

Karin Müller / Alice Käch / Simon Leu

Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht der Jahre 2015/2016 in Kürze

Im Beitrag finden Sie eine Zusammenstellung von in der amtlichen Sammlung publizierten und weiteren wichtigen (nicht amtlich publizierten) Entscheiden des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht von November 2015 bis Oktober 2016. Dem Praktiker soll damit eine rasche Übersicht über die Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben werden. Die Zusammenfassungen der Urteile sind mit Bemerkungen versehen.

Beitragsarten: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht
Rechtsgebiete: Gesellschaftsrecht

Zitiervorschlag: Karin Müller / Alice Käch / Simon Leu, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht der Jahre 2015/2016 in Kürze, in: Jusletter 20. Februar 2017

Inhaltsübersicht

- I. Einfache Gesellschaft
 1. Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 5A_304/2015 vom 23. November 2015
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt (stark gekürzt)
 - C. Erwägungen
 - D. Fazit und Bemerkungen
 2. Internationale Zuständigkeit für eine Klage betreffend eine einfache Gesellschaft zwischen zwei Konkubinatspartnern: BGE 142 III 466 (Urteil des Bundesgerichts 4A_445/2015 vom 23. Juni 2016)
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen
 - D. Fazit und Bemerkungen
 3. Weitere Urteile zur einfachen Gesellschaft
 - A. Haftung aufgrund eines Rechtsscheins: Urteil des Bundesgerichts 4A_513/2015 vom 13. April 2016
 - B. Lücke im Gesellschaftsvertrag: Urteil des Bundesgerichts 4A_696/2015 vom 25. Juli 2016
- II. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit
 1. Klage der Nachlassmasse: BGE 142 III 23 (Urteil des Bundesgerichts 4A_425/2015 vom 10. Dezember 2015)
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen
 - D. Fazit und Bemerkungen
 2. Pflichtverletzung: Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015
 - A. Kernfragen
 - B. Sachverhalt (stark gekürzt)
 - C. Erwägungen
 - a. Vorwurf liquiditätсмässiges Klumpenrisiko: Fehlender natürlicher Kausalzusammenhang
 - b. Vorwurf übermässiges Risiko eines Wertverlusts: Business Judgment Rule
 - c. Vorwurf Verletzung der Pflicht zur Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses
 - D. Fazit und Bemerkungen
 3. Zuständigkeit im internationalen Verhältnis: Urteil des Bundesgerichts 4A_36/2016 vom 14. April 2016
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen
 - D. Fazit und Bemerkungen
 4. Weitere Urteile zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit
 - A. Überschuldung der Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016
- III. Voraussetzungen des Traktandierungsrechts des Aktionärs: BGE 142 III 16 (Urteil des Bundesgerichts 4A_296/2015 vom 27. November 2015)
 1. Kernfragen
 2. Sachverhalt
 3. Erwägungen
 4. Fazit und Bemerkungen

IV. Streitgenössische Nebenintervention im Organisationsmängelverfahren: BGE 142 III 629 (Urteil des Bundesgerichts 4A_160/2016 vom 1. September 2016) sowie das Parallelverfahren 4A_166/2016 vom 1. September 2016

1. Kernfrage
2. Sachverhalt
3. Erwägungen
4. Fazit und Bemerkungen

V. Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei der GmbH: Urteil des Bundesgerichts 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016

1. Kernfrage
2. Sachverhalt
3. Erwägungen
4. Fazit und Bemerkungen

VI. Mindestmitgliederzahl bei der Genossenschaft und Prüfungsbefugnis des Handelsregisterführers: Urteil des Bundesgerichts 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015

1. Kernfragen
2. Sachverhalt
3. Erwägungen
4. Fazit und Bemerkungen

VII. Eintragung einer Kollektivunterschrift ins Handelsregister: BGE 142 III 204 (Urteil des Bundesgerichts 4A_536/2015 vom 3. März 2016)

1. Kernfrage
2. Sachverhalt
3. Erwägungen
4. Fazit und Bemerkungen

VIII. Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts

1. Streitigkeit aus einem Privatgeschäft eines im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmers: BGE 142 III 96 (Urteil des Bundesgerichts 4A_405/2015 vom 26. Januar 2016)

- A. Kernfrage
- B. Sachverhalt
- C. Erwägungen
- D. Fazit und Bemerkungen

2. Paulianische Anfechtungsklagen: BGE 141 III 527 (Urteil des Bundesgerichts 5A_89/2015 vom 12. November 2015)

- A. Sachverhalt und Erwägungen
- B. Bemerkungen

IX. Zustellung von Gerichtsentscheiden an juristische Personen: Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2016 vom 5. August 2016

1. Kernfrage
2. Sachverhalt
3. Erwägungen
4. Fazit und Bemerkungen

X. Übertragung von Aktien und Aktienzertifikaten

1. Übertragung von unverbrieften Aktien aufgrund eines Generalversammlungsprotokolls: Urteil des Bundesgerichts 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016

- A. Kernfrage
- B. Sachverhalt (gekürzt)
- C. Erwägungen

2. Übertragung von Aktienzertifikaten: Urteil des Bundesgerichts 5A_454/2015 vom 5. Februar 2016

3. Fazit und Bemerkungen zu den Urteilen des Bundesgerichts 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016 und 5A_454/2015 vom 5. Februar 2016

I. Einfache Gesellschaft

1. Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 5A_304/2015 vom 23. November 2015

A. Kernfrage

[Rz 1] Unter welchen Voraussetzungen kann die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft angenommen werden?

B. Sachverhalt (stark gekürzt)

[Rz 2] A. und B. erhielten 1979 von ihrem Vater zusammen mit dessen Schwester E. eine Liegenschaft letztwillig zugewiesen.

[Rz 3] E. setzte später A. und B. als ihre Erben ein und wies ihnen je zur Hälfte ihren Anteil an der Liegenschaft zu, sodass A. und B. beim Tod von E. für die Liegenschaft als «*Gesamteigentümer infolge Erbengemeinschaft – Erbfolge von E. vom 17.12.2008*» im Grundbuch eingetragen wurden.

[Rz 4] A. und B. schlossen einen Erbteilungsvertrag, in dem sie u.a. festhielten, dass sie an der Liegenschaft zu je 50% als Gesamteigentümer infolge Erbengemeinschaft beteiligt seien. Sie vereinbarten die Auflösung der Erbengemeinschaft, in deren Rahmen A. die Liegenschaft zu Alleineigentum übernehmen sollte.

[Rz 5] A. wurde daraufhin als Alleineigentümer der Liegenschaft im Grundbuch eingetragen.

[Rz 6] Im Rahmen eines folgenden Erbteilungsprozesses zwischen A. und B. bezüglich des Nachlasses von E. war schliesslich streitig, wie hoch der für die Erbteilung massgebliche Nettoanrechnungswert des Anteils der Erblasserin an der Liegenschaft war.

[Rz 7] Für die Bestimmung der Anrechnungswerte von A. und B. in Bezug auf den Liegenschaftsanteil war es letztlich von Bedeutung, ob vor Beginn der Totalrenovation der Liegenschaft im Jahr 2009 mit Bezug auf den Eigentumsanteil von E. eine Realteilung und Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft stattgefunden hatte, wie dies von A. behauptet wurde.

C. Erwägungen

[Rz 8] Die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft kann nur angenommen werden, wenn in klarer Weise feststeht, dass die betroffenen Personen die fortgesetzte Erbengemeinschaft aufheben und als einfache Gesellschaft weiterführen wollen (E. 3.3).

[Rz 9] Von einem gemeinsamen Zweck (im Sinne von Art. 530 Abs. 1 des Obligationenrechts; OR) ist – wenn ausdrückliche Willenserklärungen der Erben fehlen – nur dann auszugehen, wenn eine rechtsgeschäftliche Förderungspflicht hinzukommt (E. 3.3).

[Rz 10] Aus der Tatsache allein, dass die Erben zusammenwirken und das (gemeinsame) Projekt bedeutsam ist (wie in casu die Totalrenovation der Liegenschaft), darf nicht bereits auf eine rechtsgeschäftliche Bindung geschlossen werden. Vielmehr muss eine die einfache Gesellschaft kennzeichnende Beziehung vorliegen, die über die Erbengemeinschaft hinausgeht und sich von dieser unterscheidet (E. 3.3).

[Rz 11] Die mit der Umwandlung einhergehende Zweckänderung muss von allen Erben gewollt sein. Das Vorliegen eines Umwandlungswillens, der alleine aus objektiven Umständen hergeleitet

wird, kann nur dann bejaht werden, wenn die Auslegung zu einem zweifelsfreien Ergebnis führt (E. 3.3).

[Rz 12] Voraussetzung für die Umwandlung einer Erbgemeinschaft in eine einfache Gesellschaft ist eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung unter den Miterben (E. 3.4). Eine Vereinbarung ist deshalb erforderlich, weil mit der Erbgemeinschaft bereits ein Gesamthandsverhältnis besteht und die Gründung einer einfachen Gesellschaft damit eine Ausnahme im Sinne von Art. 530 Abs. 2 OR darstellt (E. 3.4).

[Rz 13] Die Fortsetzung der Erbgemeinschaft ist gegenüber ihrer Auflösung durch Umwandlung in eine einfache Gesellschaft zu vermuten (E. 4.1).

[Rz 14] Im vorliegenden Fall oblag es A., die Unrichtigkeit des Grundbucheintrags über das dem Gesamteigentum zugrunde liegende Rechtsverhältnis zu beweisen, weil der Auszug aus dem Grundbuch eine öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 9 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) bzw. Art. 179 der Zivilprozessordnung (ZPO) darstellt, die für die durch sie bezeugten Tatsachen den vollen Beweis erbringt, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist (E. 4.2).

[Rz 15] Für die Annahme einer einfachen Gesellschaft fehlen genügende Anhaltspunkte. Von der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks als Voraussetzung einer einfachen Gesellschaft kann nur dann die Rede sein, wenn die Gesellschafter den Willen haben, ihre eigene Rechtsstellung dem gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um so einen Beitrag an die Gesellschaft zu leisten (E. 6.3).

[Rz 16] Im vorliegenden Fall fehlte es offensichtlich an einem auf die Liegenschaft bezogenen gemeinsamen Sanierungs- oder Bewirtschaftungszweck, den A. und B. gemeinsam mit E. verfolgt haben. Damit kann nicht als erstellt gelten, dass eine einfache Gesellschaft nachträglich an die Stelle der im Grundbuch eingetragenen Erbgemeinschaft getreten wäre (E. 6.3).

D. Fazit und Bemerkungen

[Rz 17] Das Bundesgericht geht richtigerweise davon aus, dass die Umwandlung einer Erbgemeinschaft in eine einfache Gesellschaft nicht leichthin angenommen werden darf. Die Fortsetzung der Erbgemeinschaft ist gegenüber ihrer Auflösung durch Umwandlung in eine einfache Gesellschaft zu vermuten (Urteil des Bundesgerichts 5A_304/2015 vom 23. November 2015, E. 4.1).

[Rz 18] Zwar ist die Erbgemeinschaft ihrem Zweck entsprechend grundsätzlich nur von vorübergehender Dauer. Dies schliesst aber nicht aus, dass die Erben die Gemeinschaft über längere Zeit fortsetzen, ohne den Willen zu haben, sie in eine einfache Gesellschaft umzuwandeln.

[Rz 19] Wenn die Erben über die blosser Verwaltung und Nutzung der Erbschaft hinaus einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften und Mitteln verfolgen, stellt sich die Frage, ob eine Umwandlung in eine einfache Gesellschaft stattgefunden hat. Zwar kann eine einfache Gesellschaft auch stillschweigend zustande kommen oder sich aus dem Verhalten der Beteiligten ergeben, ohne dass diesen bewusst sein muss, dass daraus eine einfache Gesellschaft entsteht (Urteil des Bundesgerichts 5A_304/2015 vom 23. November 2015, E. 3.2). Weil mit der Erbgemeinschaft indessen bereits ein Gesamthandsverhältnis besteht, kann eine Umwandlung in eine einfache Gesellschaft nur angenommen werden, wenn eine entsprechende ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung unter den Miterben vorliegt und die Betroffenen den Willen haben, ihre eigene Rechtsstellung dem gemeinsamen, von allen verfolgten Zweck unterzuordnen, um so

einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten (Urteil des Bundesgerichts 5A_304/2015 vom 23. November 2015, E. 3.3., 3.4 und 6.3).

2. Internationale Zuständigkeit für eine Klage betreffend eine einfache Gesellschaft zwischen zwei Konkubinatspartnern: BGE 142 III 466 (Urteil des Bundesgerichts 4A_445/2015 vom 23. Juni 2016)

A. Kernfrage

[Rz 20] Wonach bestimmt sich bei einer Klage auf Auflösung und Liquidation einer einfachen Gesellschaft von Konkubinatspartnern die internationale Zuständigkeit?

B. Sachverhalt

[Rz 21] X., französischer Staatsangehöriger, erwarb die schweizerische Staatsbürgerschaft durch Heirat und lebte nach seiner Scheidung 17 Jahre mit Z. in einem Konkubinat im Kanton Waadt.

[Rz 22] Offiziell war X. in Dubai (Vereinigte Arabische Emirate) wohnhaft, starb aber in Florida (USA).

[Rz 23] Die Erben von X. waren seine Söhne X.B., wohnhaft in Frankreich, und X.A., wohnhaft in Spanien.

[Rz 24] Z. klagte vor der *Chambre patrimoniale vaudoise* gegen X.B. und X.A. als Erben von X. auf Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, die Z. und X. als Konkubinatspartner bezüglich der geschäftlichen Tätigkeiten von X. gebildet hätten, und verlangte rund CHF 1.5 Mio.

[Rz 25] X.B. und X.A. machten die Unzulässigkeit der Klage wegen fehlender internationaler Zuständigkeit geltend. Das erstinstanzliche Gericht beschränkte das Verfahren auf die Frage der Zuständigkeit und erklärte die Klage für unzulässig.

