Gesellschaf-

ters zu verfahren sei. Aus Art. 825a Abs. 1 OR könne aber geschlossen werden, dass die Stammanteile entweder von der Gesellschaft übernommen oder veräussert oder durch Kapitalherabsetzung vernichtet werden könnten. Vorliegend kämen diese drei Möglichkeiten indessen nicht infrage (E. 6.1). Art. 783 OR regle (und beschränke) den Erwerb eigener Stammanteile (E. 6.2.1). Der Gesetzgeber habe sich im Wissen um die Schwierigkeit des Austritts von Gesellschaftern mit bedeutenden Beteiligungsquoten für einen Plafond von 35% eigener Stammanteile entschieden (E. 6.2.3). Vor diesem Hintergrund könnten Änderungen im Gesellschafterbestand nicht bewilligt werden, wenn sie dazu führten, dass die Gesellschaft eigene Stammanteile im Nennwert von über 35% des Stammkapitals halten würde (E. 6.2.3). Bereits die vorinstanzlichen Gerichte hatten zwar einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 822 Abs. 1 OR angenommen, die Austrittsklage aber abgewiesen, weil der Austritt von A. aufgrund der Schranke des Erwerbs eigener Anteile nach Art. 783 Abs. 2 OR «nicht rechtskonform» durchführbar sei (E. 3). Der Austritt eines Gesellschafters aus der GmbH ist daher nicht zu bewilligen, wenn das Ausscheiden dazu führen würde, dass die Gesellschaft eigene Stammanteile im Nennwert von über 35% des Stammkapitals zu erwerben hätte (E. 6.6).

Der Entscheid verdient im Ergebnis Zustimmung. Art. 783 OR schränkt den Erwerb eigener Stammanteile ein. Die Bestimmung steht im Dienst des Gläubigerschutzes und soll namentlich die Verminderung von Haftungssubstrat der Gesellschaft verhindern (vgl. E. 6.2.1). Sie ist eine vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte Schranke zur Verhinderung der Aushöhlung der Gesellschaft (vgl. E. 6.3). Das Bundesgericht ist sich der dadurch verursachten Problematik durchaus bewusst, nämlich dass ein Gesellschafter mit einer Beteiligung von mehr als 35% nicht aus der Gesellschaft ausscheiden kann, wenn die einzige Möglichkeit wäre, dass die Gesellschaft die Stammanteile erwerben müsste. Es hielt denn auch fest, dem austrittswilligen Gesellschafter sei nicht jegliche Handhabe genommen. So stehe es ihm offen, gestützt auf Art. 821 Abs. 3 Satz 1 OR auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu klagen. Bei der Prüfung des Vorliegens eines «wichtigen Grundes» müsse (vom Gericht) alsdann berücksichtigt werden, dass ein Austritt – dem gegenüber der Auflösung der Gesellschaft im Allgemeinen Priorität zukäme («Subsidiarität der Auflösungsklage») – wegen der Erwerbsobergrenze von Art. 783 Abs. 2 OR ausgeschlossen sei (E. 6.4).

In prozessualer Hinsicht hielt das Bundesgericht fest, es wäre an A. gewesen, für den Fall der Abweisung seiner Austrittsklage eventualiter die Auflösung der Gesellschaft oder eine andere sachgemässe Lösung zu beantragen. Der Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) verbiete es, im Austrittsverfahren von Amtes wegen (ohne entsprechende Begehren) alternative Rechtsfolgen anzuordnen (E. 7). Anders als Art. 821 Abs. 3 Satz 2 OR (Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund) sieht Art. 822 OR (Austritt des Gesellschafters) nicht vor, dass das Gericht anstelle des Austritts eine andere (sachgemässe und den Beteiligten zumutbare) Lösung anordnen kann.

Eine weitere Besprechung zu BGE 147 III 505 findet sich bei FISCHER, AJP 2021, 1290 ff. Vgl. auch die Hinweise bei CHABLOZ/VRACA, SZW 2022, 264, 268.

5. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Haftung für Prozesskosten: Urteil des Bundesgerichts 4A_130/2021 vom 28. Mai 2021

Im nicht amtlich publizierten Entscheid 4A_130/2021 hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen ein Verwaltungsratspräsident nach Art. 754 OR persönlich für Prozesskosten, für welche die Gesellschaft in einem Verfahren aufkommen musste, einzustehen hat. Der Sachverhalt kann in gekürzter Form wie folgt wiedergegeben werden: A. hatte es als Verwaltungsratspräsident der D. AG unterlassen, innerhalb der gesetzlichen Frist von sechs Monaten nach Art. 699 Abs. 2 OR eine Generalversammlung einzuberufen. Auch nach Aufforderung von B., die Aktionärin der Gesellschaft ist, hatte er innert angemessener Frist keine Einladung verschickt (vgl. E. 5.2). In der Folge hatte B. am 4. Mai 2018 vor dem Handelsgericht Zürich Klage erhoben und die Einberufung der ordentlichen Generalversammlung 2016 verlangt. Nachdem den Aktionären am 13. Juli 2018 die Einladung zur Generalversammlung verschickt worden war, schrieb das Gericht das Verfahren als gegenstandslos ab. Die Gerichtskosten von CHF 7000.– wurden der D. AG auferlegt, und die D. AG wurde verpflichtet, B. eine Parteientschädigung von CHF 10 000.– zu bezahlen. Am 14. November 2018 reichte B. schliesslich gegen A. Klage betreffend aktienrechtliche Verantwortlichkeit ein und verlangte als Prozessstandschafterin der Gesellschaft, A. habe

einen noch zu beziffernden Betrag, mindestens aber CHF 17 770.–, an die D. AG zu bezahlen. Sie machte geltend, A. habe durch Pflichtverhältnis als Verwaltungsratspräsident die der Gesellschaft vom Handelsgericht (im ersten Prozess) auferlegten Prozesskosten sowie die Kosten der Rechtsvertretung verursacht.

Das Bundesgericht trat mangels Erreichens der Streitwertgrenze, und weil keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorlag, auf die von A. erhobene Beschwerde in Zivilsachen nicht ein. Die subsidiär eingereichte Verfassungsbeschwerde wies es ab, soweit es darauf eintrat. In der Sache anerkannte es, A. habe seine gesetzliche Pflicht als Verwaltungsratspräsident verletzt, weil er es versäumt habe, die ordentliche Generalversammlung innert der sechsmonatigen Frist nach Art. 699 Abs. 2 OR rechtzeitig einzuberufen bzw. abzuhalten. A. habe mit der Einberufungsklage und deren Gutheissung rechnen müssen, zumal er es auch nach Aufforderung von B. unterlassen habe, innert angemessener Frist eine Einladung zu verschicken. Die vor Handelsgericht entstandenen und der Gesellschaft auferlegten Prozesskosten sowie deren Vertretungskosten seien durch die pflichtwidrige Unterlassung adäquat und schuldhaft verursacht worden. Die Vorinstanz habe daher – so das Bundesgericht – alle Haftungsvoraussetzungen nach Art. 754 Abs. 1 OR zu Recht bejaht. Auch die Gewinnchancen der Gesellschaft im Einberufungsverfahren wären bereits zu Beginn erkennbar als sehr gering einzustufen gewesen. Der Gesellschaft seien durch das «sich zur Wehr setzen» gegen die Einberufungsklage unnötige Kosten entstanden (E. 5.2).

Das Urteil zeigt, dass es den Verwaltungsratspräsidenten teuer zu stehen kommen kann, wenn er sich der von einem Aktionär zu Recht verlangten Einberufung einer Generalversammlung widersetzt. Prozesskosten, für welche die Gesellschaft im Einberufungsverfahren aufkommen muss, können – sofern die Voraussetzungen von Art. 754 OR erfüllt sind – dem Verwaltungsratspräsidenten gegenüber persönlich als Schaden geltend gemacht werden.

