

**1/2021**

[www.zbjv.ch](http://www.zbjv.ch)

Organ für schweizerische  
Rechtspflege und Gesetzgebung

# ZBJV

**Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins  
Revue de la société des juristes bernois**

---

157. Jahrgang  
Erscheint jeden Monat  
Januar 2021

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



Stämpfli Verlag

---

## **Inhaltsverzeichnis**

### Abhandlungen

- 1** Das Beteiligungskapital von Genossenschaften  
Analyse und Vergleich mit dem aktienrechtlichen  
Partizipationskapital  
Von Prof. Dr. iur. Rechtsanwalt, LL. M. THOMAS JUTZI, Bern  
und MLaw, Rechtsanwältin MARTINA HERZOG, Bern
- 43** Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts  
in den Jahren 2018 und 2019  
Von Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern

## 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](mailto:verlag@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://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, St. Gallen; 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; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; 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 148.–,

Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv

CHF 175.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

*Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:*

Schweiz CHF 195.–, Europa CHF 233.50,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 142.–,

Einzelheft CHF 18.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

**[www.zbjv.recht.ch](http://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](mailto:zeitschriften@staempfli.com), Internet [www.staempfliverlag.com/zeitschriften](http://www.staempfliverlag.com/zeitschriften)

**Inserate:** Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 63 89

E-Mail [inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com/zeitschriften](http://www.staempfli.com/zeitschriften)

**Druck und Spedition:** Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 66 66

E-Mail [info@staempfli.com](mailto:info@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://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 in den Jahren 2018 und 2019

Veröffentlicht in Band 144, 145 und 146 sowie im Internet

Von Professor Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern\*

## Inhaltsverzeichnis

### I. Vorbemerkungen

### II. Personengesellschaften

1. Liquidation einer einfachen Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A\_377/2018 vom 5. Juli 2019
2. Beiträge der einfachen Gesellschafter, Gleichbehandlung aller Arten von Beiträgen: Urteil des Bundesgerichts 4A\_328/2019 vom 9. Dezember 2019 (publiziert als BGE 146 III 97, allerdings ohne die gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen; Pra. 109 [2020] Nr. 101)

### III. Kapitalgesellschaften

1. Anspruch eines Verwaltungsratsmitglieds auf Auskunft und Einsicht: BGE 144 III 100 (Urteil 4A\_364/2017 vom 28. Februar 2018)
2. Abgangsentschädigung, Selbstkontrahieren und Interessenkonflikt: BGE 144 III 388 (Urteil 4A\_645/2017 vom 22. August 2018)
3. Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH: Urteil des Bundesgerichts 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, auszugsweise publiziert in BGE 144 III 394, sowie Urteil des Bundesgerichts 4A\_447/2019 vom 14. April 2020
4. Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung von Aktien und Eintragung im Aktienbuch: BGE 145 III 351 (Urteil 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019)
5. Sonderprüfung: BGE 145 III 446 (Urteil 4A\_223/2019 vom 16. Oktober 2019)
6. Keine rechtsgeschäftliche Vertretung der AG durch ein faktisches Organ: BGE 146 III 37 (Urteil 4A\_455/2018 vom 9. Oktober 2019; Pra. 109 [2020] Nr. 36)

---

\* Prof. Dr. iur. Karin Müller ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Ich danke Herrn Livio Mühlebach, BLaw, für die Unterstützung bei der Recherche, die kritische Durchsicht des Manuskripts und die Mithilfe bei der Zitatkontrolle.

7. Persönliches Erscheinen einer Gesellschaft an der Schlichtungsverhandlung: Urteil des Bundesgerichts 4A\_612/2017 vom 8. März 2018
8. Pflichtgemässe Verletzung von Kapitalschutzvorschriften?: Urteil des Bundesgerichts 4A\_268/2018 vom 18. November 2019

## I. Vorbemerkungen

Im vorliegenden Beitrag werden die in der amtlichen Sammlung publizierte und weitere wichtige (nicht amtlich publizierte) Entscheide des Bundesgerichts zum Gesellschaftsrecht (Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften) aus den Jahren 2018 und 2019 besprochen. Ferner wird ein zivilverfahrensrechtliches Urteil, das gesellschaftsrechtlich von Bedeutung ist, in der gebotenen Kürze behandelt (III./7. hinten). In den beiden Berichtsjahren liegt das Schwergewicht auf dem Recht der Kapitalgesellschaften und dort bei der Aktiengesellschaft. Praxisänderungen sind keine zu verzeichnen (vgl. aber immerhin II./2. hinten). Das Bundesgericht hat aber verschiedene in der Lehre umstrittene Fragen entschieden, so etwa, ob der Anspruch eines Verwaltungsratsmitglieds auf Auskunft und Einsicht klagbar ist (III./1. hinten) sowie ob der von der Gesellschaft abgelehnte Erwerber von vinkulierten (nicht börsenkotierten) Namenaktien bei Widerrechtlichkeit der Verweigerung aktivlegitimiert ist, Klage zu erheben (III./4. hinten). Zudem klärt es weitere Fragen, die in der Literatur teilweise kaum erörtert werden (vgl. etwa III./5. sowie III./6. hinten).

## II. Personengesellschaften

### 1. **Liquidation einer einfachen Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A\_377/2018 vom 5. Juli 2019**

Im Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, in welcher Art und Weise ein Grundstück in eine einfache Gesellschaft zwischen zwei Konkubinatspartnern eingebracht wurde und welche rechtlichen Folgen die Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters auf die Teilung des Gewinns hatte, der aus dem Verkauf der Liegenschaft resultierte.

Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: X. und Y. lebten von 1990 bis zum Tod von Y. im Jahr 2010 im Konkubinat und bildeten eine einfache Gesellschaft mit dem Ziel, eine Villa zu erwerben (E. 3.). Y. wurde aufgrund eines Missverständnisses als Alleineigentümer der Liegenschaft im Grundbuch eingetragen. Dies schliesse, so das Bundesgericht, eine einfache Gesellschaft nicht aus (E. 5.3). Der Vertrag auf Abschluss einer einfachen Gesellschaft bedarf zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form. Er kann auch durch konkludentes Handeln, selbst ohne Kenntnis der Parteien, zustande kommen (E. 4.1; vgl. auch BGE 124 III 363, E. II.2.a; Urteil des Bundesgerichts 5A\_881/2018, E. 3.1.1.3). An der Auktion zum Kauf der Villa waren X. und Y. beteiligt, und der Grossteil des Kaufpreises wurde durch ein Hypothekendarlehen beglichen, das X. und Y. gemeinsam bei der Bank aufgenommen hatten. Die Hypothekarzinsen wurden über ein Bankkonto von Y. bezahlt, auf das aber auch Gelder von X. flossen.

Bei einer einfachen Gesellschaft hat jeder Gesellschafter einen Beitrag zu leisten, wobei dies auf verschiedene Art und Weise geschehen kann (Einbringung *quoad dominium*, *quoad usum* oder *quoad sortem*). Im vorliegenden Fall habe, so das Bundesgericht, der Beitrag nicht zu Eigentum (*quoad dominium*) eingebracht werden können. Die Übertragung einer Liegenschaft setze eine öffentliche Beurkundung und die Eintragung im Grundbuch voraus (Art. 656 Abs. 1 und Art. 657 Abs. 1 ZGB). Weil Y. als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen gewesen sei, habe der Beitrag lediglich *quoad sortem* geleistet und die Villa bloss zur Verfügung überlassen werden können (E. 5.4).

Das gemeinsame Ziel, der *animus societatis*, soll mit gemeinsamen Kräften und Mitteln erreicht werden, und es sollen nicht nur die Verluste und Gewinne geteilt werden, sondern insbesondere auch die Substanz des Unternehmens (E. 4.2). Nach Art. 548 Abs. 1 und Art. 549 Abs. 1 OR ist die aufgelöste Gesellschaft zu liquidieren und der Gewinn an die Gesellschafter zu verteilen. Sofern nichts anderes vereinbart ist, hat jeder Gesellschafter gleichen Anteil an Gewinn und Verlust, unabhängig von Art und Grösse seines Beitrags (Art. 533 Abs. 1 OR; E. 4.4). Wenn der Beitrag wie vorliegend *quoad sortem* geleistet worden sei, fliesse, so das Bundesgericht, jeder Mehrwert der Villa, auch ein rein konjunktureller, in den Gewinn der Gesellschaft ein, der unter den Gesellschaftern zu verteilen sei. Im internen Verhältnis werde der Beitrag so behandelt, als seien alle Gesellschafter

gemeinsame Eigentümer, auch wenn sie über die Liegenschaft nicht hätten verfügen können (E. 5.5). X. stehe daher die Hälfte des Mehrwerts der Liegenschaft zu, der zwischen dem Kauf und dem Verkauf durch die alleinerbende Tochter von Y. entstanden sei (E. 5.5).

Dem Entscheid ist zuzustimmen. Bei der rechtlichen Qualifikation der Nutzung eines Grundstücks durch die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft als Beitrag kommt es auf den wirklichen Willen der Parteien an und nicht auf den Grundbucheintrag. Dieser Wille ist durch Auslegung zu ermitteln. Möglich ist – wie im vorliegenden Fall – ein tatsächlicher Konsens. Denkbar wäre aber auch ein normativer Konsens durch Auslegung der Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip. Bei der Einbringung eines Grundstücks *quoad sortem* bleibt der Gesellschafter zwar Eigentümer, er verzichtet aber intern auf die Ausübung seiner Rechte. Im Innenverhältnis wird die Sache als Teil des Gesellschaftsvermögens angesehen, weshalb bei einer Veräußerung des Grundstücks der gesamte Mehrwert als Gewinn an die Gesellschaft fließt (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A\_881/2018). Eine ausführliche Besprechung des Entscheides findet sich bei MÜLLER/FELLMANN/LEU, Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft, Festschrift Handschin, 2020, 491 ff.

**2. Beiträge der einfachen Gesellschafter, Gleichbehandlung aller Arten von Beiträgen: Urteil des Bundesgerichts 4A\_328/2019 vom 9. Dezember 2019 (publiziert als BGE 146 III 97, allerdings ohne die gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen; Pra. 109 [2020] Nr. 101)**

Im Entscheid erörterte das Bundesgericht – im Hinblick auf die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz – die Behandlung unterschiedlicher Beiträge der einfachen Gesellschafter im Rahmen der Liquidation. Dabei ging es um die Frage, ob Beiträge an die Gesellschaft in Form von Arbeit im Rahmen der Liquidation gleich zu behandeln sind wie andere Beiträge, etwa solche in Form von Geld. Gekürzt kann der Sachverhalt wie folgt wiedergegeben werden:

Die B. SA ist ein im Immobiliensektor tätiges Unternehmen. C. ist Verwaltungsratspräsident der B. SA. A. ist einziger Verwaltungsrat der D. SA, die ein Architektur- und Generalunternehmungsbüro be-

treibt. C. und A. unterhielten seit mehreren Jahren eine Geschäftsbeziehung und hatten verschiedene Immobilienprojekte gemeinsam durchgeführt. Die B. SA leistete für diese Projekte jeweils Geldbeträge, und A. erbrachte Architekturleistungen.

Zwischen den Parteien fanden Gespräche über die gegenseitigen Ansprüche im Zusammenhang mit diesen Projekten statt. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden, sodass die Parteien schliesslich (in letzter Instanz) ans Bundesgericht gelangten. Dieses wies die Sache aus im vorliegenden Kontext nicht relevanten prozessualen Gründen an die Vorinstanz zurück (E. 3.–3.5.2). Aus Gründen der Verfahrensökonomie erachtete das Bundesgericht es indessen als gerechtfertigt, die rechtliche Einschätzung der Vorinstanz in einem bestimmten Punkt zu beurteilen (E. 4.1).