[Rz 26] Das Appellationsgericht des Kantons Waadt erachtete sich demgegenüber als zuständig, woraufhin X.B. und X.A. ans Bundesgericht gelangten.

C. Erwägungen

[Rz 27] Nach Art. 1 Abs. 2 lit. a des Lugano-Übereinkommens (LugÜ) ist das Lugano-Übereinkommen u.a. nicht anzuwenden auf den Personenstand, die ehelichen Güterstände und das Gebiet des Erbrechts. Soweit Unterhaltspflichten zur Diskussion stehen, fallen sie unter Art. 5 Ziff. 2 LugÜ (E. 4.2).

[Rz 28] Die Beziehungen zwischen Konkubinatspartnern sind in Art. 1 Abs. 2 lit. a LugÜ nicht erwähnt. In der Lehre ist umstritten, ob das (nicht rechtlich formalisierte) Konkubinat unter diese Bestimmung fällt und damit vom Anwendungsbereich des LugÜ ausgenommen ist (E. 4.2.2).

[Rz 29] Die im vorliegenden Verfahren geltend gemachte Forderung bezieht sich indessen auf die geschäftlichen Aktivitäten der einfachen Gesellschaft, d.h. die Unterstützung des Konkubinatspartners bei der Berufstätigkeit, und nicht auf den Güterstand zwischen den Konkubinatspartnern im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. a LugÜ. Es handelt sich damit um ein Verhältnis rein obligatorischen Charakters, sodass die Streitsache unter das LugÜ fällt (E. 4.2.3).

[Rz 30] Nachdem das LugÜ Anwendung findet, ist zu entscheiden, ob der geltend gemachte Anspruch aus dem Verhältnis der einfachen Gesellschaft unter Art. 22 Ziff. 2 LugÜ fällt (E. 5.). Nach Art. 22 Ziff. 2 LugÜ sind für Klagen, welche die Auflösung einer Gesellschaft zum Gegenstand haben, die Gerichte des Vertragsstaates, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, ausschliesslich zuständig. Der Begriff der Gesellschaft ist vertragsautonom auszulegen (E. 5.1).

[Rz 31] Die Gesellschaft muss über eine genügende Organisation verfügen, wie sie auch Art. 150 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) voraussetzt, und einen Sitz haben. Das ist bei einer einfachen Gesellschaft von Konkubinatspartnern in aller Regel nicht der Fall; sie besitzt grundsätzlich keine Organisation und verfügt über keinen Sitz (E. 5.1). Die Behauptung, die Konkubinatspartner hätten ihren Wohnsitz und X. damit den Lebensmittelpunkt im Kanton Waadt gehabt, genügt nicht, um einen Sitz der einfachen Gesellschaft darzulegen. Art. 22 Ziff. 2 LugÜ ist im vorliegenden Fall daher nicht anwendbar (E. 5.2).

[Rz 32] Art. 5 Ziff. 1 lit. a LugÜ sieht für Ansprüche aus einem Vertrag einen Gerichtsstand am Erfüllungsort vor (E. 6.1). Die Bestimmung regelt nicht nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit (E. 6.1.1). Der Vertragsbegriff ist dabei vertragsautonom auszulegen (E. 6.1.2).

[Rz 33] Im vorliegenden Fall sind die Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft der Konkubinatspartner und der Betrag, der jedem Gesellschafter dabei zukommt, streitig. Die Beziehung der Konkubinatspartner zur Entwicklung ihrer geschäftlichen Aktivitäten ist in casu als vertragliche Beziehung zu qualifizieren (E. 6.2.1).

[Rz 34] Der Erfüllungsort im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. a LugÜ ist (im Gegensatz zum Vertragsbegriff) nicht autonom, sondern nach der *lex causae*, mithin nach dem auf die streitige Verpflichtung anwendbaren Recht, zu bestimmen. Im vorliegenden Fall sind die Art. 116 ff. IPRG anwendbar, auf die Art. 150 Abs. 2 IPRG für Gesellschaften ohne Organisation verweist. Haben die Parteien – wie vorliegend – keine Rechtswahl getroffen, untersteht der Vertrag nach Art. 117 Abs. 1 IPRG dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt (E. 6.1.4).

[Rz 35] Die einfache Gesellschaft der Konkubinatspartner X. und Z. hat den engsten Zusammenhang mit dem schweizerischen Recht (der gemeinsame Wohnort und der Ort, von dem aus die geschäftlichen Aktivitäten ausgeübt wurden, befanden sich in der Schweiz). Der Erfüllungsort für Geldschulden ist nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR der Ort, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat (E. 6.2.2).

[Rz 36] Die Zuständigkeit des Gerichts am Wohnort von Z. im Kanton Waadt ist damit gegeben.

D. Fazit und Bemerkungen

[Rz 37] Das Konkubinatsverhältnis ist bei den vom Anwendungsbereich des Lugano Übereinkommens ausgeschlossenen Rechtsgebieten in Art. 1 Abs. 2 lit. a LugÜ nicht ausdrücklich erwähnt. Ob Verfahren im Zusammenhang mit eheähnlichen Gemeinschaften wie dem Konkubinatsverhältnis oder der registrierten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft unter die Ausschlussklausel fallen, ist umstritten.¹ Teilweise wird zwischen rechtsförmlich anerkannten bzw. registrierten Lebensgemeinschaften und gesetzlich nicht formalisierten Konkubinats(vertrags)verhältnissen unterschieden (vgl. BGE

¹ Vgl. dazu DASSER FELIX, in: Stämpfli Handkommentar, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), 2. Aufl., Bern 2011, Art. 1 N 70 m.w.H.

142 III 466, E. 4.2.2). Weil sich der Streitgegenstand im vorliegenden Fall auf ein Verhältnis rein obligatorischen Charakters bezog, nämlich die Unterstützung des Konkubinatspartners bei der Berufstätigkeit, musste das Bundesgericht die Frage, ob nichteheliche Gemeinschaften in jedem Fall oder nur, wenn sie rechtsförmlich anerkannt sind, wie etwa die eingetragene Partnerschaft nach dem Partnerschaftsgesetz vom 18. Juni 2004, unter die Ausschlussklausel von Art. 1 Abs. 2 lit. a LugÜ fallen, nicht beantworten (BGE 142 III 466, E. 4.2.3).

[Rz 38] Weil das Lugano Übereinkommen den Begriff der Gesellschaft im Sinne von Art. 22 Ziff. 2 LugÜ nicht definiert, stellt sich die Frage, ob der Gesellschaftsbegriff vertragsautonom oder mit Rückgriff auf die *lex fori* zu beurteilen ist.² Das Bundesgericht geht davon aus, dass der Begriff der Gesellschaft vertragsautonom auszulegen ist (BGE 142 III 466, E. 5.1). Die einfache Gesellschaft fällt nur dann unter Art. 22 Ziff. 2 LugÜ, wenn sie über einen genügenden Organisationsgrad verfügt. Dies stimmt mit der Erfassung der einfachen Gesellschaft durch die Regeln des IPRG (Art. 150 IPRG) überein.³ Hat sich die einfache Gesellschaft keine Organisation gegeben, ist Art. 22 Ziff. 2 LugÜ daher nicht anwendbar.

3. Weitere Urteile zur einfachen Gesellschaft

A. Haftung aufgrund eines Rechtsscheins: Urteil des Bundesgerichts 4A_513/2015 vom 13. April 2016

[Rz 39] Das Bundesgericht bestätigt in dieser Entscheidung seine Rechtsprechung,⁴ wonach das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft ausgeschlossen ist, wenn keine Partei den Willen hatte, einen Gesellschaftsvertrag abzuschliessen. Für die Begründung einer einfachen Gesellschaft muss sich mindestens eine Partei rechtlich binden wollen (E. 3.1).

[Rz 40] Das Vertrauensprinzip gilt indessen auch im Gesellschaftsrecht, sodass der gutgläubige Dritte sich auf den erweckten rechtlichen Schein verlassen darf. Das Vertrauen des Dritten in die Existenz einer einfachen Gesellschaft wird allerdings nur geschützt, wenn das Verhalten der Gesellschafter in genügend klarer Weise eine Beteiligung an einer solchen Gesellschaft zum Ausdruck bringt. Die Vermutung von Art. 543 Abs. 3 OR, wonach ein Gesellschafter, sobald ihm die Geschäftsführung überlassen ist, als ermächtigt gilt, die Gesellschaft Dritten gegenüber zu vertreten, ist gutgläubigen Dritten gegenüber unwiderlegbar. Ein von den Beteiligten mit genügender Klarheit nach aussen hin kundgegebenes Gesellschaftsverhältnis, aus dem die Dritten in guten Treuen die Geschäftsführungsbefugnis der handelnden Person ableiten können, vermag schutzwürdiges Vertrauen in deren Vertretungsmacht zu begründen (E. 3.1). Auch in diesem Punkt bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung.⁵

[Rz 41] Es weist die Sache alsdann zur Feststellung, ob aus dem Verhalten der Personen auf das Bestehen einer einfachen Gesellschaft geschlossen werden kann, an die Vorinstanz zurück (E. 3.2).

² Vgl. RUSCH ARNOLD F., in: Stämpfli's Handkommentar, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), 2. Aufl., Bern 2011, Art. 22 N 61 ff. m.w.H.

³ Vgl. RUSCH (Fn. 2), Art. 22 N 63.

⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.24/2000 vom 28. März 2000, E. 3.d).

⁵ Vgl. BGE 124 III 355, E. 4. Zur Kritik an diesem Ansatz vgl. FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers in der einfachen Gesellschaft – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 124 III 355 ff., AJP 2000, 637 ff.

B. Lücke im Gesellschaftsvertrag: Urteil des Bundesgerichts 4A_696/2015 vom 25. Juli 2016

[Rz 42] Eine Lücke im Gesellschaftsvertrag liegt vor, wenn die Vertragsparteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder bloss unvollständig geregelt haben. Ob eine Vertragsergänzung erforderlich ist, muss vorerst durch empirische, bei deren Ergebnislosigkeit durch normative Auslegung ermittelt werden. Ist eine Vertragsergänzung notwendig, hat das Gericht, wenn dispositiven Gesetzesvorschriften fehlen, zu ermitteln, was die Vertragsparteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt bedacht hätten. Zur Feststellung des hypothetischen Parteiwillens ist das Wesen und der Zweck des Vertrages sowie das Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner massgebend (E. 6.2.1).

[Rz 43] Das Bundesgericht bejahte im vorliegenden Fall im Zusammenhang mit einem Baukonsortium eine Vertragslücke, weil die rechtliche Struktur, wie die Überbauung realisiert wurde, ganz anders war, als ursprünglich vorgesehen und diese Tatsache für eine von einer Vertragspartei beherrschte Gesellschaft zu zusätzlichen Risiken geführt hatte (E. 6.2.3.1 und E. 6.2.3.4). Es wies die Sache zur Bestimmung des Honorarzuschlags, den die Parteien nach Treu und Glauben aufgrund der veränderten Risiken des geänderten Projektablaufs vereinbart hätten, an die Vorinstanz zurück (E. 11).

II. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

1. Klage der Nachlassmasse: BGE 142 III 23 (Urteil des Bundesgerichts 4A_425/2015 vom 10. Dezember 2015)

A. Kernfrage

[Rz 44] Welchen Schaden (in welchem Vermögen) kann die Nachlassmasse (vertreten durch die Nachlassverwaltung) im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage geltend machen?

B. Sachverhalt

[Rz 45] Die SAirGroup AG (Konzernobergesellschaft der «alten Swissair») wies in der Jahresrechnung 2000 hohe Verluste aus.

[Rz 46] Mangels genügender Liquidität musste der Flugverkehr der Swissair am 2. Oktober 2001 eingestellt werden.

[Rz 47] Am 4. Oktober 2001 reichte die SAirGroup AG ein Gesuch um Nachlassstundung ein, welches provisorisch bewilligt wurde. Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vom 26. Juni 2002 wurde am 20. Juni 2003 bestätigt.

[Rz 48] Vor der Einreichung des Nachlassstundungsgesuchs tätigte die SAirGroup AG vom 10. September bis zum 1. Oktober 2001 diverse Zahlungen an Dritte.

[Rz 49] Am 27. Juni 2012 erhob die Nachlassmasse der SAirGroup AG eine Verantwortlichkeitsklage wegen Gläubigerbegünstigung gegen die Verwaltungsratsmitglieder A., B., C. und D. sowie E. als oberste Finanzchefin der ehemaligen SAirGroup AG.

[Rz 50] Die SAirGroup AG in Nachlassliquidation machte u.a. geltend, die Zahlungen an einzelne Gläubiger hätten zu einer Schädigung der übrigen Gläubiger geführt. Die Beklagten hätten spätestens ab September 2001 keine Zahlungen mehr ausführen oder zulassen dürfen (E. 3.2).

[Rz 51] Das Handelsgericht wies die Klage mit doppelter Begründung ab: Es sei einerseits kein im Rahmen der erhobenen Verantwortlichkeitsklage relevanter Schaden der Gesellschaft substantiiert worden, andererseits sei kein gegen aktienrechtliche Pflichten verstossendes Verhalten dargelegt worden. Mangels einer allgemeinen aktienrechtlichen Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger begründe die blosser Ungleichbehandlung von Gläubigern keine Verantwortlichkeit (E. 3.3).

[Rz 52] In der Folge erhob die Nachlassmasse Beschwerde ans Bundesgericht.

C. Erwägungen

[Rz 53] Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft (wie auch im Rahmen der Liquidation aufgrund eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung, vgl. BGE 117 II 432, E. 1.b.ii) sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen, wobei das Klagerecht zunächst der Konkursverwaltung bzw. der Nachlassverwaltung (bei Gesellschaften in Nachlassliquidation) zusteht (E. 3.1).

[Rz 54] Die Nachlassverwaltung der SAirGroup AG hat von diesem Recht Gebrauch gemacht (E. 3.1).

[Rz 55] Der Schaden entspricht der ungewollten Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten, mithin der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und demjenigen, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. *Differenztheorie*; E. 4.1).