Hintergrund der Streitsache dürften Auseinandersetzungen u. a. zwischen den Parteien sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_130/2021, Sachverhalt A.). Neben dem vorliegenden Verfahren wurde ferner ein weiterer Prozess geführt (Urteil des Bundesgerichts 4A_128/2021 vom 28. Mai 2021), in dem es um die Prozesskosten ging, die aus dem Verfahren betreffend Einberufung der ordentlichen Generalversammlung für das Jahr 2017 resultierten. Auch in dieser Streitsache wurde

A. zur Zahlung der der Gesellschaft entstandenen Kosten verurteilt. Daraus resultierte für A. schliesslich eine Schadenersatzsumme aus dem ersten Verfahren von rund CHF 27 000.– und aus dem zweiten Verfahren eine solche von rund CHF 24 000.–, zuzüglich der Prozesskosten dieser Verfahren.

Den Urteilen ist im Ergebnis insofern zuzustimmen, als es nicht angeht, dass Streitigkeiten zwischen Verwaltungsrat und Aktionären auf dem Buckel bzw. auf Kosten der Gesellschaft ausgetragen werden. Die grundsätzlichen Überlegungen, die zu diesen Urteilen geführt haben, gelten auch für andere von einem Verwaltungsrat zu Unrecht verursachte und der Gesellschaft auferlegte Prozesskosten. In BGE 139 III 24 hatte das Bundesgericht – im Zusammenhang mit einem erfolglos geführten Prozess über die Eintragung von Namenaktien im Aktienbuch der Gesellschaft – ausgeführt, die missbräuchliche Führung eines Gerichtsverfahrens könne grundsätzlich einen Verstoss gegen die Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR darstellen. Erscheine ein Prozess von vornherein als aussichtslos, müsse mit entsprechenden Kostenfolgen im Fall des Unterliegens gerechnet werden, was dem Gesellschaftsinteresse zuwiderlaufe. Der Verwaltungsrat habe – nötigenfalls unter Beizug eines Rechtsanwalts oder weiterer Fachpersonen – die Prozesschancen sorgfältig abzuklären. Im Einzelfall sei zu entscheiden, ob es im Lichte der gegebenen Umstände und Prozessrisiken vertretbar erscheine, dass der Verwaltungsrat den Rechtsweg beschreite. Das Gesellschaftsinteresse bilde dabei in zweierlei Hinsicht Richtschnur für die Beurteilung von Prozessführungsentscheiden des Verwaltungsrats: Zum einen könne es nicht im Interesse der Gesellschaft liegen, von vornherein aussichtslose Prozesse zu führen, die nur unnötige Kosten für die Gesellschaft generierten. Zum andern verbiete das Gesellschaftsinteresse, Prozesse zu führen, mit denen nicht ein im Gesellschaftsinteresse liegendes Ziel verfolgt werde (BGE 139 III 24, E. 3.3). Damit ist Vorsicht geboten, wenn auf Kosten der Gesellschaft prozessiert wird.

6. Haftung der Revisionsstelle; Substanziierung des Konkursverschleppungsschadens: Urteil des Bundesgerichts 4A_218/2020 vom 19. Januar 2021

Im nicht amtlich publizierten Entscheid 4A_218/2020 hatte sich das Bundesgericht einmal mehr zu den Anforderungen an die Subs-

tanzierung eines Konkursverschleppungsschadens zu äussern. Im Zentrum der Streitigkeit standen Verantwortlichkeitsansprüche aus Revisionshaftung im Sinn von Art. 755 i. V. m. Art. 757 OR. Der beklagten Revisionsstelle wurde vorgeworfen, sie habe die ihr – ersatzweise – obliegende Überschuldungsanzeige unterlassen (Art. 729c OR). Zuzufolge Konkursverschleppung sei ein Gesamtschaden von weit über CHF 30 Mio. entstanden (E. 6.2.1). Das Handelsgericht Zürich wies die Klage der Abtretungsgläubiger aufgrund ungenügender Substanziierung des Schadens ab.