In Bezug auf eines der von den Parteien ausgeführten Projekte stellte die Vorinstanz fest, dass die Realisierung durch A. (Architekturleistungen) genau dem Arbeitsleistungsbeitrag entsprach, den dieser im Rahmen der mit der B. SA gebildeten einfachen Gesellschaft zu leisten hatte (E. 4.2.2). Sie ging allerdings davon aus, dass A. aufgrund des Verlusts, der aus dem Projekt resultierte, keine Rückerstattung dieses Beitrags verlangen konnte. Dies im Gegensatz zur B. SA, der ein Rückerstattungsanspruch bezüglich ihres Vermögensbeitrags zugestanden wurde, der aber mangels Schlussabrechnung im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft nicht verlangt werden konnte (E. 4.2.2).

Das Bundesgericht kritisierte insbesondere die Behandlung des Architektenhonorars durch die Vorinstanz. Die Argumentation der Vorinstanz sei verwirrend, da diese davon ausgehe, dass ein Beitrag in Form von Arbeit im Zeitpunkt der Liquidation der Gesellschaft anders zu behandeln sei als ein Beitrag in Form von Geld. Dies sei jedoch nicht der Fall (E. 4.2.3.2). Nach Art. 531 Abs. 1 OR hat jeder Gesellschafter einen Beitrag zu leisten, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit. Die Art der Beiträge könne verschieden sein, solange der Gesellschaftszweck damit gefördert werde. Daher sei es nicht immer einfach, einen Beitrag von einer Auslage im Sinne von Art. 537 OR zu unterscheiden. Die Unterscheidung sei jedoch von Bedeutung. Wenn die Gesellschaft aufgelöst werde, seien zuerst die Schulden zu begleichen und die von den Gesellschaftern geleisteten Auslagen und Verwendungen zurückzuerstatten. Erst dann, wenn das Vermögen der Gesellschaft ausreiche, könnten die Einlagen der Gesellschafter zurückerstattet und allfällige Gewinne ausgeschüttet wer-



den (Art. 549 Abs. 1 OR). Reiche hingegen das Vermögen der Gesellschaft nach Tilgung der Schulden und Ersatz der Auslagen und Verwendungen nicht aus, um die geleisteten Beiträge zurückzuzahlen, werde der Verlust unter den Gesellschaftern aufgeteilt (Art. 549 Abs. 2 OR) (E. 4.2.3.2).

Ein besonderes Abgrenzungsproblem könne sich dabei zwischen einem Beitrag in Form von Arbeit und einer im Rahmen eines bilateralen Vertrags erbrachten Leistung ergeben. Im Falle eines bilateralen Vertrags stehe dem Gesellschafter für seine Leistungen eine vertraglich vereinbarte Vergütung zu. Handle es sich demgegenüber um einen Beitrag in Form von Arbeit (Art. 531 Abs. 1 OR), stehe dem Gesellschafter zwar keine Vergütung zu (Art. 537 Abs. 3 OR), er sei aber am Gewinn der Gesellschaft beteiligt (E. 4.2.3.2). Die Vorinstanz täusche sich daher, wenn sie – ausgehend von der Qualifikation der besagten Architektenhonoraren zugrunde liegenden Leistungen als Beitrag in Form von Arbeit – annehme, die Honorare seien nicht in die Berechnung des Ergebnisses der Gesellschaft einzubeziehen (E. 4.2.3.2).

Während die Art (der Einbringung) der Beiträge, die zugunsten der Gesellschaft erbracht wurden, bei der Liquidation eine gewisse Rolle spielen könnten (Art. 548 OR), sei die *Natur* der Beiträge an sich nicht entscheidend. Beiträge in Form von Arbeit seien – so das Bundesgericht – nicht anders zu behandeln als andere Beiträge, z. B. in Form von Geld. Daher müssten alle Beiträge bei der Ermittlung des Endergebnisses berücksichtigt werden. Ein Verlust resultiere demnach, wenn das Gesellschaftsvermögen nach Begleichung der Schulden und dem Ersatz der Auslagen und Verwendungen nicht ausreiche, um sämtliche Beiträge, einschliesslich der Beiträge in Form von Arbeit, an die Gesellschafter zurückzuzahlen. Sofern die Gesellschafter nichts anderes vereinbart hätten, müsse dieser Verlust zu gleichen Teilen unter ihnen aufgeteilt werden (E. 4.2.3.2).

Wenn vorliegend in Bezug auf die den Architektenhonoraren zugrunde liegenden Leistungen von Arbeitsbeiträgen im Sinne von Art. 531 OR auszugehen sei, müsse dies bei der Ermittlung des Ergebnisses der einfachen Gesellschaft und bei der Erstattung der Beiträge an die Gesellschafter berücksichtigt werden. Gehe bei der Aufteilung das gesamte Gesellschaftsvermögen an denjenigen Gesellschafter, der die grösseren Beiträge geleistet habe, und reiche dieses nicht aus, um die Gesellschafter einander hinsichtlich der Verlustbe-

teilung gleichzustellen, könne der andere Gesellschafter zu einer zusätzlichen Zahlung verpflichtet werden (E. 4.2.3.2).

Die vom Bundesgericht im Entscheid vertretene Meinung wird – soweit ersichtlich – in der Lehre nicht geteilt. Arbeitsleistungen der Gesellschafter gelten nach Ansicht der Lehre nicht als rückzahlbare Einlagen (vgl. etwa ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 548–551 N 166; BSK-STAEHELIN, Art. 548/49 N 11; SHK-STEININGER, Art. 548/49 N 23). Das Bundesgericht selbst hat sich – soweit ersichtlich – zu dieser Frage bislang nicht (explizit) geäußert (vgl. immerhin Urteil des Bundesgerichts 4P.118/2004, E. 2.2.2.1) und die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Erwägungen im vorliegenden Urteil auch nicht zur amtlichen Publikation vorgesehen. In einem Fall, der eine güterrechtliche Auseinandersetzung betraf, hatte es in Bezug auf die Auflösung der einfachen Gesellschaft bezüglich der ehelichen Liegenschaft und die Rückerstattung von (vermögensmässigen) Investitionen zwar (in allgemeiner Weise) ausgeführt, die «Einlagen der Gesellschafter – in Kapital, Sachwerten oder Dienstleistungen – [seien] dem Werte nach, berechnet auf den Zeitpunkt des Einbringens, zurückzuerstatten (Art. 548 OR)» (Urteil des Bundesgerichts 5A\_656/2013, E. 2.1). Zur umstrittenen Frage an sich hatte es indessen keine Stellung bezogen.

Im Hinblick darauf, dass die gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen nicht amtlich publiziert wurden, stellt sich die Frage, ob das Urteil nicht vorab Züge eines – aus Gerechtigkeits- bzw. Billigkeitsüberlegungen getroffenen – Einzelfallentscheides trägt und das Bundesgericht seine Argumentation als nicht zur Begründung eines tragfähigen Grundlagenentscheides tauglich angesehen hatte. Art. 549 OR spricht – in der deutschen Fassung – in Abs. 1 nämlich ausdrücklich (nur) von der «Rückerstattung der *Vermögensbeiträge*» und in Abs. 2 von «geleisteten *Vermögensbeiträge[n]*». In der französischen Fassung der Bestimmung ist demgegenüber – das ist einzugestehen – die Rede von «la restitution des apports», also von der Rückerstattung von Beiträgen im Allgemeinen (und der italienische Gesetzestext spricht ebenso von «restituite le quote conferite»). Den Materialien lässt sich – soweit ersichtlich – diesbezüglich nichts Weiterführendes entnehmen.

Die Überlegungen des Bundesgerichts sind – jedenfalls aus ergebnisorientierter Sicht – indessen durchaus nachvollziehbar. Sind die Beiträge der Gesellschafter nämlich von der Art her unterschiedlich, kann es zu stossenden Ergebnissen führen, wenn im Rahmen der Li-

quidation lediglich die Vermögensbeiträge, nicht aber die Beiträge in Form von Arbeitsleistung in die Endabrechnung einbezogen werden. Der B. SA wurde ein Rückerstattungsanspruch bezüglich ihres Vermögensbeitrags zugestanden, während A., der einen Beitrag in Form von Arbeit geleistet hatte, nach Ansicht der Vorinstanz keine Rückerstattung verlangen konnte. Dieser Ansicht widerspricht das Bundesgericht. Zur Frage, wie ein Beitrag in Form von Arbeit für die Rückerstattung zu bewerten ist, äussert es sich allerdings nicht.

Der Fall zeigt auch, wie wichtig eine Regelung der (gegenseitigen) Ansprüche der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ist. Unter Umständen lässt sich – bei fehlender vertraglicher Regelung – ein Anspruch auf eine Extravergütung, die im Rahmen der Liquidation zu berücksichtigen ist, aus einem (konkludent abgeschlossenen) Drittesgeschäft (Auftrag) ableiten, etwa dann, wenn die Arbeit des Architekten nicht mehr Ausfluss seiner Gesellschafterstellung ist (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 537 N 215; vgl. auch ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 537 N 56). Dann liegt aber – anders als im vorliegenden Fall – kein gesellschaftlicher Beitrag in Form von Arbeit im Sinne von Art. 531 OR vor. Denkbar wäre auch, dass bei einem Werk, das «für die Gesellschaft als Einlage durch eine Arbeitsleistung des Gesellschafters geschaffen» wurde, dieser Beitrag «im Umfang [seines] Wertes als Einlage verbucht werden [kann] mit der Folge, dass [sein] Wert im Liquidationsfall zurückzuerstatten ist» (ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 548–551 N 168). Auch dann handelt es sich aber nicht um eine «persönliche Arbeitsleistung» (ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 548–551 N 168), wie die kantonalen Instanzen in Bezug auf die Leistung von A. annahmen.

### III. Kapitalgesellschaften

#### 1. **Anspruch eines Verwaltungsratsmitglieds auf Auskunft und Einsicht: BGE 144 III 100 (Urteil 4A\_364/2017 vom 28. Februar 2018)**

Im Entscheid hat das Bundesgericht die umstrittene Frage geklärt, ob ein Verwaltungsratsmitglied seinen Anspruch auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR gerichtlich durchsetzen kann. A. war Verwaltungsrat der B. AG und stellte beim Kantonsgerichtspräsidium

Obwalden ein Gesuch, es sei ihm Einsicht in die Bücher und Akten der Gesellschaft zu gewähren. Das Gesuch wurde abgewiesen mit der Begründung, das Recht eines Verwaltungsrats auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR könne nicht gerichtlich durchgesetzt werden. Für eine Leistungsklage auf Informationserteilung bestehe keine Rechtsgrundlage.