[Rz 56] Die Nachlassmasse ist aktivlegitimiert, einen Schaden der sich in Nachlassliquidation befindlichen Gesellschaft aus einem pflichtwidrigen Verhalten der Organe geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR, Art. 319 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG); E. 4.1).

[Rz 57] Die Nachlassmasse der SAirGroup AG machte in casu allerdings nicht einen Schaden der Gesellschaft, sondern denjenigen der Gläubigersamtheit geltend (E. 4.1).

[Rz 58] Indem die Gesellschaft fällige Zahlungen an Dritte tätigte, entstand im Vermögen der Gesellschaft kein Schaden. Die Zahlungen reduzierten vielmehr gleichzeitig die Aktiven und Passiven der Gesellschaft (E. 4).

[Rz 59] Die Nachlassmasse der SAirGroup AG stützte sich zur Begründung ihrer Ansprüche auf den *Raichle-Entscheid* (Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000). In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht der Konkursverwaltung im Interesse der Gesellschaftsgläubiger die Aktivlegitimation zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage zugestanden, um den Schaden, der den Gläubigern durch Verminderung des Verwertungssubstrats entstanden war, geltend zu machen; und zwar unabhängig von einem Schaden der Gesellschaft (E. 4.2; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 4.b) und c)).

[Rz 60] Der *Raichle-Entscheid* muss im Lichte der damals äusserst restriktiven Praxis bezüglich der Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Gläubigerschäden im Konkurs bzw. Nachlassverfahren gesehen werden und erscheint aufgrund der Entwicklung der Praxis als überholt (E. 4.2).

[Rz 61] Damals (vgl. BGE 117 II 432, E. 1.b) ee); BGE 122 III 176, E. 7) strebte das Bundesgericht an, die Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger der ausschliesslichen Herrschaft der Kon-

kursverwaltung zu unterstellen, um den Wettlauf zwischen den unmittelbar und den mittelbar geschädigten Gläubigern auf das bei den verantwortlichen Organen zur Befriedigung beschränkt vorhandene Vermögenssubstrat zu verhindern. Es schränkte daher die Legitimation der unmittelbar geschädigten Gesellschaftsgläubiger zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs ein (E. 4.2.1).

[Rz 62] Die entsprechenden Einschränkungen wurden in Zwischenzeit aufgehoben. Das Bundesgericht bestätigte seither wiederholt, dass die Gläubiger, die in ihrem Vermögen geschädigt sind, uneingeschränkt gegen die Organe der Gesellschaft vorgehen können, wenn nicht auch die Gesellschaft durch die geltend gemachte Pflichtverletzung einen Schaden erlitten hat (E. 4.2.2 und E. 4.3; BGE 141 III 112, E. 5.2.1;⁶ BGE 132 III 564, E. 3.1.1 und E. 3.2.1; BGE 131 III 306, E. 3.1.2).

[Rz 63] Es rechtfertigt sich daher nicht mehr, auch der Konkurs- bzw. Nachlassmasse die Aktivlegitimation zur Geltendmachung des ausschliesslich den Gläubigern entstandenen Schadens zuzugestehen (E. 4.3).

[Rz 64] Die Klage der Gesellschaft bzw. der Nachlassmasse setzt vielmehr voraus, dass im Vermögen der Gesellschaft bzw. deren Masse ein Schaden im Sinne der Differenztheorie entstanden ist. Lediglich ein solcher Schaden kann Gegenstand der Klage der durch die Konkursverwaltung vertretenen Masse bzw. der Regelung nach Art. 756–758 OR sein. Dies ergibt sich aus der Marginalie zu diesen Bestimmungen («Schaden der Gesellschaft»). Ein Schaden ausschliesslich im Vermögen der Konkursgläubiger (Reduktion des Verwertungssubstrats) wird davon nicht erfasst (E. 4.3).

[Rz 65] Es stellt sich somit auch die Frage, ob die Klage, mit der ein Gläubiger seinen Schaden individuell geltend macht, überhaupt ein Anwendungsfall der Verantwortlichkeitsklage darstellt (E. 4.3).

[Rz 66] Der Schaden der Gläubiger, der durch die Verminderung des Verwertungssubstrats entstanden ist, kann demgegenüber mit einer paulianischen Anfechtungsklage durch die Masse geltend gemacht werden (Art. 285 Abs. 1 und 2 Ziff. 2 und Art. 288 Abs. 1 sowie Art. 319 SchKG, E. 4.4).

D. Fazit und Bemerkungen

[Rz 67] Die Nachlassmasse der SAirGroup AG war nicht legitimiert, den Schaden der Gesellschaftsgläubiger mittels einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesellschaftsorgane geltend zu machen. Bei der Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage durch die Konkurs- bzw. Nachlassmasse muss zwingend im Vermögen der Gesellschaft bzw. der Masse ein Schaden im Sinne der Differenztheorie entstanden sein. Die Zahlung von fälligen Forderungen kurz vor der Bewilligung der Nachlassstundung bewirkt keinen Schaden der Gesellschaft, weil damit gleichzeitig die Aktiven und Verbindlichkeiten (Passiven) der Gesellschaft im gleichen Umfang reduziert werden. Das Eigenkapital der Gesellschaft wird dabei nicht tangiert.⁷

[Rz 68] Die Klage der Nachlassmasse wurde vom Bundesgericht somit abgewiesen. Es fehlte an einem im Rahmen der erhobenen Verantwortlichkeitsklage relevanten Schaden (der Gesellschaft).

⁶ Vgl. dazu MÜLLER KARIN/KÄCH ALICE, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht des Jahres 2015 in Kürze, in: Jusletter 11. April 2016, Rz. 1 ff.

⁷ Vgl. BAUM OLIVIER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2016, 232 ff., 237, die darauf hinweisen, dass dies rein bilanztechnisch positiv sei, weil die Fremdkapitalquote sinke und damit die Eigenkapitalquote steige.

Die Klageberechtigung der Masse setzt – wie das Bundesgericht ausführt – einen Schaden der Gesellschaft voraus.

[Rz 69] Weil es an einem relevanten Schaden fehlte, hatte das Bundesgericht nicht mehr geprüft, ob eine Pflichtverletzung der Organe vorlag (Urteil des Bundesgerichts 4A_425/2015 vom 10. Dezember 2015, E. 6). Das Handelsgericht Zürich hatte zuvor eine Pflichtverletzung der Beklagten verneint. Es sei kein gegen aktienrechtliche Pflichten verstossendes Verhalten dargelegt worden. Mangels einer allgemeinen aktienrechtlichen Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger begründe die blosser Ungleichbehandlung von Gläubigern keine Verantwortlichkeit (vgl. BGE 142 III 23, E. 3.3).

[Rz 70] Die Zahlung der Forderungen von (einzelnen) Gläubigern durch die SAirGroup AG schädigt indessen die anderen Gläubiger. Die Nachlassmasse hätte den Schaden der Gläubiger, d.h. die Verminderung des Verwertungssubstrats, mittels einer paulianischen Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG geltend machen können, wobei sich diese Klage nicht gegen ein fehlbares Organ richtet, sondern gegen den aus der anfechtbaren Handlung Begünstigten.

[Rz 71] Die Nachlassmasse ist zur Durchsetzung paulianischer Anfechtungsansprüche berechtigt. Diese Ansprüche fallen mit der Konkurseröffnung in die Konkursmasse (Art. 200 SchKG) und können von der Konkursverwaltung bzw. der Nachlassverwaltung auch dann geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft selbst nicht geschädigt wurde. Auf aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche trifft dies demgegenüber nicht zu.⁸

[Rz 72] Das Bundesgericht macht im Entscheid die unterschiedliche Zielsetzung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage und der paulianischen Anfechtungsklage deutlich. Während die Verantwortlichkeitsklage den Schutz des Gesellschaftsvermögens bezweckt, dient die Anfechtungsklage dem Schutz des Verwertungssubstrats vor fraudulösen Rechtshandlungen, wenn sich der Konkurs der Gesellschaft abzeichnet. Wird Verwertungssubstrat beiseite geschafft, das sich bei normalem Geschäftsgebaren in der Konkursmasse befunden hätte, kommt die Anfechtungsklage zum Zug.⁹ Die beiden Klagen haben unterschiedliche Voraussetzungen und auch unterschiedliche Verjährungsvorschriften.¹⁰

[Rz 73] Zu Recht wirft das Bundesgericht denn auch die Frage auf, ob die Klage auf Ersatz des direkten Gläubigerschadens überhaupt ein Anwendungsfall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist (BGE 142 III 23, E. 4.3).

2. Pflichtverletzung: Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015

A. Kernfragen

[Rz 74] Sind die Beklagten pflichtwidrig ein liquiditätsmässiges Klumpenrisiko eingegangen bzw. haben sie dieses Risiko pflichtwidrig aufrechterhalten, indem sie die Flightlease AG am Cash Pool der SAir-Group haben teilnehmen lassen?

⁸ Vgl. BAUM/VON DER CRONE (Fn. 7), 241.

⁹ BAUM/VON DER CRONE (Fn. 7), 237.

¹⁰ Vgl. Art. 754 Abs. 1 und Art. 760 OR (Verantwortlichkeitsklage) und Art. 285 ff. und Art. 292 SchKG (paulianische Anfechtungsklage).

[Rz 75] Haben die Beklagten die Flightlease AG in pflichtwidriger Weise einem übermässigen Risiko eines Wertverlusts wegen der Gefahr des Ausfalls ihrer Darlehensforderungen gegenüber der Poolbetreiberin ausgesetzt, indem sie die Flightlease AG am Cash Pool der SAirGroup AG haben teilnehmen lassen?

[Rz 76] Haben die Beklagten ihre Pflicht zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses verletzt, weil sie die Flightlease AG nicht aus dem Konzern herausgelöst hatten (sog. *Ringfencing*)?

B. Sachverhalt (stark gekürzt)

[Rz 77] Die Flightlease AG war eine 100%-ige Tochtergesellschaft der SAirLines und somit eine 100%-ige Enkelgesellschaft der SAirGroup. Sie bezweckte hauptsächlich die Finanzierung, den Erwerb und das Leasing von Flugzeugen, Triebwerken und Flugzeugkomponenten und hatte die Funktion einer In-House-Leasing-Gesellschaft im Swissair-Konzern.

[Rz 78] Die Flightlease AG nahm als Konzerngesellschaft auf Veranlassung der SAirGroup am Zero Balancing Cash Pool des Swissair-Konzerns teil.

[Rz 79] Poolführerin war die Finance B.V., die als Finanzierungsgesellschaft des ganzen Swissair-Konzerns fungierte und zu 100% eine Tochtergesellschaft der SAirGroup war.

[Rz 80] Bei Beendigung des Cash Pools (kurz vor dem Grounding der Swissair am 2. Oktober 2001) hatte die Flightlease AG gegenüber der Finance B.V. aus ihrer Teilnahme am Cash Pool ein Guthaben von rund USD 42 Mio. Die Finance B.V. konnte die Forderungen nicht bezahlen und fiel in Konkurs.

[Rz 81] Die Flightlease AG ihrerseits musste am 4. Oktober 2001 ein Nachlassstundungsgesuch einreichen, woraufhin ihr die Nachlassstundung definitiv gewährt wurde. Der Nachlassrichter bestätigte schliesslich im April 2003 den von der Flightlease AG mit ihren Gläubigern abgeschlossenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

[Rz 82] Am 11. November 2005 reichte die Nachlassmasse der Flightlease AG Klage gegen verschiedene Mitglieder (insgesamt 17) der (ehemaligen) Konzernleitung der SAirGroup und/oder des Verwaltungsrates bzw. der Geschäftsleitung der Flightlease AG ein. Sie machte Ersatzansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend für den Schaden, der ihr aus dem Ausfall ihrer Forderung erwuchs, die sie bei Beendigung des Cash Pools gegenüber der Finance B.V. hatte (abzüglich der im Konkurs der Finance B.V. erhältlich gemachten Dividende).

[Rz 83] Ihre Klage begründete die Nachlassmasse der Flightlease AG mit verschiedenen Vorwürfen: Die Beklagten seien durch die Veranlassung der Teilnahme der Flightlease AG am Cash Pool bzw. den Nichtausstieg aus dem Cash Pool einerseits für die Flightlease AG ein *liquiditätsmässiges Klumpenrisiko* eingegangen bzw. hätten dieses aufrecht erhalten (vgl. dazu E. 6 und nachfolgend unter C.a.), andererseits hätten sie die Flightlease AG dadurch in pflichtwidriger Weise einem *übermässigen Risiko eines Wertverlusts* wegen der Gefahr des Ausfalls der Darlehensforderung gegenüber der Poolbetreiberin ausgesetzt (E. 7, nachfolgend unter C.b.). Zudem hätten die Beklagten ihre *Pflicht zur Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses verletzt*, indem sie auch in der Krise das Interesse des Konzerns anstelle des abweichenden Interesses der Flightlease AG verfolgt und die Flightlease AG bzw. deren Vermögen nicht vom Konzern losgelöst hatten (sog. *Ringfencing*) (E. 8, nachfolgend unter C.c.).

[Rz 84] Das Bezirksgericht Bülach wies die Klage der Nachlassmasse der Flightlease AG ab. Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte das vorinstanzliche Urteil, woraufhin die Nachlassmasse Beschwerde ans Bundesgericht erhob.

C. Erwägungen

a. Vorwurf liquiditätsmässiges Klumpenrisiko: Fehlender natürlicher Kausalzusammenhang

[Rz 85] Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn ein Verhalten für den eingetretenen Schaden eine notwendige Bedingung (*conditio sine qua non*) bildet, mithin nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen (E. 6.2).

[Rz 86] Die natürliche Kausalität ist indessen nur für diejenigen *Ursachen* zu prüfen, welche aufgrund des Gesetzes als *Haftungsgrundlage in Betracht fallen* (E. 6.2).

[Rz 87] Die Organe der Aktiengesellschaft sind aufgrund von Art. 754 Abs. 1 OR nur für den durch *schuldhafte Verletzung ihrer Pflichten* verursachten Schaden verantwortlich. Der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang muss zwischen der *Pflichtverletzung* des Organs und dem geltend gemachten *Schaden* bestehen (E. 6.2).