In seinen Erwägungen verwies das Bundesgericht vorab auf das strenge Rügeprinzip (E. 3), dessen Anforderungen die Beschwerdeführer vorliegend nicht nachgekommen seien (vgl. E. 5). Alsdann befasste es sich mit der Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bzw. dem Konkursverschleppungsschaden. Es führte aus, die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle setze nach Art. 755 Abs. 1 OR einen Schaden, eine Pflichtverletzung, einen Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden sowie ein Verschulden voraus. Dabei obliege es dem Kläger, die Voraussetzungen des Verantwortlichkeitsanspruchs, namentlich den Schaden, zu substanziieren und zu beweisen (E. 6.1.1). Vorliegend wurde ein sog. Fortführungsschaden zuzufolge Konkursverschleppung (Konkursverschleppungsschaden) geltend gemacht.

Bestehe – so das Bundesgericht – der Schaden, wie behauptet werde, in der Vergrösserung der Verschuldung der Konkursitin, welche durch eine verspätete Konkurserklärung entstanden sei (vgl. Art. 725 Abs. 2 und 729c OR), sei die tatsächlich eingetretene Überschuldung der Konkursitin mit jener zu vergleichen, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte. Der Überschuldungsgrad sei gestützt auf die Liquidationswerte zu ermitteln (E. 6.1.2). Für den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden sehe Art. 42 Abs. 2 OR eine Beweiserleichterung vor. Diese setze indessen voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar sei. Aber selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt sei, erlaube Art. 42 Abs. 2 OR dem Geschädigten nicht, ohne nähere Angaben Forderungen in beliebiger Höhe geltend zu machen. Vielmehr seien auch im Rahmen dieser Norm – soweit möglich und zumutbar – alle Umstände zu behaupten, die Indizien für den Bestand eines Schadens darstellten und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlaubten. Die Substanziierungsobliegenheit gelte unvermindert auch für den Fall, in dem zwar die Existenz eines Schadens, nicht aber dessen Umfang sicher sei (E. 6.1.3).

Im vorliegenden Fall hatten die Beschwerdeführer nach Ansicht der Gerichte die Höhe der geltend gemachten Überschuldung im Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung nicht hinreichend substantiiert (E. 6.6.3 und 6.6.4), sodass das Bundesgericht die Beschwerde abwies.

Dieses Urteil zeigt einmal mehr, dass die Anforderungen an die Substanziierung (vor Bundesgericht) hoch sind und es für den Schadensnachweis nicht genügt, pauschal auf Beilagen zu verweisen. Art. 42 Abs. 2 OR sieht für den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden zwar eine Beweiserleichterung vor. Die Bestimmung erlaubt aber nicht, Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Insbesondere entbindet sie den Kläger nicht davon, alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar, zu behaupten und zu beweisen. Der pauschale Verweis auf fehlende bzw. unvollständige Buchhaltungsunterlagen reicht nicht. Nach Ansicht des Bundesgerichts hätten die Beschwerdeführer vorliegend wenigstens aufzeigen müssen, inwiefern es nicht möglich gewesen war, die Überschuldung substantiiert zu behaupten bzw. zu plausibilisieren. Aus diesem Grund schützte das Bundesgericht die Ausführungen der Vorinstanz, die zum Schluss kam, die Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR seien nicht erfüllt (vgl. E. 6.12).

III. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile

1. **Anwalts-AG, Ausgestaltung der Statuten: BGE 147 II 61 (Urteil des Bundesgerichts 2C_372/2020 vom 26. November 2020; Pra. 110 [2021] Nr. 72)**

Im französischsprachigen Entscheid BGE 147 II 61 hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, wie weit die Kompetenzen der Aufsichtsbehörde für den (hypothetischen) Fall gehen, dass bei einer Anwalts-AG in Zukunft ein Nichtanwalt von Gesetzes wegen Aktien erwerben könnte. Gesellschaftsrechtlich von Interesse sind insbesondere die Ausführungen zur Ausgestaltung der Statuten einer Anwalts-AG, auf die im Folgenden näher eingegangen wird (zu den spezifischen Ausführungen zum BGFA vgl. demgegenüber BÜCHLI, Anwaltsrevue 2021, 185 f.).