In BGE 129 III 499, E. 3.4 hatte das Bundesgericht die in der Lehre umstrittene Frage, ob der Anspruch nach Art. 715a OR gerichtlich durchgesetzt werden kann, noch explizit offengelassen. Im vorliegenden Urteil bejahte es nun die Klagemöglichkeit aufgrund einer teleologischen Auslegung getreu dem «pragmatischen Methodenpluralismus» (insbesondere auch mangels ergiebiger Materialien) (E. 5.2, 5.2.1, 5.2.2). So spreche vor allem der Zweck der Bestimmung für eine Klagemöglichkeit. Die Bestimmung solle sicherstellen, dass ein Verwaltungsrat seine Führungs- und Aufsichtsaufgaben wirksam wahrnehmen könne, zumal ihm bei mangelhafter Erfüllung seiner Aufgaben eine persönliche Verantwortlichkeit drohe (E. 5.2.2). Die Möglichkeit, auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses zu klagen, sei keine Alternative, weil damit keine Informationsgewährung verbunden sei. Im Übrigen sei Nichtigkeit nur mit Zurückhaltung anzunehmen, sodass eine Gutheissung der Klage in der Praxis wohl kaum in Betracht komme (E. 5.2.2). Gewähre das Gesetz jedoch einen Anspruch, sei grundsätzlich davon auszugehen, dass dieser auch gerichtlich durchgesetzt werden könne. Dies gelte auch dann, wenn dies in der Norm nicht explizit gesagt werde wie bei Art. 715a OR (E. 5.2.3.1).

Der Entscheid ist zu begrüßen (weitere Besprechungen des Entscheides finden sich etwa bei MOSCHEN/VON DER CRONE, SZW 2018, 304 ff.; NAEF/RIEGER, AJP 2018, 600 ff.; SIEBER, GesKR 2018, 230 ff.). Einerseits beseitigt er eine in der Praxis bestehende Unsicherheit, andererseits ist er in Anbetracht der Tatsache, dass Verwaltungsratsmitglieder einer persönlichen Verantwortlichkeit unterliegen, auch konsequent. Der Informationsanspruch nach Art. 715a OR muss auch ohne ausdrückliche Bestimmung eingeklagt werden können. Er ist ein unentziehbares Individualrecht (so auch etwa BSK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a N 13), das ein Verwaltungsratsmitglied notfalls gerichtlich durchsetzen können muss.

Weist der Verwaltungsratspräsident ein Gesuch auf Auskunft oder Einsicht ab, so entscheidet zwar der (Gesamt-)Verwaltungsrat

über das Begehren (Art. 715a Abs. 5 OR). Es ist jedoch denkbar, dass auch der Gesamtverwaltungsrat die Auskunft und Einsicht zu Unrecht verweigert. Diese Gefahr besteht vor allem dann, wenn es im Verwaltungsrat zu einer «Parteienbildung» kommt. Der Gesamtverwaltungsrat ist die letzte interne Instanz, die über das Gesuch entscheidet. Steht dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied nicht die Möglichkeit offen, seinen (berechtigten) Anspruch gerichtlich durchzusetzen, kann es seine Führungs- und Aufsichtsaufgaben, die es im Interesse der Gesellschaft auszuüben hat, nicht wahrnehmen (E. 5.2.2) und läuft – wie das Bundesgericht zu Recht bemerkt – Gefahr, persönlich verantwortlich zu werden (Art. 754 OR).

Dass Art. 715a OR im Gegensatz zu Art. 697 Abs. 4 OR (Informationsanspruch des Aktionärs) keine Klagemöglichkeit vorsieht, ändert nichts daran. Es liegt kein qualifiziertes Schweigen vor (so aber etwa BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 222). Besteht ein materiellrechtlicher Anspruch wie derjenige aus Art. 715a OR, muss dieser gerichtlich durchsetzbar sein, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes anordnet. Die Argumentation der Gegner einer gerichtlichen Durchsetzbarkeit, wonach die Gewährung einer Leistungsklage auf Information einer «verkappten Anfechtungsklage» gleichkäme und gegen den Grundsatz verstosse, dass Verwaltungsratsbeschlüsse nicht angefochten werden könnten (so etwa BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 222 f.; ZK-HOMBURGER, Art. 715a N 470), liess das Bundesgericht nicht gelten (E. 5.1). Der Ausschluss der Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen stehe – so das Bundesgericht – einer Leistungsklage gegen die Gesellschaft nach einem ablehnenden Beschluss des (Gesamt-)Verwaltungsrats nicht entgegen. Der Gesetzgeber habe auf eine Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen gerade deshalb verzichten können, weil andere Rechte bestünden und durchgesetzt werden könnten (E. 5.2.3.2).

Die Klage richtet sich gegen die Gesellschaft und nicht gegen die anderen Verwaltungsratsmitglieder oder den Gesamtverwaltungsrat. Passivlegitimiert ist daher die Gesellschaft (E. 5.2.3.2). Der Anspruch nach Art. 715a OR ist im summarischen Verfahren durchzusetzen, auch wenn er in Art. 250 lit. c ZPO nicht erwähnt ist. Der Katalog von Art. 250 lit. c ZPO ist nicht abschliessend (E. 6.). Die Geltung des summarischen Verfahrens ergibt Sinn, weil eine zügige gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs («Raschheit und Flexibilität» [E. 6.]) erforderlich ist, damit der Zweck des Auskunfts- und

Einsichtsrechts verwirklicht werden kann. Weil unter Umständen mit diffizilen Interessenprüfungen und Abwägungen zu rechnen ist, handelt es sich um ein «atypisches» summarisches Verfahren nach Art. 252–256 ZPO, dessen Charakter sich in der Verfahrensbeschleunigung erschöpft (E. 6.).

## 2. **Abgangsentschädigung, Selbstkontrahieren und Interessenkonflikt: BGE 144 III 388 (Urteil 4A\_645/2017 vom 22. August 2018)**

Im vorliegenden Fall hatte sich das Bundesgericht in einem gesellschaftsrechtlichen Kontext zur Zulässigkeit des Kontrahierens eines Organvertreters einer juristischen Person bei einem Interessenkonflikt zu äussern (vgl. auch die Entscheidbesprechungen bei SCHMID/PESCHKE, ZBJV 2019, 425 f.; SCHMIDT, GesKR 2019, 141 ff.; VISCHER, AJP 2018, 1400 ff.). Konkret ging es um die Zulässigkeit einer Abgangsentschädigung. Gekürzt kann der Sachverhalt wie folgt wiedergegeben werden: B. war als CFO und Mitglied der Geschäftsleitung in der Aa. Gruppe tätig. Im März 2006 wurde der Arbeitsvertrag mit B. dahingehend abgeändert, dass B. (als Arbeitnehmer) bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses seitens der Arbeitgeberin vor dem 1. März 2009 eine Abfindung in der Höhe von zwei Jahresgrundgehältern geschuldet war. Die Vereinbarung betreffend diese Abgangsentschädigung wurde seitens der Arbeitgeberin durch C. (*HR-Director* mit Zeichnungsberechtigung zu zweien) und D. (CEO und einziger Verwaltungsrat der Arbeitgeberin) unterzeichnet (E. 3.). Zugunsten von D. wurde am selben Tag eine gleichlautende Klausel im Rahmen von dessen Arbeitsvertrag vereinbart. Diese Vereinbarung unterzeichneten C. und B. (E. 3.). Bevor die Arbeitsverträge von B. und D. bezüglich der Abgangsentschädigung ergänzt wurden, fand eine ausserordentliche Generalversammlung statt. D. war als Verwaltungsrat und B. (mit rechtsgültiger Ermächtigung des D.) als Vertreter aller Aktien anwesend. Die Anpassung der Arbeitsverträge war einziges Traktandum. Die Generalversammlung stimmte den Anpassungen zu (E. 3.3). B. wurde schliesslich auf den 31. Dezember 2007 gekündigt, und die Parteien stritten in der Folge u. a. über dessen Abfindungsanspruch.

Beim Abschluss der Änderungsverträge vom März 2006 lag zwar kein eigentliches Selbstkontrahieren vor, weil für beide Parteien

verschiedene Personen gehandelt hatten. Die Regeln zum Selbstkontrahieren sind aber (unter Vorbehalt des Gutgläubensschutzes Dritter) analog anzuwenden (vgl. BGE 126 III 361, E. 3.a), wenn aufseiten der Gesellschaft ein Konflikt zwischen den Interessen der Gesellschaft und jenen des handelnden Organs vorliegt (E. 4. und 5.1). Es ist nämlich grundsätzlich davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, die sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen (E. 5.1). Weil D. und B. bei ihren jeweiligen Änderungsverträgen gegenseitig voneinander abhängig waren, lag ein solcher Fall vor (E. 4.).

Das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst ist grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt und somit vom Gesellschaftszweck nicht erfasst wird. Abgesehen von Ausnahmen (Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen, besondere Ermächtigung zum Vertragsschluss oder nachträgliche Genehmigung) hat Selbstkontrahieren die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge. Besteht die Gefahr einer Benachteiligung, bedarf es bei der gesetzlichen Vertretung juristischer Personen durch ihre Organe daher einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ (E. 5.1). Ist nun aber der mit sich selbst kontrahierende Vertreter zugleich Alleinaktionär, entfällt ein Schutzbedürfnis (der vertretenen Gesellschaft), weil unter diesen Umständen davon auszugehen ist, dass der Abschluss des betreffenden Geschäfts zugleich dem Willen der Generalversammlung entspricht und somit von der Vertretungsmacht des Organs gedeckt ist (E. 5.1; vgl. auch BGE 126 III 361, E. 5.a).

B. und D., die sich übers Kreuz begünstigt hatten, waren alleinige Eigentümer der Aa. Holding AG, die alle Tochter- und Enkelgesellschaften zu 100 Prozent besass, so auch die Arbeitgeberin von B. Diese Situation sei, so das Bundesgericht, mit jener eines Alleinaktionärs vergleichbar. Es fehle an gegenläufigen Interessen. In einem solchen Fall bedürfe es keiner zusätzlichen Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ, bzw. eine solche werde stillschweigend angenommen (E. 5.3.1). Das Festhalten am Erfordernis einer Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ auch bei fehlendem Interessengegensatz zwischen Aktionären und handelnden Organen würde auf ein rein fiktives Erfordernis hinauslaufen. Die Arbeitgeberin sei daher beim

Abschluss der Änderungsverträge vom März 2006 gültig vertreten gewesen (E. 5.3.2).

Ob die Abgangsentschädigung *wegen ihres Inhalts gesellschaftsrechtlich* unzulässig war, ist demgegenüber eine andere Frage (E. 6.). Diesbezüglich kam das Bundesgericht zum Ergebnis, es werde nicht – jedenfalls nicht rechtsgenügend – geltend gemacht, der Änderungsvertrag bzw. dessen Genehmigung durch die Generalversammlung seien geradezu nichtig im Sinne von Art. 706b Ziff. 3 OR (E. 6.4). Das Gesellschaftsinteresse sei vorliegend mit dem Interesse der beiden Alleinaktionäre (B. und D.) gleichzusetzen, zumal die Vereinbarung der Abgangsentschädigungen einen Anspruch der beiden Alleinaktionäre begründete. Daher könne die Vereinbarung der Abgangsentschädigung auch nicht allgemein wegen eines Verstosses gegen das Gesellschaftsinteresse gestützt auf Art. 717 OR als ungültig qualifiziert werden (E. 6.3). Damit konnte das Bundesgericht auch offenlassen, ob der Ansicht der Lehre zu folgen ist, wonach goldene Fallschirme, mit denen Verwaltungsratsmitgliedern oder dem Management sehr hohe Abgangsentschädigungen zugestanden werden, nicht nur börsen-, sondern auch aktienrechtlich unzulässig sind, weil sie gegen das Gesellschaftsinteresse im Sinne von Art. 717 OR verstossen. Börsenrechtliche Regeln seien vorliegend (jedenfalls) nicht anwendbar (E. 6.3). Vorliegend war daher die Abgangsentschädigung weder unter vertretungsrechtlichen Aspekten (analoge Situation zum Selbstkontrahieren) noch gesellschaftsrechtlich wegen ihres Inhalts unzulässig.