[Rz 88] Bei der Verantwortlichkeitsklage kommt somit nur eine Pflichtverletzung der Organe als Ursache zur Begründung der Kausalität in Frage (E. 6.2).

[Rz 89] In casu erachtete die Nachlassmasse der Flightlease AG die Teilnahme am und den Nichtausstieg aus dem Cash Pool als pflichtwidrig, weil die Beklagten damit für die Flightlease AG ein enormes liquiditätsmässiges Klumpenrisiko geschaffen und aufrechterhalten hätten. Die den Beklagten vorgeworfene Pflichtverletzung war damit das *Eingehen eines liquiditätsmässigen Klumpenrisikos* (E. 6.2).

[Rz 90] Dass allein der Entscheid als solcher, an einem Cash Pool teilzunehmen, *per se* eine Verletzung von Organpflichten sei, machte die Nachlassmasse der Flightlease AG hingegen nicht geltend (E. 6.2).

[Rz 91] Die Kausalitätsprüfung beschränkt sich auf die *Ursache-Wirkung-Beziehung* zwischen der – in casu – vorgeworfenen Eingehung eines liquiditätsmässigen Klumpenrisikos und dem geltend gemachten Schaden (E. 6.2).

[Rz 92] Weil der Flightlease AG indessen kein Schaden aufgrund ihrer Liquiditätssituation, sondern aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der Finance B.V. entstanden war, ist der natürliche Kausalzusammenhang vorliegend nicht gegeben (E. 6.3 und 6.4).

[Rz 93] Nicht die Eingehung eines (allfälligen) liquiditätsmässigen Klumpenrisikos habe den Ausfall der Darlehensforderung verursacht, sondern der Konkurs der Poolleaderin (Finance B.V.) (E. 6.2 und 6.3).

b. Vorwurf übermässiges Risiko eines Wertverlusts: Business Judgement Rule

[Rz 94] Die Mitglieder des Verwaltungsrats haben ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren (Art. 717 Abs. 1 OR). Die Sorgfalt wird an einem objektiven Massstab und damit am Verhalten, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann, gemessen (E. 7.1.1).

[Rz 95] Die Beurteilung der Sorgfalt hat *ex ante* zu erfolgen, d.h. nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung (E. 7.1.1).

[Rz 96] Die Gerichte haben sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen, wenn diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind. Trifft dies zu, haben die Gerichte den Geschäftsentscheid in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf zu prüfen, ob er als vertretbar erscheint (sog. *Business Judgement Rule*). Sind die Voraussetzungen jedoch nicht gegeben, rechtfertigt es sich nicht, besondere Zurückhaltung zu üben. In solchen Fällen liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn ein Geschäftsentscheid bei umfassender Prüfung als fehlerbehaftet erscheint (E. 7.1.1).

[Rz 97] Die *Business Judgement Rule* ist auf Fälle von fehlerbehaftetem *Handeln* der Organe zugeschnitten und nicht auf deren pflichtwidriges Unterlassen, da es in solchen Situationen an einem konkreten Geschäftsentscheid und einem (einwandfreien) Entscheidprozess zu dessen Herbeiführung fehlt. Zu prüfen ist in solchen Fällen, ob die Organe durch die Unterlassung eine konkrete, ihnen obliegende Handlungspflicht verletzt haben (E. 7.1.2).

[Rz 98] Wenn sich ein Organ bewusst für ein Untätig-Bleiben entscheidet, kann indessen auch ein «Nicht-Handeln» einen Geschäftsentscheid darstellen (E. 7.1.2).

[Rz 99] In casu entschied das Bundesgericht, dass – auch bei umfassender Prüfung – in der Teilnahme bzw. in der Nichtbeendigung der Teilnahme am Cash Pool keine Pflichtverletzung erblickt werden kann, weil die Organe bei einer *ex-ante*-Betrachtung davon ausgehen durften, die in den Cash Pool übertragenen Mittel würden keinem nennenswerten Verlustrisiko ausgesetzt. Sie haben somit keine fehlerhafte Unterlassung begangen und ihre Pflicht zur sorgfältigen Anlage des Gesellschaftsvermögens nicht verletzt (E. 7.1.2 und E. 7.2.2).

c. Vorwurf Verletzung der Pflicht zur Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses

[Rz 100] Um eine Verantwortlichkeitsklage zu begründen, müssen konkrete Handlungen oder Unterlassungen substantiiert werden, mit denen die Organe gegen ihre Pflicht, das Gesellschaftsinteresse zu wahren, verstossen haben (E. 8.2.2).

[Rz 101] Der Vorwurf (der Nachlassmasse der Flightlease AG), die Beklagten hätten das Konzerninteresse und nicht das Gesellschaftsinteresse der Flightlease AG verfolgt, ist viel zu allgemein gehalten und daher untauglich, eine Verantwortlichkeitsklage zu begründen (E. 8.2.2 und E. 8.3).

D. Fazit und Bemerkungen

[Rz 102] Das Bundesgericht hat die Klage der Nachlassmasse der Flightlease AG abgewiesen. Die bundesgerichtlichen Erwägungen konzentrieren sich im Wesentlichen auf die Frage, ob die beklagten Organe eine (kausale) Pflichtverletzung begangen hatten.¹¹

¹¹ Mangels Entscheiderheblichkeit musste die Vorinstanz zu verschiedenen Punkten (Passivlegitimation, Schaden, Verschulden sowie Haftung und Ersatzpflicht jedes Beklagten) keine tatsächlichen Feststellungen treffen (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 9). Das Bundesgericht hat sich im Entscheid indessen ausführlich zur Bemessung der Parteikostenentschädigungen für das kantonale Verfahren geäußert und festgehalten, es sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz einzelnen Beschwerdegegnern je separate Parteientschädigungen zugesprochen habe (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 12).

[Rz 103] In Bezug auf den Vorwurf des Eingehens eines liquiditätsmässigen Klumpenrisikos hat das Bundesgericht die natürliche Kausalität verneint, weil diese bloss für diejenigen *Ursachen* zu prüfen sei, welche aufgrund des Gesetzes *als Haftungsgrundlage* in Betracht fielen. Vorliegend führte die vorgeworfene Pflichtverletzung allerdings nicht zum geltend gemachten Schaden. Bei der Verantwortlichkeitsklage muss die Kausalität zwischen der *Pflichtverletzung* des Organs und dem geltend gemachten *Schaden* bestehen (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 6.2). Weil der Flightlease AG kein Schaden aufgrund ihrer Liquiditätssituation, sondern aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der Poolleaderin entstanden war, verneinte das Bundesgericht den natürlichen Kausalzusammenhang (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 6.3 und 6.4). Nicht die Eingehung eines (allfälligen) liquiditätsmässigen Klumpenrisikos habe den Ausfall der Darlehensforderung verursacht, sondern der Konkurs der Poolleaderin (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 6.2. und 6.3). Die behauptete Pflichtverletzung war damit nicht kausal für den geltend gemachten Schaden (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.2.1.4).

[Rz 104] In Bezug auf den Vorwurf des Eingehens eines übermässigen Risikos eines Wertverlusts durch die Teilnahme bzw. die Nichtbeendigung der Teilnahme der Flightlease AG am Cash Pool ist das Bundesgericht zum Ergebnis gelangt, dass die Organe bei einer *ex-ante*-Betrachtung davon ausgehen durften, die in den Cash Pool übertragenen Mittel würden keinem nennenswerten Verlustrisiko ausgesetzt und sie hätten daher ihre Pflicht zur sorgfältigen Anlage des Gesellschaftsvermögens nicht verletzt (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.2 und E 7.2.2).

[Rz 105] In Bezug auf die *Business Judgement Rule* präzisierte das Bundesgericht, dass diese auf Fälle von fehlerbehaftetem *Handeln* der Organe und nicht auf deren pflichtwidriges Unterlassen zugeschnitten sei. Bei einer Unterlassung sei zu prüfen, ob die Organe dadurch eine konkrete, ihnen obliegende Handlungspflicht verletzt hätten. Wenn sich ein Organ indessen bewusst für ein Untätig-Bleiben entscheide, könne aber auch ein «Nicht-Handeln» einen Geschäftsentscheid darstellen (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.2).

[Rz 106] Das Bundesgericht hat im Entscheid wiederholt ausgeführt, dass die Klage nicht genügend substantiiert sei (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 2.3, 7.2.1.1/4, 8.2.1.3, 8.2.2 sowie auch E. 6.1). Um eine Verantwortlichkeitsklage zu begründen, müssten konkrete Handlungen oder Unterlassungen substantiiert werden, mit denen die Organe gegen ihre Pflicht, das Gesellschaftsinteresse zu wahren, verstossen hätten (Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 8.2.2). Da dies vorliegend nicht geschehen war, hat das Bundesgericht auch den Vorwurf der Verletzung der Pflicht zur Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses nicht als begründet erachtet.

[Rz 107] Das Verfahren zeigt eindrücklich neuralgische Punkte des geltenden Prozessrechts auf. Einerseits hat der Prozess lange gedauert, das Urteil des Bundesgerichts erging auf den Tag genau (am 11. November 2015) zehn Jahre nach Einreichung der Klage (am 11. November 2005). Der Prozess war teuer; so sind für das gesamte Verfahren Gerichtskosten in der Höhe von knapp CHF

1.2 Mio.¹² aufgelaufen und die Parteientschädigungen über alle drei Instanzen betragen rund CHF 6.2 Mio.¹³

3. Zuständigkeit im internationalen Verhältnis: Urteil des Bundesgerichts 4A_36/2016 vom 14. April 2016

A. Kernfrage

[Rz 108] Begründet Art. 151 Abs. 2 IPRG eine *alternative* Zuständigkeit, wenn es sich bei einem internationalen Sachverhalt um eine *schweizerische* und nicht um eine ausländische Gesellschaft handelt?

B. Sachverhalt

[Rz 109] Die C. B.V. mit Sitz in Amsterdam (Niederlande) ist Aktionärin der D. AG mit Sitz im Kanton Basel-Landschaft. A. und B. sind Verwaltungsräte der D. AG.

[Rz 110] Die C. B.V. verklagte A. und B. vor dem Kantonsgericht Nidwalden und machte Forderungen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend.

[Rz 111] A. und B. bestritten, Wohnsitz in Emmetten (Kanton Nidwalden) zu haben und erhoben die Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit.

[Rz 112] Mit Zwischenentscheid wies das Kantonsgericht die Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit ab und trat auf die Klage ein. Das Obergericht des Kantons Nidwalden bestätigte den erstinstanzlichen Zwischenentscheid, woraufhin A. und B. mit Beschwerde ans Bundesgericht gelangten.

C. Erwägungen

[Rz 113] In casu lag ein internationales Verhältnis vor, weil die C. B.V. ihren Sitz in den Niederlanden hat (E. 3.1).

[Rz 114] Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte wird im internationalen Verhältnis – unter Vorbehalt völkerrechtlicher Verträge – durch das IPRG geregelt (E. 3.2).

[Rz 115] Das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) gehört zu den völkerrechtlichen Verträgen. Sowohl die Niederlande als auch die Schweiz sind Vertragsstaaten des LugÜ. Bei einer Forderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit handelt es sich zudem um eine Zivil- und Handelssache im Sinne von Art. 1 Abs. 1 LugÜ, sodass sich die Zuständigkeit nach den Bestimmungen des LugÜ beurteilt (Art. 1 Abs. 2 IPRG) (E. 3.2).

[Rz 116] Art. 2 Abs. 1 LugÜ regelt nur die *internationale* Zuständigkeit. Die *örtliche* Zuständigkeit wird nach dem autonomen Recht des international zuständigen Vertragsstaats bestimmt und

¹² Gerichtskosten Bezirksgericht von CHF 500'000, Obergericht von CHF 570'000 und Bundesgericht von CHF 100'000.

¹³ Parteientschädigungen (insgesamt) vor Bezirksgericht von CHF 3'678'000, vor Obergericht von CHF 1'494'000 und vor Bundesgericht von CHF 1'040'000.

richtet sich daher im vorliegenden Fall nach dem (schweizerischen) IPRG (E. 3.5.1). Massgebend ist Art. 151 IPRG (E. 3.5.2).

[Rz 117] In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, Art. 151 Abs. 2 IPRG begründe nur für Klagen im Zusammenhang mit einer *ausländischen* Gesellschaft eine Zuständigkeit am Gerichtsstand des Wohnsitzes bzw. gewöhnlichen Aufenthalts. Für *schweizerische* Gesellschaften bestehe eine Zuständigkeit nach Art. 151 Abs. 1 IPRG (E. 3.5.3).

[Rz 118] Dieser Auffassung kann nach Meinung des Bundesgerichts nicht gefolgt werden. Aus dem Wortlaut («*auch* die Gerichte»), der systematischen Stellung, dem Zweck der Bestimmung und der Entstehungsgeschichte von Art. 151 Abs. 2 IPRG ergibt sich vielmehr, dass es sich um eine *alternative* Zuständigkeit am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten handelt, die neben der Zuständigkeit am Sitz der Gesellschaft (Abs. 1) besteht. Eine restriktive Auslegung der Bestimmung ist nicht angebracht (E. 3.5.4).

[Rz 119] A. und B. konnten daher an ihrem Wohnsitz (in Emmetten) verklagt werden. Das Bundesgericht erachtete einen Wohnsitz in Emmetten als gegeben (E. 4. ff.).

D. Fazit und Bemerkungen

[Rz 120] Das Bundesgericht äussert sich zur Frage, ob Art. 151 Abs. 2 IPRG eine alternative Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten auch dann begründet, wenn es sich um eine schweizerische Gesellschaft handelt. Es bejaht diese Frage zu Recht. Eine aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit haftende Person kann in einem internationalen Verhältnis im Zusammenhang mit einer schweizerischen Gesellschaft daher *alternativ* am Sitz der Gesellschaft (Art. 151 Abs. 1 IPRG) oder an ihrem Wohnsitz bzw. subsidiär am gewöhnlichen Aufenthaltsort (Art. 151 Abs. 2 IPRG) verklagt werden. Art. 151 Abs. 2 IPRG begründet sowohl für Klagen im Zusammenhang mit einer ausländischen als auch mit einer schweizerischen Gesellschaft eine Zuständigkeit am Wohnsitz (bzw. subsidiär am gewöhnlichen Aufenthaltsort) des Beklagten.