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: A. ist einziger Aktionär und Verwaltungsratspräsident der B. SA. Der Zweck der

Gesellschaft ist die Erbringung juristischer Dienstleistungen durch im Anwaltsregister eingetragene Anwälte. Die Anwaltskommission des Kantons Freiburg teilte A. mit, die Statuten der B. SA seien, um die Unabhängigkeit des Anwaltsberufs zu gewährleisten, wie folgt zu präzisieren: *«[S]i la société n'offre pas à l'acquéreur de reprendre ses actions à leur valeur réelle, l'acquéreur dans la mesure où il ne remplit pas les conditions de l'art. 7.3 [soit s'il n'est pas lui-même un avocat inscrit dans un registre d'avocat d'un canton suisse] aura l'obligation dans un délai d'un an, de transférer ses actions à un tiers remplissant les conditions de l'art. 7.3 et pouvant par conséquent être actionnaire de la société»* (BGE 147 II 61, Sachverhalt A.). Mit einem solchen Zusatz sollte im Fall eines Erwerbs der Aktien namentlich infolge von Erbgang oder aus ehelichem Güterrecht gewährleistet werden, dass die Aktien nicht auf Dauer in anderen Händen als in denjenigen von in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwälten verbleiben.

A. kam diesem Begehren nicht nach, und die Anwaltskommission stellte daher fest, die B. SA (recte: A.; das BGFA unterstellt nur natürliche Personen der Aufsicht) verstosse gegen das im BGFA aufgestellte Erfordernis der Unabhängigkeit von Anwaltskanzleien (bzw. Anwälten: institutionelle Unabhängigkeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA). Sie gewährte der B. SA (recte: A.) eine Frist von zwei Monaten, um die Statuten entsprechend zu ergänzen. Gegen diesen Entscheid reichten A. und die B. SA beim Kantonsgericht Beschwerde ein und gelangten schliesslich mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht.

Nach Ausführungen zu Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA (institutionelle Unabhängigkeit) und dem Verweis auf drei publizierte Entscheide zur spezifischen Frage der Organisation einer Anwaltskanzlei in der Form einer Aktiengesellschaft (BGE 138 II 440, 140 II 102 und 144 II 147; vgl. E. 3.1) führte das Bundesgericht in Bezug auf den vorliegenden Fall aus, die Gesellschaft habe vinkulierte Namenaktien (E. 3.3). Gemäss den Statuten der B. SA bedürfe die Übertragung von Aktien der vorherigen Zustimmung durch den Verwaltungsrat, der diese Zustimmung verweigern müsse, wenn der Erwerber nicht ein in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragener Anwalt sei (Ziff. 7.2 und 7.3 Statuten B. SA). Solange die für die Übertragung von Aktien notwendige Zustimmung nicht erfolgt sei, würden das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer ver-

bleiben (Ziff. 7.4 Statuten B. SA). Beim Erwerb der Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung könne die Gesellschaft die Zustimmung nur ablehnen, wenn sie dem Erwerber die Übernahme der Titel zu ihrem wirklichen Wert anbiete. In diesem Fall sei vorgesehen, dass der Erwerber über die mit seinen Aktien verbundenen Mitwirkungsrechte nur insofern verfügen könne, als der Verwaltungsrat der Übertragung zustimme (Ziff. 7.5 Statuten B. SA; E. 3.3). Das Bundesgericht wies alsdann darauf hin, dass die letztgenannte statutarische Vorschrift in Wirklichkeit die Regelung in den Art. 685b Abs. 4 und Art. 685c Abs. 2 OR übernehme, denen die Beschränkung der Übertragbarkeit von vinkulierten Namenaktien beim besonderen Erwerb *ex lege* unterstellt sei (E. 3.3).