Dass Inschlaggeschäfte unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht grundsätzlich unzulässig sind, ergibt sich auch daraus, dass der Gesetzgeber Einpersonengesellschaften ausdrücklich zugelassen (vgl. Art. 625 OR) und in Art. 718b OR eine Regelung bezüglich des Schrifterfordernisses bei Verträgen zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter vorgesehen hat und damit den Abschluss solcher Verträge grundsätzlich als zulässig erachtet (E. 5.3.2; zu den Besonderheiten bei Inschlaggeschäften im Gesellschaftsrecht vgl. SCHOTT, Inschlaggeschäft und Interessenkonflikt, 195 ff.).

Vorliegend sah das Bundesgericht auch keinen Verstoß gegen Art. 678 oder Art. 680 Abs. 2 OR. Zwar kann ein Eigengeschäft, durch das ein Vertreter der Gesellschaft sich selbst begünstigt, als «Griff in die Gesellschaftskasse» eine unzulässige verdeckte Gewinnausschüttung (Art. 678 f. OR) oder Kapitalrückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR)



beinhalten, die das betreffende Geschäft nichtig macht. Die entsprechenden Voraussetzungen waren nach Ansicht des Bundesgerichts indessen nicht erfüllt. Auch eine Missachtung der Grundstrukturen der Aktiengesellschaft oder eine Verletzung der Bestimmungen zum Kapitalschutz, die den Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung nichtig machen würden (Art. 706b Ziff. 3 OR), sah es als nicht erwiesen an (E. 6.4).

Die Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger hielt das Bundesgericht nicht für erforderlich. Den Gläubigern stünden andere Rechtsbehelfe zur Verfügung, wie etwa die paulianischen Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG) oder die Verantwortlichkeitsklage gegen Organe der Gesellschaft (Art. 754 ff. OR) (E. 5.3.2). Der Entscheid liegt damit auf der Linie von BGE 126 III 361 (anders noch BGE 50 II 168, E. 5. f., wo auch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger für erheblich erachtet wurden) und reiht sich in eine Sammlung weiterer Urteile ein, mit der (nicht unproblematischen) Tendenz, den Schutz der Gläubiger einzuschränken (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2016, neuerdings aber abweichend davon Urteil des Bundesgerichts 4A\_19/2020 [zur Publikation vorgesehen]). In BGE 142 III 23 hat das Bundesgericht – zu Recht – der Nachlassmasse untersagt, den Schaden der Gesellschaftsgläubiger geltend zu machen, und in BGE 141 III 527 hat es – m. E. nicht vollständig nachvollziehbar – entschieden, dass die Konkurs- und Betreibungsdelikte nach Art. 163 ff. StGB keine Schutznormen im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR seien, die eine Widerrechtlichkeit begründen könnten. In BGE 126 III 361 hat sich das Bundesgericht für die Ausserachtlassung von Gläubigerinteressen hauptsächlich auf ZOBL (ZBJV 1989, 289 ff.) berufen. ZOBL führt an besagter Stelle zwar aus, dass Insihgeschäfte im Interesse der Gesellschaft verboten und in diesem Zusammenhang daher Interessen allfälliger Gläubiger ohne Belang seien. Er folgert dann aber: «Aus diesem Grunde kann der Feststellung des Bundesgerichtes [in BGE 50 II 168], wonach Insihgeschäfte u. a. dann zulässig seien, wenn keine Gläubigerinteressen gefährdet würden, nicht gefolgt werden» (ZOBL, ZBJV 1989, 312 f.), und meint damit wohl lediglich, dass die Nichtverletzung von Gläubigerinteressen nicht genügt, um von der Zulässigkeit des Geschäfts auszugehen.

Richtig ist, dass Insihgeschäfte (primär) im Interesse der Gesellschaft verboten sind (ZOBL, ZBJV 1989, 301 ff.) und das Haupt-

kriterium bei der Beurteilung der Zulässigkeit solcher Geschäfte daher die Gefahr einer Schädigung der Gesellschaft sein muss (so BGE 126 III 361, E. 5.a; vgl. auch ZOBL, ZBJV 1989, 312). In Konstellationen wie der vorliegenden erscheint die Ausserachtlassung von Gläubigerinteressen indessen nicht sachgerecht (a. M. CHENAUX/MARMY, Bulletin CEDIDAC n° 78; SCHMIDT, GesKR 2019, 145 f.; kritisch demgegenüber auch VISCHER, AJP 2018, 1405 f.). Der Hinweis auf die weiteren Rechtsbehelfe der Gläubiger ist aus mehreren Gründen problematisch. Einerseits wird durch eine Schädigung der Gesellschaft auch das Haftungssubstrat der Gläubiger vermindert. Die Gläubiger sind damit – insbesondere auch im Falle eines Konkurses der Gesellschaft – letztlich schlechter geschützt als mit einer (direkten) materiellen Ungültigkeit des fraglichen Geschäfts. Und kommt es gar nicht zum Konkurs der Gesellschaft, bleiben auch grobe Verstösse gegen aktienrechtliche Sorgfaltspflichten folgenlos (vgl. STOFFEL/HEINZMANN, FS Forstmoser, 2003, 199 ff., 208 f.; STUTZ/VON DER CRONE, SZW 2003, 109 und Fn. 67; vgl. auch HERREN, AJP 2015, 206 und 212; TERCIER/STOFFEL, SZW 2001, 286 f.). Andererseits helfen die erwähnten Rechtsbehelfe den Gläubigern unter Umständen wenig (vgl. dazu etwa STOFFEL/HEINZMANN, FS Forstmoser, 2003, 208 f.; vgl. auch HÄBERLI/SCHMID, dRSK, publ. 13. 12. 2018, Rz. 12). Zudem gefährden Interessenkonflikte neben den vom Bundesgericht angesprochenen Interessen von Minderheitsaktionären auch die pflichtgemässe Wahrung der Gesellschaftsinteressen und damit letztlich auch jene der Gläubiger (STUTZ/VON DER CRONE, SZW 2003, 109; vgl. auch ZR 1956, Nr. 92, E. 5, wonach im zu beurteilenden Fall Anhaltspunkte für eine Verletzung der Interessen der Gläubiger fehlten, «eine Möglichkeit, an die in solchen Fällen ebenfalls gedacht werden muss»).

**3. Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH:  
Urteil des Bundesgerichts 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018,  
auszugsweise publiziert in BGE 144 III 394, sowie Urteil  
des Bundesgerichts 4A\_447/2019 vom 14. April 2020**

Im vorliegenden Fall hatte sich das Bundesgericht mit dem Ausschluss eines Gesellschafters aus einer GmbH zu befassen. Die A. GmbH beantragte mit Klage, die B. GmbH sei als Gesellschafterin gestützt auf Art. 823 OR aus der Gesellschaft auszuschliessen. Dabei

war strittig, ob ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 823 OR vorlag (E. 3. [nicht amtlich publ.]).

Bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der einen Ausschluss rechtfertigt, geht es um die Frage der Zumutbarkeit der Fortdauer der Mitgliedschaft. Dabei kommt dem Typus der Gesellschaft eine massgebende Bedeutung zu. Je nachdem, ob die Gesellschaft personalistisch oder kapitalistisch ausgestaltet ist, beurteilt sich diese Frage anders. Die im GmbH-Recht vorgesehene Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters ist Ausdruck der Personenbezogenheit dieser Gesellschaftsform. Bei der Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Grundes ist daher in hohem Masse auf die Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen (E. 4.3.5.2). Ob der Ausschluss eines Gesellschafters nach Art. 823 OR gerechtfertigt ist, muss danach beurteilt werden, ob die Fortdauer der Mitgliedschaft des auszuschliessenden Gesellschafters aus Sicht der Gesellschaft zumutbar ist. Letztlich geht es um eine Billigkeitsentscheidung, die auf objektiver Interessenabwägung unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des beurteilten Falles beruht (E. 4.3.6).

Weil die Vorinstanz im Rahmen der Entscheidungsfindung verschiedene rechtserhebliche Elemente nicht berücksichtigt (E. 4.3.5 und 4.3.6) und damit den Anspruch der A. GmbH auf rechtliches Gehör verletzt hatte (E. 4.3.6 und 4.4), wies das Bundesgericht die Sache zur Neuurteilung zurück (E. 5. [nicht amtlich publ.]). Die Vorinstanz prüfte in der Folge die vom Bundesgericht infrage gestellten Punkte. Sie kam zum Ergebnis, die B. GmbH habe mit der Durchführung einer Veranstaltung zur Abwerbung der Vertriebspartner der A. GmbH ihre Treupflicht als nicht geschäftsführende Gesellschafterin in schwerwiegender Weise verletzt. Zudem stelle die zwischen den Parteien bestehende Konfliktsituation einen wichtigen Grund dar, der nach Art. 823 OR den Ausschluss der B. GmbH als Gesellschafterin der A. GmbH rechtfertige (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_447/2019, E. 4.2).

Dieser Entscheid wurde wiederum vor Bundesgericht angefochten. Im zweiten Urteil in gleicher Sache bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach es selbst, wie auch die kantonalen Instanzen nach einer Rückweisungsentscheid an die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, gebunden seien. Wegen dieser Bindung sei es den Gerichten sowie den Parteien – unter Vorbehalt zulässiger Noven – verwehrt, «der Beurteilung des

Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren» (Urteil des Bundesgerichts 4A\_447/2019, E. 4.1 mit Verweis auf BGE 135 III 334, E. 2.). Die Vorinstanz hatte infolge des Rückweisungsentscheides die vom Bundesgericht beurteilten Punkte geprüft und kam wie ausgeführt zum Ergebnis, der Ausschluss der B. GmbH sei gerechtfertigt. Entgegen der Ansicht der B. GmbH waren die vorinstanzlichen Ausführungen nach Ansicht des Bundesgerichts nicht zu beanstanden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_447/2019, E. 4.2). Aus der Begründung des Rückweisungsentscheides, der sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt, ergibt sich, wie weit die Gerichte und die Parteien an die erste Entscheidung gebunden sind (BGE 135 III 334, E. 2.).

Das Bundesgericht betont in seinem ersten Entscheid richtigerweise, dass in Bezug auf die Frage, ob ein Ausschluss eines Gesellschafters aus einer GmbH zu Recht erfolgt sei, diejenigen Umstände entscheidungswesentlich seien, die mit dem auszuschliessenden Gesellschafter zusammenhängen, mithin in seiner Person, seinem Verhalten oder seinen persönlichen Verhältnissen liegen. Bei der Interessenabwägung, ob ein solcher Umstand eine unzumutbare Situation im konkreten Fall schafft, die einen Ausschluss rechtfertigt, hat der Typus der Gesellschaft, vorliegend eben die Personenbezogenheit der GmbH, ausschlaggebende Bedeutung (für eine weitere Besprechung des Entscheides vgl. WIPF/VON DER CRONE, SZW 2018, 569 ff.).