4. Weitere Urteile zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

A. Überschuldung der Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016

[Rz 121] Im Entscheid war die aktienrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats (Art. 754 OR) und die Haftung der Revisionsstelle (Art. 755 OR) für die Unterlassung der Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung der Gesellschaft zu beurteilen (Art. 725 Abs. 2 und Art. 729c OR).

[Rz 122] Das Bundesgericht hielt fest, dass auf die Benachrichtigung des Richters nur verzichtet werden kann, wenn konkrete, kurzfristig realisierbare Sanierungsaussichten bestehen und die entsprechenden Massnahmen sofort eingeleitet werden (E. 3.1.3).¹⁴

¹⁴ Vgl. auch die Entscheidbesprechung von CASUTT ANDREAS/MEYER BAHAR VALERIE, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit – Anforderungen an die Pflichterfüllung und den Schadensnachweis, GesKR 2016, 247 ff.

Volenti non fit iniuria: Urteil des Bundesgerichts 4A_518/2015 vom 3. März 2016¹⁵; Urteil des Bundesgerichts 4A_518/2015 vom 3. März 2016

[Rz 123] Eine Organperson kann sich von ihrer Haftung gegenüber der Gesellschaft befreien, wenn sie im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis sämtlicher Aktionäre gehandelt oder einen gesetzeskonform gefassten und unangefochten gebliebenen Generalversammlungsbeschluss vollzogen hat. Ebenso schliesst die erteilte Décharge (Art. 758 Abs. 1 OR) allfällige Schadenersatzansprüche aus. Analog entfällt die Haftung auch dann, wenn die Gesellschaft bzw. deren Alleinaktionärin in Kenntnis der Verhältnisse Organhandlungen toleriert, welche eine Haftung im Sinne von Art. 754 OR begründen könnten (E. 3.1).

[Rz 124] Eine Gesellschaft, welche die Verletzung von Vorschriften duldet, kann sich nicht in einem späteren Zeitpunkt auf die Verletzung eben dieser Vorschriften berufen. Eine solche Gesellschaftsklage verdient keinen Rechtsschutz, weil ihr ein widersprüchliches Verhalten im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB zugrunde liegt (E. 3.1).

III. Voraussetzungen des Traktandierungsrechts des Aktionärs: BGE 142 III 16 (Urteil des Bundesgerichts 4A_296/2015 vom 27. November 2015)

1. Kernfragen

[Rz 125] Kann ein Aktionär, der zehn oder mehr Prozent des Aktienkapitals besitzt, im Rahmen des Verfahrens auf Einberufung der Generalversammlung die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen?

[Rz 126] In welchem Umfang ist ein Einberufungsgesuch durch das Gericht zu prüfen?

2. Sachverhalt

[Rz 127] Das Aktienkapital der A. AG beträgt CHF 100'000. B. hält 50% der Aktien der A. AG.

[Rz 128] Mit Schreiben vom 25. November 2014 ersuchte B. den Verwaltungsrat der A. AG um Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2013 unter Angabe von Traktanden und Beschlussanträgen. Der Verwaltungsrat der A. AG entsprach dem Ersuchen von B. nicht.

[Rz 129] Mit Gesuch vom 5. März 2015 gelangte B. ans Handelsgericht Zürich und ersuchte um Einberufung der Generalversammlung mit verschiedenen Traktanden und Beschlussanträgen.

[Rz 130] Das Handelsgericht hiess das Gesuch gut. Die A. AG erhob daraufhin Beschwerde beim Bundesgericht.

¹⁵ Vgl. zur Einrede *volenti non fit iniuria* auch Vischer Markus M., «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, 1485 ff.

3. Erwägungen

[Rz 131] Die Einberufung einer Generalversammlung kann von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden (Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR). Aktionäre, die Aktien im Nennwerte von CHF 1 Mio. vertreten, können die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen (Art. 699 Abs. 3 Satz 2 OR).

[Rz 132] Nach dem reinen Wortlaut von Art. 699 Abs. 3 Satz 2 OR steht ein *Traktandierungsrecht* nur Aktionären zu, die Aktien im Nennwert von mindestens CHF 1 Mio. halten (E. 2.3).

[Rz 133] Gemäss herrschender Lehre handelt es sich bei der Formulierung dieser Bestimmung um ein gesetzgeberisches Versehen. Ein Traktandierungsrecht steht vielmehr auch denjenigen Aktionären zu, die über mind. 10% des Aktienkapitals verfügen (vgl. Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR), auch wenn ihre Aktien keinen Nennwert von CHF 1 Mio. aufweisen (E. 2.3).

[Rz 134] Wenn der Verwaltungsrat einem Begehren um Einberufung der Generalversammlung nicht binnen angemessener Frist entspricht, hat der Richter nach Art. 699 Abs. 4 OR auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen (E. 3.1). Die Frage, ob die Frist, binnen derer der Verwaltungsrat einem Einberufungsbegehren hätte entsprechen müssen, angemessen ist, ist eine *Ermessensfrage* (E. 4.1 [nicht amtlich publiziert]).

[Rz 135] Bei der *Beurteilung eines Einberufungsgesuchs* gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR hat das Gericht nur *formelle Fragen* zu prüfen (E. 3.1). Dazu gehören, ob der Gesuchsteller Aktionär ist, ob die Schwelle von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 oder 2 OR (der gesuchstellende Aktionär vertritt mindestens 10% des Aktienkapitals oder hält Aktien von mindestens CHF 1 Mio. Nennwert) erreicht ist und ob ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen wurde (E. 3.1).

[Rz 136] Das Gericht hat das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren demgegenüber keiner materiellen Prüfung zu unterziehen (E. 3.1). Bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs ist insbesondere nicht zu prüfen, ob die von der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden (E. 3.1).

[Rz 137] Zu beachten ist immerhin das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB). So hat das Gericht einem Einberufungs- und Traktandierungsgesuch nicht zu entsprechen, wenn dieses offensichtlich missbräuchlich oder schikanös ist (E. 3.1).

[Rz 138] Im vorliegenden Fall sah sich das Bundesgericht nicht veranlasst, in den Ermessensentscheid der Vorinstanz einzugreifen (E. 4.3).

4. Fazit und Bemerkungen

[Rz 139] Das Bundesgericht äussert sich zur Frage, ob Aktionäre, die mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, nicht aber Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. halten, ein Traktandierungsrecht im Sinne von Art. 699 Abs. 3 OR besitzen. Es bejaht diese Frage in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre zu Recht.

[Rz 140] Eine Trennung zwischen der Einberufung der Generalversammlung und der Traktandierung macht keinen Sinn, weil die Einberufung schriftlich unter Angabe des Verhandlungsgegenstandes und der Anträge angebeht werden muss (Art. 699 Abs. 3 Satz 3 OR). Das Begehren um Einberufung der Generalversammlung ist somit nur dann rechtsgültig, wenn dem Verwaltungs-

rat gleichzeitig mindestens ein Traktandum und ein damit verbundener konkreter schriftlicher Beschlussantrag unterbreitet werden.¹⁶

[Rz 141] In diesem Sinn hat das Bundesgericht auch im Urteil 4A_507/2014 bzw. 4D_73/2014 vom 15. April 2015 das Gesuch eines Aktionärs, der jedenfalls 85% des Aktienkapitals¹⁷ in der Höhe von CHF 100'000 hielt, auf Einberufung einer Generalversammlung mit bestimmten Traktanden gutgeheissen. Es nahm dabei keinen Bezug auf den Grenzwert von CHF 1 Mio. für die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes (Art. 699 Abs. 3 Satz 2 OR), sondern bejahte die Zulässigkeit der Traktandierung stillschweigend, weil die Voraussetzungen zur Einberufung einer Generalversammlung erfüllt waren (Aktionärsstellung, Einhaltung der 10%-Grenze und Abweisung des Begehrens durch den Verwaltungsrat) (Urteil des Bundesgerichts 4A_507/2014 bzw. 4D_73/2014 vom 15. April 2015, E. 5.4).

[Rz 142] Würde das Traktandierungsrecht voraussetzen, dass der Aktionär Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. hält, gäbe es in allen Aktiengesellschaften, die ein Aktienkapital von weniger als CHF 1 Mio. haben – und damit statistisch gesehen in über 90% aller Aktiengesellschaften –, gar kein Traktandierungsrecht der Aktionäre (BGE 142 III 16, E. 2.3).

[Rz 143] Das Gericht hat bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs nach Art. 699 Abs. 4 OR unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots nur *formelle* Fragen zu prüfen. Damit unterliegen insbesondere Traktanden grundsätzlich keiner inhaltlichen Prüfung. Eine inhaltliche Prüfung soll im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen die gefassten Beschlüsse (Art. 706 ff. OR) erfolgen. Die Prüfung des Einberufungsgesuchs erfolgt im summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO), während eine Anfechtungsklage regelmässig im ordentlichen Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) beurteilt wird. Der Generalversammlung würde faktisch das Recht genommen, über einen Verhandlungsgegenstand abzustimmen, wenn bereits bei der Prüfung des Einberufungsgesuchs eine inhaltliche Kontrolle stattfinden würde.¹⁸

[Rz 144] Führt ein Traktandum indessen «offensichtlich und mit Sicherheit zu einem nichtigen Generalversammlungsbeschluss»,¹⁹ ist eine beschränkte inhaltliche Prüfung ausnahmsweise möglich, damit «gänzlich nutzlose Versammlungen»²⁰ vermieden werden. In diesem Sinn hat das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Lehre in BGE 137 III 503 ausgeführt, dass der Verwaltungsrat die Aufnahme eines Verhandlungsgegenstandes in die Traktandenliste der Generalversammlung verweigern könne, wenn dessen Inhalt unzweifelhaft nicht in den Kompetenzbereich der Generalversammlung falle. Würden diesbezüglich aber Zweifel bestehen, hätte der Verwaltungsrat dem Ersuchen des Aktionärs zu entsprechen und den Gegenstand in die Traktandenliste aufzunehmen (BGE 137 III 503, E. 4.1 [= Pra. 101 (2012) Nr. 64]).

[Rz 145] Zu den (formellen) Voraussetzungen eines Einberufungsgesuchs nach Art. 699 Abs. 4 OR hat sich das Bundesgericht neben den Erwägungen im vorliegenden Entscheid auch bereits im Urteil 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015 geäussert (E. 2.1.2). Dazu gehört u.a., dass dem Verwaltungsrat (tatsächlich) ein Einberufungsbegehren gestellt worden ist, dem er innert ange-

¹⁶ Vgl. BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 64.

¹⁷ Das Eigentum an den restlichen 15% war strittig (Urteil des Bundesgerichts 4A_507/2014 bzw. 4D_73/2014 vom 15. April 2015, Sachverhalt A.a.).

¹⁸ LEISINGER CHRISTIAN, Einberufung einer GV auf Verlangen von Minderheitsaktionären: Berechtigte und gerichtlicher Prüfungsumfang, GesKR 2016, 116 ff., 118.

¹⁹ ZR 2015, 270 ff., 278 (vorinstanzliches Urteil des Handelsgerichts Zürich).

²⁰ ZR 2015, 270 ff., 278 (vorinstanzliches Urteil des Handelsgerichts Zürich).

messener Frist nicht entsprochen hat. Im Fall, der dem Urteil des Bundesgerichts 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015 zugrunde lag, verfügte die Gesellschaft aufgrund eines Patts im Aktionariat über keinen Verwaltungsrat. In diesem Fall gelangt Art. 699 Abs. 4 OR nicht zur Anwendung, weil kein Begehren um Einberufung einer Generalversammlung an den Verwaltungsrat gestellt werden kann, womit eine Voraussetzung eines Einberufungsgesuchs nach Art. 699 Abs. 4 OR fehlt (Urteil des Bundesgerichts 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.3 und 2.1.5). Vielmehr handelt es sich dabei um einen Organisationsmangel, der in einem Verfahren nach Art. 731b OR zu beseitigen ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.3 und 2.1.5).²¹

[Rz 146] Ob eine bestimmte Frist im Sinne von Art. 699 Abs. 4 OR als angemessen erscheint, ist eine Ermessensfrage, bei deren Überprüfung das Bundesgericht Zurückhaltung übt (Urteil des Bundesgerichts 4A_296/2015 vom 27. November 2015, E. 4.1). In BGE 142 III 16 hat sich das Bundesgericht auch dazu geäußert, welche Frist als angemessen betrachtet werden kann, damit der Verwaltungsrat einem Einberufungsbegehren rechtzeitig, d.h. bevor das Gesuch um richterliche Einberufung durch den Aktionär gestellt werden kann, entsprochen hat. In Anlehnung an die Vorinstanz erachtet es eine Frist von vier bis sechs bzw. fünf bis acht Wochen als für die Vorbereitung einer ordentlichen Generalversammlung ausreichend (Urteil des Bundesgerichts 4A_296/2015 vom 27. November 2015, E. 4.2).

IV. Streitgenössische Nebenintervention im Organisationsmängelverfahren: BGE 142 III 629 (Urteil des Bundesgerichts 4A_160/2016 vom 1. September 2016) sowie das Parallelverfahren 4A_166/2016 vom 1. September 2016

1. Kernfrage

[Rz 147] Ist im Organisationsmängelverfahren eine *streitgenössische* Nebenintervention zulässig?

2. Sachverhalt

[Rz 148] Die C. AG hatte seit der letzten ordentlichen Generalversammlung aufgrund einer Pattsituation im Aktionariat keinen Verwaltungsrat mehr.

[Rz 149] D. und die E. (G)mbH beantragten gestützt auf Art. 731b OR beim Bezirksgericht die Anordnung der zur Beseitigung des Organisationsmangels notwendigen Massnahmen.