Nach Art. 685b Abs. 4 und 7 i. V. m. Art. 685c Abs. 2 OR könne – so das Bundesgericht weiter – statutarisch nicht verhindert werden, dass nicht anwaltliche Dritte Aktien einer Gesellschaft *ex lege* erwerben und die Aktien – sogar wenn die Gesellschaft anbiete, die Titel zum wirklichen Wert zu übernehmen – in deren Eigentum verbleiben würden (E. 4.3). Die Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien nach Art. 685a ff. OR sei abschliessend geregelt (E. 4.3). Ob vor diesem Hintergrund die von der Aufsichtsbehörde verlangte Massnahme, nämlich die Ergänzung der Statuten, *zivilrechtlich* zulässig wäre, konnte das Bundesgericht offenlassen, weil die Massnahme im BGFA keine gesetzliche Grundlage findet (E. 4.3). Die Massnahme greife in die Organisationsautonomie der Gesellschaft und in die Freiheit der möglichen nicht anwaltlichen Aktionäre ein, deren Verhalten im Voraus festgelegt würde (E. 4.3). Damit erachtete das Bundesgericht die Massnahme als unzulässig und hiess die Beschwerde gut.

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Einer kantonalen Anwaltskommission kann es nicht gestattet sein, eine Anwalts-AG zu verpflichten, ihre gesetzeskonformen Statuten – für den hypothetischen Fall – dahingehend zu ergänzen, dass Nichtanwälte, die in Zukunft Aktien *ex lege* erwerben, verpflichtet werden, ihre Titel innerhalb eines Jahres an Personen zu übertragen, die im Anwaltsregister eingetragen sind. Eine solche Massnahme findet im BGFA keine gesetzliche Grundlage. Dieses regelt klar und abschliessend, wie in solchen Fällen vorzugehen ist: Die Aufsichtsbehörde hat den Registereintrag eines Angestellten einer Anwalts-AG abzulehnen bzw. zu löschen, wenn sich das Aktionariat der Gesellschaft aufgrund einer Änderung der Umstände nicht mehr ausschliesslich aus Anwälten

zusammensetzt, die im Anwaltsregister eingetragen sind (E. 4.2). Ansonsten würde der Anwalt seine Tätigkeit in einer Struktur ausüben, welche die an die strukturelle Unabhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA gestellten Anforderungen nicht (mehr) erfüllt (vgl. BÜCHLI, Anwaltsrevue 2021, 186).

Im Übrigen können – so das Bundesgericht zu Recht – Anwälte, die Aktionäre einer Anwaltsgesellschaft sind, die Gefahr, dass Aktien von Gesetzes wegen an nicht im Anwaltsregister eingetragene Dritte übergehen – und in deren Eigentum verbleiben – abwenden, indem sie unter sich beispielsweise einen Aktionärbindungsvertrag abschliessen und darin namentlich ein Kaufrecht bzw. gegenseitige Rückübernahmeverpflichtungen vorsehen. Soweit die Aktien der Gesellschaft allerdings – wie im vorliegenden Fall – nur von einem einzigen Aktionär gehalten werden, sind vertragliche Lösungen wesensgemäss nicht möglich (E. 4.4).

Eine weitere Besprechung zu BGE 147 II 61 findet sich bei MÜLLER/YILDIZ/OR, AJP 2021, 407 ff.

2. **Organisationsmängelverfahren, Klageberechtigung des Willensvollstreckers, Erbe als Nebenintervenient: BGE 147 III 537 (Urteil des Bundesgerichts 4A_147/2021 vom 27. Oktober 2021; Pra. 111 [2022] Nr. 51)**

Im französischsprachigen Entscheid BGE 147 III 537 hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob ein Erbe, der Mitglied einer Erbengemeinschaft ist, die ihrerseits Aktionärin einer Gesellschaft ist, sich als unabhängiger (streitgenössischer) Nebenintervenient an einem Organisationsmängelverfahren im Sinn von Art. 731b OR beteiligen kann. Der Willensvollstrecker hatte gegen die Gesellschaft wegen mangelhafter Organisation einen Prozess angestrengt.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: A. X. und B. X. bilden eine Erbengemeinschaft, die Alleinaktionärin der D. SA ist. C. ist Willensvollstrecker des Nachlasses. Weil der alleinige Geschäftsführer der Gesellschaft von seiner Funktion zurückgetreten war, reichte der Willensvollstrecker einen Antrag auf Ernennung eines Sachwalters ein, um damit den Mangel in der Organisation der Gesellschaft zu beheben. A. X. ersuchte das Gericht, ihm die Teilnahme an diesem Verfahren zu erlauben.