#### **4. Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung von Aktien und Eintragung im Aktienbuch: BGE 145 III 351 (Urteil 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019)**

Im vorliegenden Fall war die Frage zu beantworten, ob ein vertraglich vereinbartes Vorkaufsrecht durch die Vinkulierungsbestimmungen in den Statuten der Gesellschaft ausgehebelt werden kann bzw. ob Vinkulierungsbestimmungen die Durchsetzung eines solchen Vorkaufsrechts an Aktien verhindern können. In diesem Zusammenhang klärte das Bundesgericht auch die Frage, ob der von der Gesellschaft abgelehnte Erwerber von vinkulierten, nicht börsenkotierten

Namenaktien bei Widerrechtlichkeit der Verweigerung aktivlegitimiert ist, Klage zu erheben.

Der Sachverhalt war – wie in vielen gesellschaftsrechtlichen Fällen – komplex und kann wie folgt resümiert werden: Die C. AG hielt als Hauptaktionärin 997 von insgesamt 1400 Namenaktien der A. AG. Die A. AG ist Eigentümerin und Betriebsinhaberin eines Hotels. E. als ursprünglicher Alleinaktionär der C. AG veräusserte mit schriftlichem Kaufvertrag vom 17. Februar 1999 die Aktienmehrheit an seinen Sohn F. und an eine Drittperson, die inzwischen aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. F. ist heute Alleinaktionär und einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident der C. AG. Im Kaufvertrag vom 17. Februar 1999 wurde B. (Tochter von E. und Schwester von F.) ein Vorkaufsrecht an den Aktien (der A. AG) für den Fall des Verkaufs des Hotels oder der A. AG (auch bei Teilverkauf) eingeräumt.

Die C. AG veräusserte mit Kaufvertrag vom 1. Juli 2013 ihre Aktien an der A. AG an H., den Geschäftsführer der A. AG, und an I. B. erlangte am 12. Juli 2013 Kenntnis vom Kaufvertrag und erklärte mit Schreiben vom 30. August 2013 an F., sie übe ihr Vorkaufsrecht aus.

Am 2. September 2013 unterzeichneten F. für die C. AG sowie H. und I. eine Aufhebungsvereinbarung bezüglich des Kaufvertrags vom 1. Juli 2013. Die Aktien der A. AG wurden in der Folge nicht an B. übergeben. B. klagte daher gegen die C. AG auf Herausgabe und Übertragung von 963 Namenaktien der A. AG. Die Klage wurde gutgeheissen. Die von der C. AG erhobene Berufung wies das Kantonsgericht Graubünden mit Urteil vom 29. Januar 2016 ab. Die C. AG verzichtete auf einen Weiterzug des Urteils und deponierte stattdessen die Aktien blanko indossiert beim Verwaltungsrat der C. AG und beantragte die Übertragung der Aktien auf B.

Der Verwaltungsrat der A. AG setzte sich seit Juni 2015 aus F. (Präsident), J. (Vizepräsident) und K. (Mitglied) zusammen. Er beschloss im Juni 2015, dass aufgrund eines offensichtlichen Interessenkonflikts seitens F., der nicht nur Verwaltungsratspräsident der A. AG, sondern auch Verwaltungsratspräsident und Alleinaktionär der C. AG war, zukünftig für sämtliche Fragen bezüglich der Eintragung von B. ins Aktienbuch ein Ausschuss – bestehend aus J. und K. – gebildet werde. Dieser Verwaltungsratsausschuss führte nach Abschluss des Verfahrens vor den kantonalen Gerichten ein Gespräch mit B. über ihre Zukunftsabsichten für das Unternehmen. Mit Schreiben vom 2. Mai 2016 erklärte der Verwaltungsrat der A. AG, er verweigere die

Zustimmung zur Übertragung der Aktien an B. und werde sie nicht ins Aktienbuch eintragen. Zudem übe die Gesellschaft das statutarische Ankaufsrecht aus und werde die Aktien auf Rechnung Dritter, nämlich des H., erwerben, sofern dieser ein Kaufangebot in annehmbarer Höhe unterbreite. H., der Geschäftsführer der A. AG war, hatte dem Verwaltungsrat in einem Gespräch mitgeteilt, er werde die Gesellschaft verlassen, wenn eine Drittperson die Aktienmehrheit erwerben würde.

B. beantragte mit Klage vom 17. Juni 2016 im Wesentlichen, die A. AG sei zu verpflichten, die Zustimmung zur Übertragung der 963 Namenaktien von der C. AG auf sie zu erteilen und sie als Aktionärin ins Aktienbuch einzutragen. Das Bezirksgericht hiess die Klage gut. Die von der A. AG gegen das Urteil erhobene Berufung wies das Kantonsgericht ab.

Das Kantonsgericht hielt die Gründe des Verwaltungsratsausschusses der A. AG für die Ablehnung der Eintragung im Ergebnis für nicht vertretbar. Insbesondere sei der Hauptgrund für die Nichteintragung, nämlich dass der bisherige Geschäftsführer H. seine Anstellung kündigen werde, sollte B. Mehrheitsaktionärin werden, nicht stichhaltig. Die blossе Befürchtung, die Eintragung von B. ins Aktienbuch könnte negative Auswirkungen auf den Geschäftsgang der A. AG haben, genüge nicht als sachlicher Grund. Es sei zwar davon auszugehen, dass H. die Gesellschaft verlassen werde. Dass dieser Abgang negative Auswirkungen auf die Gesellschaft habe, sei aber eine reine Befürchtung des Verwaltungsratsausschusses.

In einer Eventualbegründung berief sich das Kantonsgericht auf einen (umgekehrten) Durchgriff. Die C. AG sei (im ersten Urteil) gerichtlich verpflichtet worden, die 963 Aktien auf B. zu übertragen, und hätte als Mehrheitsaktionärin der A. AG der B. ohne Weiteres die Aktionärsеigenschaft verschaffen können, indem sie im Rahmen einer Generalversammlung die Vinkulierungsbestimmung hätte aufheben können. Letztlich stecke damit die C. AG hinter der Entscheidung des Verwaltungsrats der A. AG, instrumentalisiere diese und schiebe sie vor, um der gerichtlich festgestellten Verpflichtung zur Übertragung der Aktien nicht nachkommen zu müssen. Damit werde die Schranke zwischen der juristischen Person (A. AG) und ihrer beherrschenden Aktionärin (C. AG) aufgehoben, und die A. AG sei somit ihrerseits verpflichtet, B. die Aktionärsstellung zu verschaffen.

Die A. AG erhob gegen das Urteil des Kantonsgerichts Beschwerde ans Bundesgericht. Das Bundesgericht hielt vorab fest, die

Statuten könnten bestimmen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen (Art. 685a Abs. 1 OR). Für nicht börsenkotierte Namenaktien sehe Art. 685b Abs. 1 OR vor, dass die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung ablehnen könne, wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekannt gebe oder wenn sie dem Veräusserer der Aktien anbiete, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuchs zu übernehmen (sog. «escape clause») (E. 2.). Bei einem Übernahmeangebot zum wirklichen Wert müssten weder wichtige Gründe vorliegen, noch müssten Gründe genannt werden. Der Entscheid müsse aber das Gleichbehandlungsgebot achten und dürfe nicht rechtsmissbräuchlich sein (E. 3.2 und 3.2.1).

Gegen die Verweigerung der Zustimmung könne eine Leistungsklage auf Erfüllung, das heisst auf Zustimmung (der Gesellschaft) zur Übertragung der Aktien und Eintragung ins Aktienbuch, erhoben werden. Diese Klage richte sich gegen die Gesellschaft, und zwar unabhängig davon, welches Organ mit der Gewährung oder Verweigerung der Zustimmung betraut sei. Zu dieser Klage sei bei Widerrechtlichkeit der Verweigerung auch der abgelehnte Erwerber aktivlegitimiert (E. 2.).

Vorliegend war fraglich, ob die *Business Judgement Rule*, wonach sich die Gerichte bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auferlegen, wenn diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind (BGE 139 III 24, E. 3.2), auf den Entscheid des Verwaltungsrats, die Zustimmung zur Übertragung der Aktien zu verweigern, zur Anwendung gelangt. Nach Ansicht des Bundesgerichts fällt dieser Entscheid nicht in den Anwendungsbereich der *Business Judgement Rule*, weil sich diese lediglich auf Geschäftsentscheide beziehe. Andere Aufgaben des Verwaltungsrats, namentlich Kontroll- und Organisationsaufgaben, würden sich für eine justizmässige Nachkontrolle eignen (E. 3.1).

Der Entscheid des Verwaltungsratsausschusses bzw. des Verwaltungsrats, die Zustimmung zur Übertragung der Aktien nicht zu erteilen, war nach Ansicht des Bundesgerichts vorliegend nicht rechtsmissbräuchlich. Die Vermeidung des angedrohten Abgangs des Geschäftsführers stelle einen im Interesse der Gesellschaft liegenden vertretbaren Grund dar (E. 3.2.2). Rechtsmissbräuchlich sei ein Entscheid demgegenüber, wenn er sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen recht-

fertigen lasse oder keine in der Interessensphäre der Gesellschaft liegenden vertretbaren Gründe gegen die Anerkennung des Erwerbers sprechen würden. Gleiches gelte, wenn die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt würden. Für die Rechtfertigung durch vernünftige wirtschaftliche Überlegungen sei auf die Interessen der Gesellschaft und der Gesamtheit der Aktionäre abzustellen. Eine Prüfung der Angemessenheit des Entscheides erfolge dabei nicht (E. 3.2.1 und 3.2.2).

Der Eventualbegründung der Vorinstanz, die der C. AG auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe und Übertragung der Namenaktien sei mittels eines Durchgriffs auf die A. AG erstreckt worden und die A. AG sei somit ihrerseits verpflichtet, B. die Aktionärsstellung zu verschaffen, hielt das Bundesgericht entgegen, es gehe vorliegend nicht um einen Haftungsdurchgriff (und sofern man dennoch von einem [umgekehrten] Haftungsdurchgriff ausginge, lägen die entsprechenden Voraussetzungen nicht vor, weil die C. AG die A. AG lediglich als Mehrheitsaktionärin beherrsche [E. 4.3.2]), sondern um die Erstreckung einer dem (Mehrheits-)Aktionär (C. AG) obliegenden vertraglichen Verpflichtung auf die Gesellschaft (A. AG), B. die Aktionärsstellung zu verschaffen (E. 4.3). Anders indessen als in einem Fall, in dem eine gewöhnliche vertragliche Verpflichtung zu erfüllen sei, komme vorliegend hinzu, dass mit der Erfüllung des vertraglichen Vorkaufsanspruchs von B. eine körperschaftliche Bestimmung, nämlich die Vinkulierung, ausgehebelt würde (E. 4.3.1). Zudem gelte ein vertraglich vereinbartes Vorkaufsrecht (an Aktien) grundsätzlich nur zwischen den Parteien. Es habe keine Wirkung gegenüber der Gesellschaft, weil strikt zwischen der körperschaftlichen und der vertragsrechtlichen Ebene zu unterscheiden sei (E. 4.3.1). Die Befolgung von (allfälligen) Weisungen des Mehrheitsaktionärs zur Durchsetzung seiner eigenen vertraglichen Verpflichtungen finde jedenfalls im Gesellschaftsinteresse eine Grenze (E. 4.3.1). Die der C. AG auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe und Übertragung der Namenaktien könne demnach nicht auf die A. AG erstreckt werden. Es sei in Anbetracht dessen, dass rund 30 Prozent Minderheitsaktionäre an der A. AG beteiligt sind, nicht zu beanstanden, dass der Verwaltungsrat die Vinkulierungsbestimmung nicht einfach ausser Acht lasse und aufgrund seiner pflichtgemässen Beurteilung der Interessen der Gesellschaft nicht auf die Übernahme der Aktien auf Rechnung eines Dritten verzichte (E. 4.3.3).