[Rz 150] Das Bezirksgericht setzte einen Sachwalter für die C. AG ein. Es bewilligte zudem ein Gesuch von A., der auch Aktionär der C. AG war, um Nebenintervention auf Seiten der C. AG.

[Rz 151] An der Parteiverhandlung, an der die C. AG (handelnd durch den Sachwalter), D., die E. (G)mbH und die Nebenintervenienten (u.a. A.) anwesend waren, konnte keine Lösung betreffend das weitere Vorgehen bzw. die Auflösung der Gesellschaft gefunden werden.

[Rz 152] In der Folge einigten sich die C. AG und D. sowie die E. (G)mbH als Hauptparteien (in Abwesenheit der Nebenintervenienten) auf ein bestimmtes Vorgehen und schlossen einen Ver-

²¹ Vgl. zu diesem Entscheid auch MÜLLER/KÄCH (Fn. 6), Rz. 83 ff.

gleich ab. Danach sollten u.a. die Aktien der C. AG unter den Aktionären versteigert und alle Aktionäre verpflichtet werden, ihre Aktien hierfür dem Sachwalter herauszugeben. Ergibt kein Steigerungsangebot, sollte die C. AG liquidiert und der Liquidationserlös den Aktionären im Verhältnis ihrer Beteiligungen ausbezahlt werden.

[Rz 153] Mit der gerichtlichen Genehmigung des Vergleichs verzichteten die Parteien auf die Ergreifung eines Rechtsmittels.

[Rz 154] Das Bezirksgericht ordnete die für den Vollzug des Vergleichs notwendigen Massnahmen an und stellte die gerichtliche Anordnung unter die Strafdrohung von Art. 292 StGB.

[Rz 155] A. legte gegen diesen Entscheid Berufung beim Kantonsgericht ein. Das Kantonsgericht trat mangels Legitimation des Nebenintervenienten zur Ergreifung eines Rechtsmittels auf die Berufung nicht ein.

[Rz 156] In der Folge erhob A. Beschwerde ans Bundesgericht. Er machte geltend, der Entscheid des Bezirksgerichts richte sich direkt gegen ihn, wenn angeordnet werde, dass die Aktien der C. AG – und damit auch die in seinem Eigentum stehenden Aktien – versteigert werden sollen und die Aktionäre unter Strafdrohung dazu verpflichtet werden, ihre Aktienzertifikate dem Sachwalter auszuhändigen.

3. Erwägungen

[Rz 157] Nach Art. 76 Abs. 2 ZPO sind Prozesshandlungen der intervenierenden Person im Prozess unbeachtlich, wenn sie mit jenen der Hauptpartei im Widerspruch stehen (E. 2.1).

[Rz 158] Weil die Hauptpartei (C. AG) (im Vergleich) auf die Ergreifung eines Rechtsmittels verzichtet hatte, ging das Kantonsgericht davon aus, dass A. als Nebenintervenient nicht legitimiert sei, ein Rechtsmittel zu ergreifen (E. 2.2).

[Rz 159] Nach Ansicht des Bundesgerichts stellt sich aber die Frage, ob Art. 76 Abs. 2 ZPO im vorliegenden Verfahren überhaupt Anwendung findet (2.3).

[Rz 160] Die Generalversammlung der C. AG ist aufgrund einer Pattsituation im Aktionariat blockiert und nicht in der Lage, den Verwaltungsrat gehörig zu bestellen. Zur Behebung des Organisationsmangels hat das Bezirksgericht u.a. die Versteigerung der Aktien unter den zerstrittenen Aktionären angeordnet (E. 2.3.2).

[Rz 161] Die Versteigerungsanordnung wirkt nicht nur zwischen den Hauptparteien, der C. AG und D. sowie der E. (G)mbH, sondern gegenüber *allen* Aktionären der C. AG, mithin auch gegenüber A. (E. 2.3.2).

[Rz 162] Auch die Aushändigungspflicht bezüglich der Aktien an den Sachwalter wirkt gegenüber allen Aktionären (E. 2.3.2).

[Rz 163] Der vorliegende Fall unterscheidet sich damit grundlegend vom Regelfall einer Nebenintervention, in dem das verfahrensabschliessende Sachurteil nur gegenüber den Hauptparteien vollstreckbar ist und keine direkten Urteilswirkungen gegenüber dem Nebenintervenienten entfaltet (E. 2.3.3).

[Rz 164] Die ZPO enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung zur Streitgenössischen Nebenintervention, bei welcher der Nebenintervenient den Prozess unabhängig von der unterstützten Hauptpartei führen kann und seine Prozesshandlungen auch gegen deren Widerspruch wirksam

sind (E. 2.3.4 und 2.3.5). Die ZPO schliesst die streitgenössische Nebenintervention damit aber nicht aus, sondern setzt sie als selbstverständlich voraus (E. 2.3.6).

[Rz 165] Beim Organisationsmängelgesuch handelt es sich um eine gesellschaftsrechtliche Streitigkeit, über die mit einem Urteil zu entscheiden ist. Das Urteil wirkt kraft materiellen Rechts direkt gegenüber allen Aktionären und ist deshalb ihnen gegenüber vollstreckbar (E. 2.3.7, vgl. auch E. 2.3.2).

[Rz 166] Diese Wirkungen können nicht nach Art. 77 ZPO in einem Folgeprozess beseitigt oder abgemildert werden (E. 2.3.7).

[Rz 167] Nicht am Organisationsmängelverfahren beteiligten Aktionären muss das Gericht zwar nicht von Amtes wegen Parteistellung einräumen. Einem aus freien Stücken als Nebenpartei am Verfahren beteiligten Aktionär kommt aufgrund der möglichen nachteiligen Wirkungen des Urteils aber die Stellung eines streitgenössischen Nebenintervenienten zu. Der streitgenössische Nebenintervenient kann auch gegen den Willen der Hauptpartei ein Rechtsmittel ergreifen (E. 2.3.7). In solchen Fällen kommt Art. 76 Abs. 2 ZPO daher nicht zur Anwendung (E. 2.3.6).

[Rz 168] A. war daher legitimiert, Berufung einzulegen (E. 2.4).

4. Fazit und Bemerkungen

[Rz 169] Das Bundesgericht anerkennt im Entscheid ausdrücklich das Institut der *streitgenössischen* bzw. *unabhängigen* Nebenintervention im Bereich der ZPO.²² Im Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR ist damit eine streitgenössische Nebenintervention zulässig und der Nebenintervenient kann auch *gegen* den Willen der Hauptpartei ein Rechtsmittel ergreifen. Der streitgenössische Nebenintervenient hat dabei die Stellung einer Hauptpartei.

[Rz 170] Neben dem Organisationsmängelverfahren ist die Teilnahme eines (nicht klagenden) Aktionärs (innert der Klagefrist) an einem Prozess betreffend die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses ein typischer Anwendungsfall einer streitgenössischen Nebenintervention, weil das Urteil nach Art. 706 Abs. 5 OR für und gegen alle Aktionäre wirkt.²³

[Rz 171] Der Entscheid des Bundesgerichts ist zu begrüssen, erlaubt er doch einem Nebenintervenienten, auf dessen Rechtsstellung sich das Urteil im Prozess zwischen der unterstützten Hauptpartei und der Gegenpartei kraft materiellen Rechts unmittelbar auswirkt, mögliche nachteilige Wirkungen des Urteils aufgrund eigenen Handelns abzuwenden, auch wenn seine Handlungen im Widerspruch zu denjenigen der unterstützten Hauptpartei stehen. Damit wird letztlich das rechtliche Gehör der intervenierenden Partei adäquat sichergestellt.²⁴

²² Für den Bundeszivilprozess vgl. Art. 15 Abs. 3 BZP.

²³ Vgl. MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010, 186, der allerdings – unter Hinweis auf BGE 122 III 279, 283 f. und 286 – der Ansicht ist, eine Teilnahme komme nur auf Seiten des Klägers (Aktionärs), nicht aber auf Seiten der passivlegitimierten Gesellschaft in Betracht (MEIER, 187).

²⁴ Vgl. dazu DOMEJ TANJA, in: Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2014, Art. 76 N 12.

[Rz 172] Das Bundesgericht bestätigt im Entscheid zudem seine Rechtsprechung²⁵ zu verschiedenen Aspekten des Organisationsmängelverfahrens: So verleiht Art. 731b OR dem Richter einen Ermessensspielraum, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene und verhältnismässige Massnahme zu treffen. Bei den in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR genannten Massnahmen handelt es sich nicht um einen abschliessenden Katalog. Daher kann das Gericht auch eine nicht gesetzlich typisierte Massnahme anordnen. Und der Richter ist bei der Auswahl der angemessenen und verhältnismässigen Massnahmen nicht an die Parteibegehren gebunden; es gilt die *Offizialmaxime* (BGE 142 III 629, E. 2.3.1).

V. Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei der GmbH: Urteil des Bundesgerichts 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016

1. Kernfrage

[Rz 173] Wonach beurteilt sich bei einer Klage auf Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH, ob ein wichtiger Grund i.S.v. Art. 815 Abs. 2 OR vorliegt?

2. Sachverhalt

[Rz 174] D. war Vorsitzender der Geschäftsführung der B. GmbH. Die Stammanteile der B. GmbH waren je zur Hälfte im Besitz von A. und C.

[Rz 175] A. hatte mit C. und D. Meinungsverschiedenheiten und warf D. wiederholte und grobe Rechtsverletzungen, wie Verstösse gegen die Treuepflicht (Art. 812 OR, Art. 321a Abs. 1 OR) und das Gleichbehandlungsgebot (Art. 813 OR), vor.

[Rz 176] A. reichte daher beim Handelsgericht Zürich ein vorsorgliches Massnahmegesuch zum Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis von D. ein. Das Handelsgericht wies das Gesuch ab.

[Rz 177] Gegen diesen Entscheid erhob A. Beschwerde beim Bundesgericht und rügte die willkürliche Anwendung von Art. 815 Abs. 2 OR, indem das Gericht bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis von D. vorlag, bloss auf die Interessen der Gesellschaft, nicht aber auch auf ihre Interessen Rücksicht genommen hatte (E. 3).

3. Erwägungen

[Rz 178] Nach Art. 815 Abs. 2 OR kann jeder Gesellschafter dem Gericht beantragen, einem Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen oder zu beschränken, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

²⁵ Vgl. BGE 138 III 407, E. 2.4; BGE 138 III 294, E. 3.1.4; BGE 138 III 166, E. 3.5; BGE 136 III 369, E. 11.4.1; Urteile des Bundesgerichts 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.6, 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.1.3 und 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.1.

[Rz 179] Die Klage auf Entzug oder Beschränkung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nach Art. 815 Abs. 2 OR ist ein Gestaltungsklageanspruch. Aktivlegitimiert ist jeder Gesellschafter der GmbH. Passivlegitimiert ist die Gesellschaft (E. 3.2.2).

[Rz 180] Die Klage dient der Aufrechterhaltung der Funktionstauglichkeit der Geschäftsorgane und damit der Sicherstellung der Fortführbarkeit der Gesellschaft (E. 3.2.2).

[Rz 181] Bei der Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 815 Abs. 2 OR vorliegt, ist daher bloss das Interesse der Gesellschaft massgebend, eine Organisation aufrechtzuerhalten, welche es ihr ermöglicht, ihren Gesellschaftszweck zu erreichen. Mit der Klage sollen demgegenüber nicht individuelle Interessen der Geschäftsführer oder einzelner Gesellschafter gewahrt werden (E. 3.2.2).

[Rz 182] Das Bundesgericht wies die Beschwerde von A. daher ab.

4. Fazit und Bemerkungen

[Rz 183] Bei der Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund i.S.v. Art. 815 Abs. 2 OR vorliegt, der den Entzug oder die Beschränkung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters rechtfertigt, ist bloss das Interesse der Gesellschaft, nicht aber das Individualinteresse eines Gesellschafters massgebend. Weil die Klage nach Art. 815 Abs. 2 OR der Aufrechterhaltung der Funktionstauglichkeit der Geschäftsorgane und somit der Sicherstellung der Fortführbarkeit der Gesellschaft dient, kann nicht auf die Interessen der einzelnen Gesellschafter abgestellt werden.

[Rz 184] Die Klage auf Entzug oder Beschränkung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters richtet sich gegen die Gesellschaft. Bereits im Urteil 4A_8/2014 vom 6. Juni 2014 hat das Bundesgericht ausgeführt, dass die Gesellschaft auch dann passivlegitimiert ist, wenn sie nur zwei Gesellschafter hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_8/2014 vom 6. Juni 2014, E. 2.3; vgl. nunmehr auch Urteil des Bundesgerichts 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016, E. 3.2.2).

VI. Mindestmitgliederzahl bei der Genossenschaft und Prüfungsbefugnis des Handelsregisterführers: Urteil des Bundesgerichts 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015

1. Kernfragen

[Rz 185] Stellt das Sinken der Mitgliederzahl einer Genossenschaft unter die Mindestmitgliederzahl von sieben einen Organisationsmangel dar, welchen die Genossenschaft nicht selber beheben kann?

[Rz 186] Wie weit geht die Prüfungsbefugnis des Handelsregisteramtes?

2. Sachverhalt

[Rz 187] Die Milchgenossenschaft A. wurde 1910 gegründet. Der Strukturwandel in der Landwirtschaft führte zur Liquidation zahlreicher Betriebe, sodass noch vier Genossenschafter übrig blieben.

[Rz 188] Am 4. Mai 2013 meldete die Milchgenossenschaft A. dem Handelsregisteramt, dass sie vier neue Genossenschafterinnen, die Ehefrauen der letzten vier Genossenschafter, aufgenommen habe.

[Rz 189] Am 25. Oktober 2013 beschloss die Generalversammlung der Milchgenossenschaft A., die Genossenschaft per sofort aufzulösen und den Liquidationserlös unter die Genossenschafter zu verteilen.