Der Entscheid enthält insbesondere prozessrechtlich relevante Ausführungen zur unabhängigen (streitgenössischen) Nebenintervention, auf die vorliegend nicht näher eingegangen werden kann (vgl. dazu aber HUBER-LEHMANN, ZZZ 2022, 75; vgl. auch BOHNET, SZZZ 2022, 189 ff. passim). Gesellschaftsrechtlich von Bedeutung sind hingegen die Erwägungen des Bundesgerichts im Zusammenhang mit dem Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR. Das höchste Gericht rief vorab die diesbezüglichen Grundsätze und die Rechtsprechung in Erinnerung (E. 3.1): Im Organisationsmängelverfahren verfügt das Gericht über einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl von angemessenen und verhältnismässigen Massnahmen zur Behebung eines Organisationsmangels. Der in Art. 731b Abs. 1^{bis} OR aufgeführte Massnahmenkatalog besitzt bloss beispielhaften Charakter. Das Gericht ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden; es gilt die *Offizialmaxime*. Das Organisationsmängelverfahren ist ein gesellschaftsrechtlicher Prozess, der dem summarischen Verfahren untersteht (Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO). Das Urteil entfaltet kraft materiellen Rechts gegenüber allen Aktionären direkte Wirkung (E. 3.1.1).

Anschliessend prüfte das Bundesgericht den Spezialfall der von einem Willensvollstrecker eingereichten Klage im Organisationsmängelverfahren. Es führte dazu aus, der mit der Verwaltung der Erbschaft betraute Willensvollstrecker (vgl. Art. 518 Abs. 2 ZGB) sei zur Führung des Prozesses befugt, soweit dieser die Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten der Erbschaft betreffe. Dabei handle er in eigenem Namen und als Partei anstelle der Erben (E. 3.2).

In denjenigen Punkten – so das Bundesgericht weiter –, in denen der Willensvollstrecker anstelle der Erben handle, komme ausschliesslich ihm die Aktivlegitimation zu. Die Erben hätten keine entsprechende Befugnis mehr (E. 3.2). Jeder Erbe habe aber ein rechtlich geschütztes Interesse, in einem solchen Verfahren zu intervenieren. Folglich könne ein Erbe allein als unabhängiger Nebenintervenient am Verfahren teilnehmen. Der Umstand, dass die Erben eine notwendige Streitgenossenschaft bildeten, habe lediglich einen Einfluss auf die Klagebefugnis, nicht aber auf das rechtliche Interesse i. S. v. Art. 74 ZPO (E. 3.3 und 3.4).

In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht bestätigt das Bundesgericht im Entscheid seine Rechtsprechung zum Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR (vgl. BGE 142 III 629, 138 III 407, 138 III 294). Es hält zudem fest, dass in diesem Verfahren dem Willensvollstrecker,

der mit der Verwaltung der Erbschaft betraut ist, anstelle der Erben, die als Erbengemeinschaft Aktionärin der Gesellschaft sind, die Prozessführungsbefugnis zusteht. Der Willensvollstrecker handelt dabei als Prozessstandschafter. In der Lehre ist anerkannt, dass der Willensvollstrecker in Bezug auf den Nachlass prozessführungsbefugt ist, soweit ihm die Verwaltungsbefugnis zusteht (vgl. etwa KARRER/VOGT/LEU, in: Geiser/Wolf [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB II, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 518 N 68 ff. und N 76). Daher war der Willensvollstrecker auch im vorliegenden Organisationsmängelverfahren befugt, einen Antrag zu stellen, obwohl der Wortlaut von Art. 731b OR ihn nicht erwähnt. Er ist nicht unbeteiligter – und damit nicht aktivlegitimierter – Dritter (vgl. dazu WATTER/PAMER-WIESER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 731b N 11).