B. musste nach Ansicht des Bundesgerichts mit der Unterzeichnung des Vertrags, durch den ihr das Vorkaufsrecht an den Aktien der (bestehenden) A. AG eingeräumt wurde, nämlich erkennen oder hätte erkennen können, dass ihrem Vorkaufsrecht die Vinkulierungsbestimmung in den Statuten der A. AG entgegenstehen könnte (E. 4.3.1). Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der A. AG daher gut.

Es ist zu begrüessen, dass das Bundesgericht die in der Literatur bislang umstrittene Frage klärt, ob bei Ablehnung des Erwerbers vinkulierter (nicht börsenkotierter) Namenaktien durch die Gesellschaft nur der Aktienveräusserer oder auch der Erwerber zur Klage legitimiert ist. In BGE 76 II 51, E. 4. hatte es diese Frage noch offengelassen, während es im Urteil 4C.202/2006 die Klageberechtigung der Erwerberin stillschweigend bejaht hatte. Nach dem vorliegenden Entscheid ist auch der abgelehnte Erwerber von vinkulierten (nicht börsenkotierten) Namenaktien aktivlegitimiert, Leistungsklage auf Erfüllung gegen die Gesellschaft zu erheben, wenn die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung der Aktien widerrechtlich ist. Dem ist zuzustimmen (vgl. für weitere Besprechungen des Entscheides etwa DENZLER/HOCHSTRASSER, AJP 2019, 1077 ff.; DERUNGS/VON DER CRONE, SZW 2019, 697 ff.; MÜLLER/DELLI COLLI, GesKR 2020, 140 ff.).

Der Entscheid zeigt letztlich aber auch die Schwierigkeit der Durchsetzung vertraglicher Vorkaufsrechte an vinkulierten, nicht börsenkotierten Namenaktien. Weil vertragliche Vorkaufsrechte an Aktien nur zwischen den Vertragsparteien gelten, kann der Vollzug des Vorkaufsvertrags scheitern, wenn die Gesellschaft die Zustimmung zur Übertragung der Aktien nicht erteilt (dazu, wie dieses Risiko minimiert werden kann, vgl. PERIC/GALLI/VISCHER, dRSK, publ. 16.1.2020, Rz. 13). Verweigert die Gesellschaft die Zustimmung und macht sie dem Veräusserer der Aktien ein Übernahmeangebot zum wirklichen Wert (Art. 685b Abs. 1 OR), müssen weder wichtige Gründe vorliegen, noch müssen (überhaupt) Gründe genannt werden. Damit kann ein Erwerber bis zur Grenze der Willkür von der Aktionärsstellung ausgeschlossen werden, soweit das Gleichbehandlungsgebot beachtet wird und der Entscheid nicht rechtsmissbräuchlich ist. Offen bleibt nach dem Entscheid schliesslich auch, wie die durch Urteil festgestellte vertragliche Verpflichtung der C. AG gegenüber B. auf Übertragung der Aktien erfüllt werden kann und soll und ob allenfalls eine Haftung (wegen Leistungsunmöglichkeit)

von F. gegenüber B. besteht (vgl. dazu auch PERIC/GALLI/VISCHER, dRSK, publ. 16. 1. 2020, Rz. 14).

## 5. **Sonderprüfung: BGE 145 III 446 (Urteil 4A\_223/2019 vom 16. Oktober 2019)**

Das vorliegende Urteil befasst sich mit der Frage, ob die Parteien im Verfahren betreffend Sonderprüfung ihre Stellungnahme und Ergänzungsfragen nach Art. 697e Abs. 3 OR unaufgefordert ins Verfahren einbringen müssen oder ob ihnen der Richter dazu ausdrücklich eine Möglichkeit einräumen muss. Nach Art. 697a Abs. 2 bzw. Art. 697b Abs. 1 OR kann der Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers ersucht werden. Entspricht der Richter wie im vorliegenden Fall dem Gesuch um Sonderprüfung, beauftragt er einen unabhängigen Sachverständigen mit der Durchführung der Sonderprüfung (Art. 697c Abs. 2 OR). Nach dem Bereinigungsverfahren (vgl. Art. 697e Abs. 2 OR) gibt er der Gesellschaft und den gesuchstellenden Aktionären Gelegenheit, zum bereinigten Bericht des Sonderprüfers Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 697e Abs. 3 OR; E. 2.).

Der Gesuchsteller machte vorliegend geltend, der Bericht des Sonderprüfers sei ihm ohne Begleitschreiben oder Verfügung vom Handelsgericht zugestellt worden. Das Handelsgericht habe weder zu einer mündlichen Verhandlung vorgeladen, noch habe es die Parteien zu einer schriftlichen Stellungnahme aufgefordert (E. 3.2).

In welcher Form den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Einreichung von Ergänzungsfragen zu geben ist, wird in der Lehre nicht erörtert (E. 4.2). Das Bundesgericht hatte bis anhin auch noch keine Gelegenheit, diese Frage zu klären (E. 4.1). Im vorliegenden Entscheid legt es das Gesetz nun nach einem «pragmatischen Methodenpluralismus» aus (E. 4.3.1), um die Frage zu beantworten, ob der Richter nach Art. 697e Abs. 3 OR der geprüften Gesellschaft und den Gesuchstellern ausdrücklich Frist anzusetzen hat, um eine Stellungnahme zum Bericht des Sonderprüfers einzureichen und Ergänzungsfragen zu stellen, oder ob diese nach der Zustellung des Berichts ohne richterliche Aufforderung von sich aus eine Stellungnahme und Ergänzungsfragen einzureichen haben (E. 4.1). Es gelangt dabei zum Ergebnis, dass vorab teleologische Überlegungen und die Stellung der Gesetzesbestimmung in systematischer Hinsicht dafür

sprechen würden, dass der Richter den Parteien ausdrücklich Gelegenheit einräumen muss, eine Stellungnahme zum Sonderprüfungsbericht abzugeben und Ergänzungsfragen dazu zu stellen (E. 4.3.4, 4.3.5 und 4.4). Dieser Pflicht kann der Richter dadurch nachkommen, dass er den Parteien je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls entweder eine kurze Frist ansetzt, damit diese ihre Stellungnahme und Fragen schriftlich einreichen können, oder sie zu einer mündlichen Verhandlung vorlädt (E. 4.4). Durch das blosses Zustellen des Sonderprüfungsberichts kommt das Gericht seinen Pflichten nach Art. 697e Abs. 3 OR demgegenüber nicht hinreichend nach (E. 5.).

Der Entscheid ist im Ergebnis richtig (vgl. auch die Besprechungen etwa bei JENTSCH, ZBJV 2020, 50 ff.; SCHMIDT/BURCKHARDT, AJP 2020, 122 ff.). Das Recht, dem Sonderprüfer Ergänzungsfragen zu stellen, erlaubt es den Parteien, Mängel im Bericht aufzudecken und Lücken zu schliessen. Damit kann der Sonderprüfungsbericht vervollständigt werden, bevor er den anderen Aktionären bekannt gegeben wird (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4P.183/2005, E. 3.3). Wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, erscheint es vor diesem Hintergrund angebracht, dass der Richter den Parteien den Bericht des Sonderprüfers nicht bloss zustellt und abwartet, dass sie von sich aus Stellung nehmen und Fragen stellen. Die Parteien sollen vielmehr in jedem Fall ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden, dass sie entsprechende Mitwirkungsrechte haben (E. 4.3.4). Das Bundesgericht stellt allerdings auch klar, dass «vorliegend einzig für die spezifische Sondervorschrift von Art. 697e Abs. 3 OR entschieden [werde], dass der Richter den Parteien ausdrücklich Gelegenheit im obigen Sinn einzuräumen [habe]» (E. 4.5). Wie es sich bei anderen (prozessualen) Vorschriften verhalte, sei damit nicht entschieden (E. 4.5).

**6. Keine rechtsgeschäftliche Vertretung der AG durch ein faktisches Organ: BGE 146 III 37 (Urteil 4A\_455/2018 vom 9. Oktober 2019; Pra. 109 [2020] Nr. 36)**

Im vorliegenden Fall hatte das Bundesgericht die bislang ungeklärte Frage zu entscheiden, ob ein faktisches Organ kraft Organfunktion Rechtsgeschäfte im Namen der Gesellschaft eingehen kann. Der

Sachverhalt war – einmal mehr – komplex und kann wie folgt resümiert werden: Die B. Inc. und die A. AG sind beide im internationalen Rohstoffhandel tätig. L. ist einziger Geschäftsführer der B. Inc., der wirtschaftlich Berechtigte ist M. Bei der A. AG war O. Verwaltungsrat und P. der wirtschaftlich Berechtigte.

Die A. AG und die B. Inc. schlossen im November 2010 drei Verträge über den Verkauf von Kohle an die A. AG und den Rückkauf raffinierter Kohle durch die B. Inc. ab. Die Präambeln der Verträge hielten zwar fest, dass L. (als Geschäftsführer) für die B. Inc. und O. (als Verwaltungsrat) für die A. AG handle. Die Verträge wurden aber weder durch die formellen Organe der jeweiligen Gesellschaft ausgehandelt noch durch diese unterzeichnet. Für die B. Inc. handelte vielmehr der an der Gesellschaft wirtschaftlich Berechtigte (M.) und für die A. AG eine Person, deren Name im gesamten Verfahren nicht erstellt werden konnte. Dieser «mystérieux signataire» («geheimnisvoller Unterzeichner») unterzeichnete die Verträge auf dem Siegel der A. AG («sur le timbre humide de A.») mit einer bildlichen Unterschrift («signature figurative»), bestehend aus einer grossen Schleife mit drei kleinen Kreisen.

Im Mai 2012 schlossen die A. AG und die B. Inc. eine Vereinbarung zur Beilegung von vertraglichen Differenzen. Diese Vereinbarung enthielt eine Schuldanererkennung der A. AG über einen Betrag von rund 2 Mio. USD und war für die B. Inc. durch den Geschäftsführer L. und für die A. AG wiederum durch den «geheimnisvollen Unterzeichner» auf dem Siegel der A. AG, neben dem der Hinweis «By O.» aufgeführt war, signiert. Der Verwaltungsrat O. hatte im Verfahren erklärt, dass die «signature figurative» nicht diejenige des wirtschaftlich Berechtigten P. sei. Daher ist die Gültigkeit der «signature figurative» in der Vereinbarung und somit letztlich auch die Gültigkeit der Schuldanererkennung der A. AG streitig.

Im März 2014 klagte die B. Inc. gegen die A. AG auf Bezahlung der rund 2 Mio. USD zuzüglich Zins (abzüglich bereits geleisteter Teilzahlungen) aus der Vereinbarung vom Mai 2012. Die A. AG berief sich auf Irrtum und Übervorteilung und machte geltend, die Vereinbarung sei ungültig.

Das Bundesgericht hatte demnach die Frage zu beantworten, ob die namens der A. AG angebrachte bildliche Unterschrift des mysteriösen Unterzeichners gültig war und dieser die A. AG durch seine einzige Unterschrift verpflichtet hatte (E. 3.1). Dazu ruft es vorab in

Erinnerung, welche Personen eine Aktiengesellschaft gültig vertreten und damit verpflichten können (E. 5.). Dies sind erstens aufgrund von Art. 718 OR die Organe, wie jedes Mitglied des Verwaltungsrats oder ausnahmsweise der Gesamtverwaltungsrat sowie Delegierte des Verwaltungsrats oder Direktoren (E. 5.1), zweitens Prokuristen und andere Bevollmächtigte, die der Verwaltungsrat ernannt hat (Art. 721 OR; E. 5.2), und drittens Personen, die zivilrechtliche Stellvertreter im Sinne von Art. 32 ff. OR sind (E. 5.3).