[Rz 190] Am 13. Dezember 2013 beantragten verschiedene ehemalige Genossenschafter beim Handelsregisteramt unter anderem, Ermittlungen i.S.v. Art. 157 Abs. 1 der Handelsregisterverordnung (HRegV) betreffend die Organisation der Milchgenossenschaft A. aufzunehmen und bis zum Abschluss dieser Ermittlungen keine Statutenänderungen oder andere Tatsachen ins Handelsregister einzutragen. Sie begründeten dies damit, dass die Genossenschaft nur noch vier Genossenschafter gehabt habe. Die Ehefrauen seien keine Milchproduzenten und hätten deshalb gemäss den Statuten nicht Genossenschafterinnen werden können. Die Genossenschaft sei somit nicht beschlussfähig gewesen.

[Rz 191] Das Handelsregisteramt wies in der Folge den Antrag der Milchgenossenschaft A., eine Änderung der Firmenbezeichnung in «*Milchgenossenschaft A. in Liquidation*» im Handelsregister einzutragen, ab und stellte einen Organisationsmangel fest.

[Rz 192] Die Milchgenossenschaft A. erhob gegen die Verfügung des Handelsregisteramts Beschwerde beim Verwaltungsgericht, welche dieses in Bezug auf die Rüge, dass kein Organisationsmangel vorgelegen hätte, abwies. In der Folge gelangte die Genossenschaft mit Beschwerde ans Bundesgericht.

3. Erwägungen

[Rz 193] Nach Art. 831 Abs. 1 OR müssen bei der Gründung einer Genossenschaft mindestens sieben Mitglieder beteiligt sein. Sinkt die Zahl der Genossenschafter später unter diese Mindestzahl, sind nach Abs. 2 die Vorschriften des Aktienrechts über Mängel in der Organisation der Gesellschaft entsprechend anwendbar (Art. 731b OR).

[Rz 194] Die Mindestmitgliederzahl bei der Genossenschaft ist ein begriffsbestimmendes Element. Sinkt die Anzahl der Genossenschafter unter sieben, liegt nicht bloss ein Organisationsmangel vor. Vielmehr ist der Tatbestand der Genossenschaft nicht mehr gegeben (E. 2.3).

[Rz 195] Dieser Tatbestand kann nicht durch einen richterlichen Eingriff wiederhergestellt werden. Eine richterliche Ernennung von Genossenschaftern ist daher nicht möglich (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR). In solchen Fällen kommen als Massnahmen lediglich die Ansetzung der Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR) und die Auflösung der Genossenschaft (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR) in Frage (E. 2.3).

[Rz 196] Die Auflösung der Gesellschaft ist *ultima ratio*. Deshalb muss der Genossenschaft als erstes eine Frist zur Behebung des Mangels angesetzt werden, bevor sie aufgelöst werden kann (E. 2.3).

[Rz 197] In casu war eine Fristansetzung (im Sinne von Art. 154 Abs. 1 HRegV bzw. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR) indessen nicht notwendig, weil die Genossenschaft selbst neue Mitglieder aufgenommen hatte. Die Aufnahme erfolgte spätestens mit der Anmeldung der neuen Mitglieder beim Handelsregisteramt (E. 2.8).

[Rz 198] Das Absinken der Anzahl Genossenschafter unter die Mindestmitgliederzahl steht einer Aufnahme neuer Genossenschafter nicht entgegen, sondern verlangt von den Genossenschaf tern vielmehr, die Mitgliederzahl wieder zu erhöhen (E. 2.8).

[Rz 199] Es ist dabei nicht Aufgabe des Handelsregisterführers zu prüfen, ob der Aufnahmeent scheid zu Recht erfolgt ist, d.h. in casu, ob die Ehefrauen die Voraussetzungen für die Aufnahme erfüllt haben (E. 2.8).

[Rz 200] Der Handelsregisterführer hat nach Art. 940 Abs. 1 OR zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind. Dabei hat er in Bezug auf die formellen regis terrechtlichen Voraussetzungen eine umfassende Prüfungsbefugnis. Bei der Prüfung materiellen Rechts ist seine Prüfungsbefugnis demgegenüber beschränkt. Er hat bloss die Einhaltung zwin gender Gesetzesbestimmungen zu prüfen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt wurden (E. 2.6 und 2.8). Statutarische Anforderungen an den Kreis der Genossen schafter gehören nicht dazu (E. 2.8).

[Rz 201] Weil die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung im Handelsre gister nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht. Beruht sie hingegen auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung, reicht dies für die Verwei gerung der Eintragung durch den Handelsregisterführer nicht aus. Die Beurteilung bleibt dem Richter überlassen (E. 2.6).

[Rz 202] Eine allfällige Nichtigkeit hat das Handelsregisteramt zwar von Amtes wegen zu beach ten. Da die Aufnahme der Ehefrauen in die Genossenschaft aber nicht als geradezu offensichtlich rechtsmissbräuchlich erachtet werden konnte, war der Aufnahmeentscheid daher nicht nichtig (E. 2.8).

4. Fazit und Bemerkungen

[Rz 203] Das Bundesgericht führt im Entscheid – wie bereits in BGE 138 III 407 – aus, dass die Mindestmitgliederzahl bei der Genossenschaft ein begriffsbestimmendes Element ist. Sinkt die Anzahl der Genossenschafter unter sieben, ist der Tatbestand der Genossenschaft nicht mehr gegeben. Die Genossenschaft existiert nur noch formal im Handelsregister, materiell hat sie ihre Existenz verloren (BGE 138 III 407, E. 2.5.2).

[Rz 204] Nach Art. 831 Abs. 2 OR sind die Vorschriften des Aktienrechts über Mängel in der Organisation der Gesellschaft (Art. 731b OR) entsprechend anwendbar, wenn die Zahl der Ge nossenschafter unter die Mindestzahl von sieben sinkt. Werden neue Genossenschafter zur Er reichung der gesetzlichen Mindestmitgliederzahl in die Genossenschaft aufgenommen, ist der Organisationsmangel behoben.

[Rz 205] Das Bundesgericht bestätigt im Entscheid die sog. *Kognitionsformel*, wonach der Han delsregisterführer in Bezug auf die formellen registerrechtlichen Voraussetzungen eine umfas sende Prüfungsbefugnis besitzt, während seine Prüfungsbefugnis bei der Prüfung materiellen Rechts beschränkt ist (vgl. auch BGE 125 III 18, E. 3.b m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 2.1).

[Rz 206] Weil der Handelsregisterführer bei Fragen des materiellen Rechts bloss die Einhaltung zwingender Gesetzesbestimmungen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter auf gestellt wurden, zu prüfen hat, konnte er im vorliegenden Fall den Entscheid der Genossenschaft, neue Genossenschafter aufzunehmen, nicht auf die Konformität mit den Statuten überprüfen.

Statutarische Anforderungen an den Kreis der Genossenschafter gehören nämlich gerade nicht zu den zwingenden Gesetzesbestimmungen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt wurden.

[Rz 207] In BGE 140 III 206 (Urteil des Bundesgerichts 4A_363/2013 vom 28. April 2014) hat das Bundesgericht die Kognitionsformel zwar auch bestätigt, zudem aber ausgeführt, dass dem Handelsregisterführer in denjenigen Fällen, die fundamentale Fragen des Gesellschaftsrechts betreffen, freie Prüfungsbefugnis zukommt. In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob Partizipationsscheine bzw. mit diesen verwandte Beteiligungspapiere im geltenden Genossenschaftsrecht zulässig sind. Das Bundesgericht hielt fest, dass diese Frage die Grundstruktur der Rechtsform der Genossenschaft und damit auch das öffentliche Interesse der Verkehrssicherheit betreffe. Es handle sich damit um eine fundamentale Frage des Gesellschaftsrechts, weshalb dem Eidgenössischen Handelsregisteramt und den Rechtsmittelinstanzen bei der Prüfung dieser Frage eine umfassende Prüfungsbefugnis zukomme (Urteil des Bundesgerichts 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 2.2 und 2.3). Im vorliegenden Fall könnte man sich ebenfalls fragen, ob das Bundesgericht nicht auch von einer fundamentalen Frage des Gesellschaftsrechts hätte ausgehen müssen, zumal zur Diskussion stand, ob der Tatbestand der Genossenschaft überhaupt noch gegeben war (Urteil des Bundesgerichts 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8), mit der Folge, dass dem Handelsregisteramt eine umfassende Prüfungsbefugnis zugestanden hätte.²⁶ Aufgrund der – vom Bundesgericht hier einschränkungslos angewandten – Kognitionsformel durfte der Handelsregisterführer vorliegend indessen nicht überprüfen, ob die Aufnahme neuer Mitglieder mit den statutarischen Aufnahmevoraussetzungen übereinstimmte. Für die Handelsregisterämter ist es in aller Regel jedoch kaum möglich, bei Genossenschaften selbst Anhaltspunkte für ein Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl von sieben festzustellen,²⁷ besteht doch keine Pflicht zur Einreichung eines Genossenschaftsverzeichnisses, ausser bei Genossenschaften mit subsidiärer persönlicher Haftung oder Nachschusspflicht.²⁸ Solange kein Organisationsmängelverfahren eingeleitet ist, kann eine Genossenschaft daher auch mit weniger als sieben Mitgliedern weitergeführt werden. Theoretisch sind so auch unerwünschte Einpersonengenossenschaften denkbar.²⁹

[Rz 208] Das Bundesgericht macht in der vorliegenden Entscheidung zudem deutlich, dass das Handelsregisteramt der Genossenschaft nach Art. 154 Abs. 1 HRegV Frist zur Wiederherstellung der gesetzlichen Mitgliederzahl anzusetzen hat, bevor es ein Gesuch nach Art. 731b OR an das Zivilgericht einreicht. Anschliessend muss auch der Zivilrichter gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR der Genossenschaft eine Frist zur Aufnahme neuer Genossenschafter ansetzen, weil die Auflösung der Gesellschaft *ultima ratio* ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3 und 2.8). In casu war eine Fristansetzung allerdings nicht notwendig, weil die Genossenschaft den Organisationsmangel bereits behoben hatte.

²⁶ CAHANNES MERENS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl bei Genossenschaften, Bundesgerichtsurteil 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, SZW 2016, 340 ff., 350.

²⁷ CAHANNES/VON DER CRONE (Fn. 26), 353.

²⁸ Aufgrund von Art. 837 OR hat die Genossenschaft neu zwar ein Verzeichnis der Genossenschafter zu führen. Dieses muss dem Handelsregisteramt aber nicht eingereicht werden (vgl. SCHENKER FRANZ, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 837 N 4). Der Eintritt oder Austritt eines Genossenschafters ist beim Handelsregisteramt innerhalb drei Monaten nur dann anzumelden, wenn eine subsidiäre persönliche Haftung oder eine Nachschusspflicht besteht (Art. 877 OR).

²⁹ CAHANNES/VON DER CRONE (Fn. 26), 353 m.w.H.

[Rz 209] Offen gelassen hat das Bundesgericht die Frage, ob die Generalversammlung einer Genossenschaft, die weniger als die Mindestmitgliederzahl aufweist, selbst einen Liquidationsbeschluss fassen kann oder ob dafür zwingend das Gericht angerufen werden muss (Urteil des Bundesgerichts 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8).

VII. Eintragung einer Kollektivunterschrift ins Handelsregister: BGE 142 III 204 (Urteil des Bundesgerichts 4A_536/2015 vom 3. März 2016)

1. Kernfrage

[Rz 210] Können bei der Eintragung von Kollektivunterschriften ins Handelsregister die zur gemeinsamen Unterzeichnung befugten Personen *namentlich* bezeichnet werden?

2. Sachverhalt

[Rz 211] Die A. AG meldete dem Handelsregisteramt des Kantons Zug neue Zeichnungsberechtigungen nach folgendem Schema an:

B., [...], mit Kollektivunterschrift zu zweien mit C. oder D. oder E.

[Rz 212] Das Handelsregisteramt verweigerte die Eintragung der Beschränkung der Zeichnungsberechtigung geknüpft an bestimmte Personen. Zugelassen werde nur eine Beschränkung geknüpft an eine Funktion.

[Rz 213] Die A. AG erhob gegen die Verfügung des Handelsregisteramts Beschwerde beim Verwaltungsgericht, die abgewiesen wurde. In der Folge gelangte die A. AG mit Beschwerde ans Bundesgericht.

3. Erwägungen

[Rz 214] Der Verwaltungsrat vertritt die Aktiengesellschaft nach aussen. Bestimmen die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes, steht die Vertretungsbefugnis jedem Mitglied einzeln zu (Art. 718 Abs. 1 OR). Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis hat gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung. Im Handelsregister eingetragene Bestimmungen über die gemeinsame Vertretung der Gesellschaft sind davon ausgenommen (Art. 718a Abs. 2 OR; E. 2.1).

[Rz 215] Bereits in BGE 121 III 368 hat das Bundesgericht die Frage, «ob die Präzisierung, dass zwei kollektivzeichnungsberechtigte Verwaltungsratsmitglieder *nicht miteinander*, sondern nur mit je anderen Verwaltungsratsmitgliedern rechtsgültig unterzeichnen dürfen, ins Handelsregister eingetragen werden kann», bejaht (E. 2.1 unter Hinweis auf BGE 121 III 368, E. 4). Als ergänzendes Argument zog es damals auch den inzwischen aufgehobenen Art. 641 Ziff. 8 aOR heran, wonach die «Art der Ausübung der Vertretung» ins Handelsregister einzutragen sei (E. 2.1 und 2.3.1).

[Rz 216] Die in BGE 121 III 368 aufgestellten Überlegungen gelten auch heute noch (E. 2.3.1). Mit der Aufhebung von Art. 641 Ziff. 8 aOR und der Revision der Handelsregisterverordnung wurde entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht auf die Übernahme des Regelungsinhalts der aufgehobenen Bestimmung verzichtet. Gemäss Art. 119 Abs. 1 lit. h HRegV ist nämlich die «Art

der Zeichnungsberechtigung» ins Handelsregister einzutragen. Inhaltlich nichts anderes (wenn auch in anderem Wortlaut: «Art der Ausübung der Vertretung») sah der frühere Art. 641 Ziff. 8 aOR vor (E. 2.3.2).