Der mysteriöse Unterzeichner hatte weder Organstellung im Sinne von Art. 718 OR, noch war er Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft im Sinne von Art. 721 OR (E. 5.4). Der Ansicht der Vorinstanz, der geheimnisvolle Unterzeichner habe als faktisches Organ der A. AG gehandelt und die Gesellschaft demnach verpflichtet (vgl. E. 6.), erteilte das Bundesgericht eine Abfuhr. Die Rechtsprechung zu Art. 722 OR bzw. Art. 55 Abs. 2 ZGB sowie Art. 754 OR, wonach auch materielle oder faktische Organe die Gesellschaft durch unerlaubte Handlungen verpflichten bzw. individuell haftbar gemacht werden könnten, sei nicht anwendbar auf die Vertretung der Gesellschaft beim Abschluss von Rechtsgeschäften (E. 6.2). Die Vertretung nach Art. 718 OR sei von der deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit der Gesellschaft im Sinne von Art. 722 OR und von der persönlichen Verantwortlichkeit der Geschäftsführer nach Art. 754 OR zu unterscheiden. Die vertragliche Bindung und die Haftung seien zwei verschiedene Dinge (E. 6.2.1). Die Annahme, ein faktisches Organ könnte die Gesellschaft durch seine Rechtshandlungen verpflichten, würde eine Änderung des Rechtssystems bedeuten (E. 6.2.2). Ein Allein- oder Mehrheitsaktionär, der sich in die Geschäftsführung der Gesellschaft einmische, habe nicht die Stellung eines (formellen) Organs und könne die Gesellschaft nicht rechtsgeschäftlich verpflichten (E. 6.2.3). Daher konnte vorliegend der mysteriöse Unterzeichner die Gesellschaft nicht als faktisches Organ vertreten (E. 6.3).

Zu prüfen bleibe, so das Bundesgericht, ob der mysteriöse Unterzeichner die Gesellschaft als zivilrechtlicher Vertreter im Sinne von Art. 32 ff. OR vertreten konnte (E. 7.). Die Vorinstanz, an die die Sache zur Neu beurteilung zurückgewiesen wurde, muss nun entscheiden, ob die Gesellschaft durch direkte Stellvertretung nach Art. 32 OR, beinhaltend auch eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht, durch Vertretung aufgrund Gutgläubensschutzes des Dritten (Art. 33

Abs. 3 OR) oder durch Genehmigung (Art. 38 OR) gebunden ist (E. 7.1 ff.).

Dem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen (vgl. für weitere Besprechungen des Entscheides etwa BERNET/VON DER CRONE, SZW 2020, 84 ff.; SCHMIDT/BURCKHARDT, AJP 2020, 126 ff.). Im (nicht amtlich publizierten) Urteil 4C.307/2001 hatte das Bundesgericht allerdings noch ausgeführt, dass auch ein faktisches Organ die Gesellschaft nach aussen vertreten könne, wobei es in diesem Fall nicht um eine aktive Handlung ging, sondern (ähnlich einer Wissenszurechnung) um die Zurechnung der Entgegennahme von Arbeit. Personen hingegen, die sich ohne Wissen der Gesellschaft bzw. ihrer gewählten Organe bloss eine Organstellung anmassen würden (in diesem Zusammenhang wird teilweise [aber gerade] auch von einem «faktischen Organ» gesprochen, vgl. etwa BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 5; insofern gibt es im schweizerischen Aktienrecht keinen einheitlichen und allgemein verbindlichen Organbegriff), könnten die juristische Person nicht verpflichten (Urteil 4C.307/2001, E. 2.b). In BGE 141 III 159, E. 2.4 konnte das Bundesgericht die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein faktisches Organ aktiv für die juristische Person materiell bindende Rechtshandlungen vornehmen kann, offenlassen, weil in diesem Fall der prozessrechtliche Kontext zu beachten war (vgl. dazu auch III./7. hinten).

Bei Art. 722 und Art. 754 OR wird zwischen formellen und materiellen bzw. faktischen Organen (sog. funktionaler Organbegriff) unterschieden. Die Figur des «faktischen Organs» wurde somit primär im Kontext des Haftungs- und Verantwortlichkeitsrechts entwickelt (BERNET/VON DER CRONE, SZW 2020, 87). Bei Art. 722 OR braucht es diese Figur, weil es keine Stellvertretung für unerlaubte Handlung gibt. Sowohl bei Art. 722 als auch bei Art. 754 Abs. 1 OR spricht zudem der Gesetzestext dafür, neben dem formellen auf einen funktionalen Organbegriff abzustellen («eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person» [Art. 722 OR] bzw. «und alle mit der Geschäftsführung [...] befassten Personen» [Art. 754 Abs. 1 OR]). Für die Begründung von rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten ist die Figur des «faktischen Organs» weder dogmatisch stringent begründbar noch erforderlich. Eine Verpflichtung des «Vertretenen» ist in solchen Fällen auch kraft einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht oder aufgrund Gutgläubensschutzes des Dritten denkbar (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_323/2019). Dabei dürfte ein faktisches

Organ im Sinne des Gesellschaftsrechts vielfach ein «Vertreter» aufgrund einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht sein, oder es dürfte eine Bindung aufgrund Gutgläubensschutzes des Dritten vorliegen (Art. 33 Abs. 3 OR), soweit nicht eine direkte Stellvertretung gegeben ist (Art. 32 Abs. 1 und 2 OR).

#### **7. Persönliches Erscheinen einer Gesellschaft an der Schlichtungsverhandlung: Urteil des Bundesgerichts 4A\_612/2017 vom 8. März 2018**

Im Entscheid ging es um die Frage, wer eine juristische Person an einer Schlichtungsverhandlung vertreten kann, damit dem Erfordernis des persönlichen Erscheinens Rechnung getragen wird. Vorab hielt das Bundesgericht fest, dass Art. 204 Abs. 1 ZPO, wonach die Parteien persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen müssen, auch für juristische Personen gilt (E. 5.). Juristische Personen können sich durch eingetragene Organe, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte vertreten lassen. Eingetragene Organe und Prokuristen müssen sich durch einen Handelsregisterauszug ausweisen. Ein Handlungsbevollmächtigter muss eine ausdrückliche Vollmacht zur Prozessführung in der konkreten Angelegenheit vorweisen können (Art. 462 Abs. 2 OR), aus der sich zudem eine Handlungsvollmacht im Sinne von Art. 462 Abs. 1 OR ergibt (E. 5.).

Ein faktisches Organ kann die juristische Person demgegenüber an der Schlichtungsverhandlung – ungeachtet der Bedenken gegen die *rechtsgeschäftliche* Vertretung durch ein faktisches Organ (vgl. dazu III./6. vorne) – nicht vertreten, weil die Schlichtungsbehörde möglichst einfach und rasch entscheiden können muss, ob die Person, die im Namen der Gesellschaft auftritt, auch dazu befugt ist (E. 5.). Im vorliegenden Fall hatte die Schlichtungsbehörde zu Recht festgestellt, dass die Gesellschaft, die X. Sàrl, nicht «persönlich» erschienen war, weil U., der als Vertreter der Gesellschaft auftrat (und offenbar Inhaber der Stammanteile war), im Zeitpunkt der Schlichtungsverhandlung (entgegen Art. 791 Abs. 1 und Art. 814 Abs. 6 OR) weder als Gesellschafter noch als vertretungsbefugter Geschäftsführer oder Prokurist im Handelsregister eingetragen war und sich auch nicht als Handlungsbevollmächtigter im Sinne von Art. 462 OR ausweisen konnte (E. 6.).

Das Bundesgericht bestätigt in dieser Entscheidung seine Rechtsprechung zur Frage, wer eine juristische Person im Schlichtungsverfahren vertreten kann. Die Grundsätze dazu hat es in drei amtlich publizierten Entscheidungen dargelegt (vgl. dazu etwa MÜLLER/KÄCH, Jusletter 11.4.2016, Rz. 124 ff.). In BGE 140 III 70 hatte es festgehalten, dass das persönliche Erscheinen vor der Schlichtungsbehörde nach Art. 204 ZPO auch für juristische Personen gilt. Dem persönlichen Erscheinen wird Folge geleistet, wenn für die juristische Person eine der folgenden Personen erscheint: ein (im Handelsregister eingetragenes) Mitglied des Verwaltungsrats, ein Delegierter oder Direktor (wenn die Vertretung im Sinne von Art. 718 Abs. 2 OR übertragen wurde), ein Prokurist, der im Handelsregister eingetragen ist und keine besondere Prozessvollmacht benötigt, oder ein (nicht im Handelsregister eingetragener) Handlungsbevollmächtigter im Sinne von Art. 462 OR, soweit er ausdrücklich über eine Prozessvollmacht verfügt (BGE 141 III 80 [Pra. 104 (2015) Nr. 103]). Eingetragene Organe – wie Mitglieder des Verwaltungsrats, Delegierte sowie Direktoren – und Prokuristen müssen sich durch einen Handelsregisterauszug ausweisen. Ein Handlungsbevollmächtigter benötigt demgegenüber eine ausdrückliche Vollmacht zur Prozessführung in der konkreten Angelegenheit (Art. 462 Abs. 2 OR), aus der sich zudem eine Handlungsvollmacht im Sinne von Art. 462 Abs. 1 OR ergibt (BGE 141 III 159, E. 2.6, 3.2 und 3.3).

Faktische Organe sowie Rechtsanwälte und bloss bürgerlich bevollmächtigte Personen nach Art. 32 ff. OR sind demgegenüber nicht zur Vertretung der juristischen Person im Schlichtungsverfahren befugt (vgl. BGE 140 III 70, E. 4.3 [bezüglich Rechtsanwälte], 141 III 159). Dass faktische Organe die juristische Person im Schlichtungsverfahren nicht vertreten können, wird damit begründet, dass die Schlichtungsbehörde möglichst einfach und rasch entscheiden können muss, ob die Person, die im Namen der Gesellschaft auftritt, auch dazu befugt ist (BGE 141 III 159, E. 2.4).

Der für die juristische Person an der Schlichtungsverhandlung anwesende Vertreter muss mit dem Streitgegenstand vertraut sein, vorbehaltlos und gültig handeln können und insbesondere zum Vergleichabschluss ermächtigt sein (BGE 140 III 70, E. 4.3 und 4.4). Wird eine Person schriftlich bevollmächtigt, eine juristische Person an der Schlichtungsverhandlung zu vertreten, ist daher zu prüfen, ob bloss eine (unzureichende) bürgerliche Bevollmächtigung nach Art. 32



OR oder eine nach Art. 462 Abs. 2 OR erforderliche, einem Handlungsbevollmächtigten ausdrücklich erteilte (und damit ausreichende) Befugnis zur Prozessführung vorliegt.

#### 8. **Pflichtgemässe Verletzung von Kapitalschutzvorschriften?: Urteil des Bundesgerichts 4A\_268/2018 vom 18. November 2019**

Im Entscheid hatte das Bundesgericht Verantwortlichkeitsansprüche gegen 14 ehemalige Organe der damaligen *Swissair* zu beurteilen. Die Nachlassmasse der *Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft* (nachfolgend *Swissair*) in Nachlassliquidation klagte gegen verschiedene Personen, die zu unterschiedlichen Zeiten unterschiedliche Funktionen in der SAirGroup innehatten. Zuerst legte das Bundesgericht den Hintergrund und die Führungs- und Konzernstruktur der SAirGroup dar und machte Ausführungen zur Konzernfinanzierung.

Die SAirGroup AG betrieb ein sog. Zero Balancing Cash Pooling («Cash Pool»). Die *Swissair* verfügte bei der Poolleaderin, der niederländischen SAirGroup Finance (NL) B. V., im Rahmen des konzernweiten Cash Pools (abgesehen von kurzen Ausnahmen) praktisch immer und auch zuletzt über (namhafte) Guthaben. Beim Zusammenbruch der SAirGroup AG erlitt die *Swissair* mit ihrer Cash Pool-Forderung gegenüber der Poolleaderin aber einen Verlust.

Die Nachlassmasse verlangte von den Beklagten Ersatz des Schadens, den die *Swissair* durch den Ausfall ihrer Cash Pool-Forderung erlitten hatte. Gegenüber einzelnen Beklagten machte sie zudem Ersatz des Schadens geltend, den die *Swissair* durch den Ausfall mehrerer Festgelddarlehen erlitten hatte.

In der Klage vom 26. April 2013 wirft die Klägerin den Beklagten verschiedene Pflichtverletzungen vor, u. a. die Einführung einer widerrechtlichen Konzernorganisation sowie Pflichtwidrigkeiten bei der Bewirtschaftung des Vermögens der *Swissair* (Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Vermögensanlage [Art. 717 Abs. 1 OR] und Verstösse gegen die Kapitalschutzvorschriften [Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 OR) und Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR)]).

Das Handelsgericht Zürich wies die Klage mit mehrfacher Begründung ab. Gegenüber allen Beklagten verneinte es das Vorliegen

einer haftungsbegründenden Pflichtverletzung, des Schadens und des Kausalzusammenhangs bzw. erachtete diese als nicht genügend substantiiert. In Bezug auf mehrere Beklagte sah es die Passivlegitimation als nicht gegeben an. Gegen das Urteil des Handelsgerichts erhob die Klägerin Beschwerde beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht erörterte vorab kurz die Grundlagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (E. 2.1 und 3.). Auf die Sachverhaltsrügen der Beklagten trat es mangels gehöriger Begründung nicht ein (E. 4.2). Nach Ausführungen zum funktionalen Organbegriff verneinte es – wie bereits das Handelsgericht – die Passivlegitimation mehrerer Beklagten, weil diese in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Verwaltungsrats der SAirGroup keine «organtypischen Aufgaben» für die *Swissair* wahrgenommen hätten. Für die formellen Organe der *Swissair* (Mitglieder des Verwaltungsrats) und die Mitglieder der Konzernleitung der SAirGroup als faktische Organe sah das Bundesgericht – allerdings lediglich soweit die Vorwürfe in deren jeweilige Amtszeit fielen – die Passivlegitimation demgegenüber als gegeben an (E. 5.).

Das Handelsgericht führte zum Vorwurf der widerrechtlichen Konzernorganisation aus, in einem Konzern würden die Untergesellschaften in die Obergesellschaft eingeordnet und dadurch entstünde zwangsläufig ein einheitlicher Führungsanspruch der Obergesellschaft. Dieser «einheitliche Führungsanspruch» stünde in einem Spannungsverhältnis zur «eigenständigen Selbstverwaltung» der Untergesellschaft (sog. Konzernparadoxon). Dieses Konzernparadoxon sei so zu lösen, dass dem Verwaltungsrat der Untergesellschaft nur noch Restkompetenzen zustehen würden. Weil die Klägerin nicht differenziert dargelegt habe, ab welchem Punkt die residuellen Kompetenzen des Verwaltungsrats der *Swissair* nicht mehr gewährleistet gewesen seien, verwarf das Handelsgericht den Vorwurf der unrechtmässigen Konzernbildung. In einer Eventualbegründung legte es alsdann im Einzelnen dar, dass ohnehin keine unzulässige Übertragung bzw. Usurpierung von (Finanz-)Kompetenzen stattgefunden hätte. Das Bundesgericht schützte die Hauptbegründung der Vorinstanz und musste deshalb die Eventualbegründung nicht mehr prüfen (E. 6.4).

In Bezug auf den Vorwurf der pflichtwidrigen Verwaltung der Aktiven der *Swissair* durch die Teilnahme am und die Aufrechterhaltung des Cash Pools sowie die Gewährung von Festgelddarlehen an

die SAirGroup machte das Bundesgericht zuerst allgemeine Ausführungen zur Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR. Dabei hielt es fest, dass der Verwaltungsrat und das geschäftsführende Organ im Rahmen des Gesellschaftsinteresses zu einem unternehmerischen Handeln verpflichtet seien, das das Eingehen von vertretbaren Risiken umfasse. Es verwies in diesem Zusammenhang auf die *Business Judgement Rule* (E. 6.5.1).

Das Bundesgericht schützte die Ansicht der Vorinstanz, dass jedenfalls bis Ende 2000 keine Pflichtverletzung durch die Beteiligung am Cash Pool und die Gewährung von Festgelddarlehen vorläge, weil die Geldleistungen Marktbedingungen entsprochen hätten (E. 6.5.3).

Für die Zeit nach dem 1. Januar 2001 bis zum Zusammenbruch der SAirGroup Anfang Oktober 2001 ging die Vorinstanz von der im *Swisscargo-Entscheid* (BGE 140 III 533, E. 4.3) getroffenen Annahme aus, die Bonität der Finance B. V. (als Poolleaderin) und der SAirGroup hätte zumindest infrage gestanden. Die konzerninternen Darlehen seien daher ab dem 1. Januar 2001 nicht mehr marktkonform gewesen und würden gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 OR) und der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) verstossen (E. 6.5.4.1).

Eine Pflichtverletzung der einzelnen Beklagten hatte die Vorinstanz verneint. Sie ging insbesondere von einer ungenügenden Substanziierung der Vorwürfe durch die Klägerin aus (E. 6.5.4.1). Die Klägerin rügte daher vor Bundesgericht eine Verletzung von Art. 8 ZGB, weil von ihr verlangt worden sei, dass sie die rechtmässigen Handlungspflichten der Beklagten (noch konkreter) hätte darlegen müssen (E. 6.5.4.2). Das Bundesgericht schützte diesen Einwand und hielt die Argumentation der Vorinstanz für inkohärent. Diese hatte einerseits festgehalten, die Gewährung der konzerninternen Darlehen sei ab dem 1. Januar 2001 widerrechtlich gewesen und die Beklagten hätten Abhilfe schaffen müssen. Andererseits hatte sie es aber nicht als genügend angesehen, dass die Klägerin dargelegt hatte, die Beklagten hätten die Beteiligung der *Swissair* am Cash Pool und die Gewährung der konzerninternen Darlehen stoppen bzw. deren Rückzahlung veranlassen müssen. Die Klägerin sei – so das Bundesgericht – damit ihren prozessualen Substanziierungspflichten nachgekommen (E. 6.5.4.3).

Die von der Vorinstanz aufgeworfene Frage, ob nicht die von den Beklagten gewählte Handlungsoption, nämlich die Teilnahme am

Cash Pool und die Vergabe der Darlehen, sinnvoller gewesen sei als die von der Klägerin postulierten Abhilfemassnahmen, hielt das Bundesgericht demgegenüber für gerechtfertigt. Dass die konzerninternen Darlehen nach dem 1. Januar 2001 nicht mehr Marktbedingungen entsprochen hätten, sage noch nicht, ob die Teilnahme am Cash Pool bzw. die Gewährung von Festgelddarlehen im konkreten Fall einen Verstoss gegen die Pflichten der Gesellschaftsorgane darstelle (E. 6.5.4.4). «Denn aus dem Umstand, dass ein unbesichertes Darlehen den Drittmannstest nicht besteht – das heisst einem Dritten nicht zu entsprechenden Bedingungen ausgerichtet worden wäre –, folgt nicht zwingend, dass die Gewährung eines unbesicherten Darlehens an die Muttergesellschaft (beziehungsweise die Teilnahme am Cash Pool) eine Pflichtverletzung der für das Geschäft verantwortlichen Organe der Gläubigersellschaft darstellt» (E. 6.5.4.4). Die dem Konzern zur Verfügung gestellten Darlehen hätten nämlich im Interesse des Konzerns und mittelbar auch im Interesse der *Swissair* verwendet werden können. Das Interesse der *Swissair* am Fortbestand der SAirGroup und der Schwestergesellschaften sei eminent gewesen, weil die *Swissair* für den Flugbetrieb auf die anderen Konzerngesellschaften, namentlich die Flightlease AG (Flottenbetrieb), angewiesen gewesen sei. Ohne sie hätte die *Swissair* ihren Flugbetrieb nicht fortführen können. Die Darlehensgewährung wäre mithin in den Dienst dieses prioritären Gesellschaftsinteresses der *Swissair* gestellt gewesen und sei daher auch unter dem Aspekt der Organverantwortlichkeit in diesem Kontext zu würdigen (E. 6.5.4.4).

Unter Hinweis auf die *Business Judgement Rule* kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die «beanstandeten Darlehensgewährungen, wiewohl für die *Swissair* ab Januar 2001 mit Nachteilen verbunden und – bei blosser Abstellen auf Drittbedingungen – gegen Kapitalschutzvorschriften verstossend, als nicht pflichtwidrig im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR [zu] betrachte[n]» seien (E. 6.5.4.4). Bei der gebotenen Zurückhaltung in der Überprüfung von Geschäftsentscheiden seien damit letztlich (und jedenfalls bei damaliger Betrachtung) Gesellschaftsinteressen gewahrt worden. Dem Konzerninteresse sei nicht ein entgegengesetztes Gesellschaftsinteresse der *Swissair* untergeordnet worden, und daher läge in diesem «aussergewöhnlichen Fall» (trotz Verletzung der Kapitalschutzvorschriften, soweit bloss auf Drittbedingungen abgestellt werde) keine Pflichtverletzung vor (E. 6.5.4.4).

Aufgrund der verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz kam auch das Bundesgericht zum Ergebnis, dass ein Schaden nicht hinreichend dargetan sei und es am erforderlichen Kausalzusammenhang fehlte (E. 7.1 und 7.2).

Dem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen (vgl. auch die Besprechung etwa bei HANSLIN/BRAND, GesKR 2020, 146 ff.). Nicht restlos klar wird letztlich aber, wo genau die Rechtfertigung «durch besondere Umstände» (E. 6.5.4.4) anknüpft, nämlich, ob die besonderen Umstände bereits die Tatbestandsmässigkeit ausschliessen oder ob sie als Rechtfertigungsgrund berücksichtigt werden (vgl. HANSLIN/BRAND, GesKR 2020, 152 f.). Mit dem Urteil trägt das Bundesgericht schliesslich auch der in der Lehre geäusserten Kritik am *Swisscargo-Entscheid* (BGE 140 III 533) Rechnung. Es relativiert damit seine Grundsatzkritik am Cash Pooling, was aus Sicht der Praxis zu begrüessen ist (vgl. auch HANSLIN/BRAND, GesKR 2020, 154; HÄUSERMANN/KNEUBÜHL, dRSK, publ. 30. 4. 2020, Rz. 8 und 12 f.).