[Rz 217] Die Lehrmeinungen zur neuen Handelsregisterverordnung und zu Art. 718a OR stellen sich denn auch einhellig auf den Standpunkt, dass die zur gemeinsamen Unterzeichnung befugten Personen bei Kollektivunterschriften namentlich bezeichnet werden können (E. 2.3.3). Es handelt sich dabei um eine eintragungsfähige Kombination, welche durch die Handelsregisterpraxis herausgebildet wurde. Zu einer Änderung dieser Praxis besteht kein Anlass (E. 2.3.3 und 2.3.4).

4. Fazit und Bemerkungen

[Rz 218] Bei der Eintragung von Kollektivunterschriften ins Handelsregister können die zur gemeinsamen Unterzeichnung befugten *Personen namentlich bezeichnet* werden. Das Bundesgericht bestätigt in diesem Entscheid seine Rechtsprechung (vgl. bereits BGE 121 III 368).

[Rz 219] Die Eintragung präzisierender Kombinationen von Kollektivunterschriften ist geboten, weil ansonsten die tatsächlich geltende Vertretungsbefugnis gegenüber der Öffentlichkeit verheimlicht würde und das Handelsregister einen täuschenden Eintrag enthielte. Daran ändert nichts, dass die Eintragung von präzisierten Kombinationen von Kollektivunterschriften dem Handelsregisteramt einen zusätzlichen Aufwand bereitet (BGE 142 III 204, E. 2.1 und 2.3.1) und unter Umständen zu langen, allenfalls gar unübersichtlichen Einträgen und praktischen Schwierigkeiten bei der Bewirtschaftung solcher Eintragungen führt (vgl. dazu BGE 142 III 204, Sachverhalt B.a).

[Rz 220] BGE 142 III 204 hatte ein Nachspiel, das zum *Urteil des Bundesgerichts 4A_208/2016 vom 6. September 2016* führte:

In BGE 142 III 204 wies das Bundesgericht die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz, das Verwaltungsgericht des Kantons Zug, zurück. Das Verwaltungsgericht regelte den Kostenpunkt seines kassierten Urteils neu. Der A. AG wurden keine Gerichtskosten auferlegt und eine Parteientschädigung wurde ihr auch nicht zugesprochen.

Die A. AG gelangte daraufhin mit Beschwerde ans Bundesgericht und rügte die willkürliche Anwendung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG), weil ihr keine Parteientschädigung zugesprochen wurde. Nach Art. 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG ZG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei im Rechtsmittelverfahren zu Lasten des Gemeinwesens eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen, wenn dessen Behörde als Vorinstanz einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Rechtsverletzung begangen hat.

Das Bundesgericht bejahte einen Verstoss gegen das Willkürverbot, weil der Nichteintragungsentscheid des Handelsregisteramts (in Bezug auf die Kollektivunterschriften) nicht vertretbar gewesen sei und im Widerspruch sowohl zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung als auch zur einhelligen Lehre und bewährten Handelsregisterpraxis stehe. Damit war eine offenbare Rechtsverletzung durch das Handelsregisteramt

gegeben, welche die Ausrichtung einer Parteientschädigung gebietet (Urteil des Bundesgerichts 4A_208/2016 vom 6. September 2016, E. 2.4.2).

VIII. Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts

1. Streitigkeit aus einem Privatgeschäft eines im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmers: BGE 142 III 96 (Urteil des Bundesgerichts 4A_405/2015 vom 26. Januar 2016)

A. Kernfrage

[Rz 221] Ist das Handelsgericht für die Beurteilung einer Streitigkeit aus einem *privaten* Geschäft einer Partei, die als Inhaber eines Einzelunternehmens im Handelsregister eingetragen ist, zuständig, sofern die Geschäftstätigkeit der anderen (ebenfalls im Handelsregister eingetragenen) Partei betroffen ist?

B. Sachverhalt

[Rz 222] Die A. AG reichte beim Bezirksgericht Zürich eine Forderungsklage gegen B. und C. ein.

[Rz 223] Anlass zum Streit bot ein Aktienkaufvertrag, in welchem B. und C. Aktien der D. AG an die E. AG verkauften. Die verkauften Aktien befanden sich im Privatvermögen von B. und C.

[Rz 224] Der Anspruch der Käuferin E. AG war der Klägerin A. AG im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens abgetreten worden, sodass die A. AG nun als Prozessstandschafterin handelte.

[Rz 225] Das Bezirksgericht Zürich erachtete sich als sachlich unzuständig und trat auf die Klage nicht ein.

[Rz 226] In der Folge gelangte die A. AG mit dem gleichen Rechtsbegehren ans Handelsgericht Zürich. Das Handelsgericht trat mangels sachlicher Zuständigkeit ebenfalls nicht auf die Klage ein.

[Rz 227] Die Klägerin erhob daraufhin Beschwerde ans Bundesgericht und verlangte u.a., der Beschluss des Handelsgerichts sei aufzuheben und das Handelsgericht als zuständig zu erklären.

C. Erwägungen

[Rz 228] Nach Art. 6 Abs. 2 ZPO gilt eine Streitigkeit als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (lit. a), gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht (lit. b) und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (lit. c, E. 3).

[Rz 229] Die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO waren vorliegend nicht strittig (E. 3.1 [nicht amtlich publiziert]).

[Rz 230] In Bezug auf die dritte Voraussetzung (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO) ging das Handelsgericht zwar davon aus, dass sowohl die A. AG als auch B. und C. als Inhaber von Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen sind. Allerdings genüge es für sich alleine nicht, dass eine Person als Inhaber eines Einzelunternehmens eintragen sei. Vielmehr müssten sich (im Prozess) zwei Unternehmen gegenüberstehen (E. 3.3).

[Rz 231] Das Handelsgericht differenzierte damit zwischen der natürlichen Person des Inhabers und der Rechtseinheit des Einzelunternehmens und folgerte daraus, der Sachverhalt müsse einen Bezug zur Rechtseinheit des Einzelunternehmens aufweisen, um als handelsrechtlich i.S.v. Art. 6 Abs. 2 ZPO zu gelten (E. 3.3).

[Rz 232] Im vorliegenden Fall befanden sich die verkauften Aktien (unstrittig) im Privatvermögen von B. und C. Die Verkäufer B. und C. wurden in den Kaufverträgen sowie im Vollzugsprotokoll zum Aktienkaufvertrag als Privatpersonen behandelt. Damit hatten sie den Verkauf der Aktien als Privatgeschäft getätigt (E. 3.3.1). Nach Ansicht des Handelsgerichts war daher die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO nicht erfüllt.

[Rz 233] Mit dem Erfordernis des Handelsregistereintrags der Parteien nach Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO wird (subjektiv) vorausgesetzt, dass es sich um einen Streit zwischen (selbständigen) Kaufleuten bzw. Unternehmen handelt. In subjektiver Hinsicht wird die handelsrechtliche Streitigkeit damit von einer durch eine Privatperson eingeleiteten Streitigkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO abgegrenzt (E. 3.3.3).

[Rz 234] Ein Bezug der Streitigkeit auf die «gegenseitige geschäftliche Tätigkeit» der beiden im Handelsregister eingetragenen Parteien ist demgegenüber nicht erforderlich (E. 3.3.3).

[Rz 235] Der Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit wird nämlich nicht durch Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO, sondern durch Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO geregelt. Danach genügt ein Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit *einer* Partei (E. 3.3.2).

[Rz 236] Der Umstand allein, dass sich die Streitigkeit auf ein Privatgeschäft von B. und C. bezieht, schliesst daher die Zuständigkeit des Handelsgerichts nicht aus (E. 3.3.5).

D. Fazit und Bemerkungen

[Rz 237] Sind beide Parteien als selbständige Kaufleute oder Unternehmen im Handelsregister eingetragen, genügt es zur Begründung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts, dass der Prozessgegenstand die Geschäftstätigkeit *einer* Partei betrifft. Das Bundesgericht lehnt sich im vorliegenden Entscheid an die in BGE 138 III 694 – im Zusammenhang mit der Beurteilung des Klägerwahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO – vorgenommene Auslegung des Begriffs der handelsrechtlichen Streitigkeit an und verlangt entsprechend dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO lediglich den Bezug zur Geschäftstätigkeit *einer* Partei zur Begründung der Zuständigkeit des Handelsgerichts.

[Rz 238] Natürliche Personen (Einzelpersonen) müssen indessen als *selbständige Kaufleute* im Handelsregister eingetragen sein. Es genügt nicht, dass sie in ihrer Eigenschaft als Organ eingetragen sind. Im Unterschied zum Inhaber eines Einzelunternehmens betreibt ein Organ nämlich kein eigenes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (BGE 142 III 96, E. 3.3.4). Bereits in BGE 140 III 409 hat das Bundesgericht – in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre³⁰ – ausgeführt, dass das Handelsgericht sachlich nicht zuständig ist, wenn der Beklagte lediglich in

³⁰ Vgl. BERGER BERNHARD, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, Art. 6 N 10; VOCK DOMINIK/NATER CHRISTOPH, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2013, Art. 6 N 12; VETTER MEINRAD, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 6 N 24.

seiner Eigenschaft als Organ (in diesem Fall als Geschäftsführer einer GmbH) im Handelsregister eingetragen ist (BGE 140 III 409, E. 2).³¹ Diese Einschränkung ist zu begrüssen.

[Rz 239] Das Bundesgericht hält sich im vorliegenden Entscheid bei der Auslegung von Art. 6 Abs. 2 ZPO eng an den Wortlaut der Bestimmung. Seine Rechtsprechung steht damit im Einklang mit der herrschenden Lehre, trägt aber dem Charakter der Handelsgerichte als Fachgerichte nur bedingt Rechnung. Aufgrund von Art. 6 Abs. 2 ZPO kann es nämlich durchaus sein, dass das Handelsgericht zwingend für miet- und arbeitsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist. In diesem Sinn hat das Bundesgericht in BGE 142 III 515 die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Bern für eine Mieterausweisung, die im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen beantragt wurde, bejaht. Zur Beurteilung solcher Streitigkeiten wären allerdings grundsätzlich Miet- und Arbeitsgerichte – soweit solche wie etwa im Kanton Zürich bestehen – besser geeignet. In diesen Fällen ist das Handelsgericht dann weniger ein Fachgericht als vielmehr ein «Standesgericht für Kaufleute [...], das auch Streitigkeiten durchaus bürgerlicher Natur beurteilt».³²

[Rz 240] Die durch die entsprechende Auslegung bedingte Zuständigkeitsordnung ist zudem mit Blick auf den Rechtsschutz problematisch, weil der Rechtsweg über das Handelsgericht lediglich eine kantonale Instanz vorsieht (Art. 6 Abs. 1 ZPO) und dem Rechtssuchenden damit eine Instanz entgeht. Ferner findet kein (laienfreundliches und kostengünstiges) Schlichtungsverfahren vor einer Schlichtungsbehörde statt (Art. 198 lit. f ZPO).

[Rz 241] Das Bundesgericht ruft im Entscheid zudem in Erinnerung, dass die Rechtseinheit Einzelunternehmen (vgl. dazu Art. 2 lit. a HRegV) keine Partei im Sinne der ZPO ist. Partei ist nur der Inhaber des Einzelunternehmens (BGE 142 III 96, E. 3.3.3).

2. Paulianische Anfechtungsklagen: BGE 141 III 527 (Urteil des Bundesgerichts 5A_89/2015 vom 12. November 2015)

A. Sachverhalt und Erwägungen

[Rz 242] Das Bundesgericht hatte die Frage zu beantworten, ob das Handelsgericht zur Beurteilung von paulianischen Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG, im vorliegenden Fall einer Absichtspauliana (Art. 288 SchKG), zuständig ist.

[Rz 243] Die paulianischen Anfechtungsklagen gehören zu den betriebsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht (E. 2.2).

[Rz 244] Das Handelsgericht ist für solche Klagen nicht zuständig (E. 2.3 und 2.3.3).

B. Bemerkungen

[Rz 245] Bereits in BGE 140 III 355 hatte das Bundesgericht im Rahmen der Beurteilung einer Widerspruchsklage nach Art. 108 Abs. 1 SchKG festgehalten, dass das Handelsgericht für die Beurteilung von betriebsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht nicht

³¹ Vgl. auch das Urteil des Handelsgerichts BE vom 19. März 2015 (HG 15 28), wonach der Eintrag als Kollektivgesellschaftler im Handelsregister als solcher keine Zuständigkeit des Handelsgerichts i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO begründet, wenn die Streitsache selbst – wie in casu – nicht mit der Gesellschaft oder der Eigenschaft des Beklagten als Gesellschafter zusammenhängt.

³² BERGER (Fn. 30), Art. 6 N 21.

zuständig ist. Im vorliegenden Entscheid bestätigt es seine Rechtsprechung und nimmt explizit auch Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG von der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts aus.

[Rz 246] In BGE 140 III 550 hat es zudem die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts bezüglich eines Wiedereintragungsverfahrens nach Art. 164 HRegV verneint. Dieses Verfahren fällt als Verfahren der *freiwilligen Gerichtsbarkeit* i.S.v. Art. 1 lit. b ZPO nicht unter den bundesrechtlichen Begriff der Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften gemäss Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO.

IX. Zustellung von Gerichtsentscheiden an juristische Personen: Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2016 vom 5. August 2016

1. Kernfrage

[Rz 247] An wen kann bei einer juristischen Person eine Gerichtsurkunde zugestellt werden, damit von einer rechtsgenügenden Zustellung auszugehen ist?

2. Sachverhalt

[Rz 248] Das Kantonsgericht Schaffhausen ordnete mit Verfügung die Auflösung und Liquidation der A. AG wegen eines Organisationsmangels an.

[Rz 249] Die Verfügung wurde der B. AG als Domizilhalterin der A. AG zugestellt.

[Rz 250] Die A. AG stellte später ein Gesuch um Wiederherstellung der Berufungsfrist, mit der Begründung, die Zustellung an die Domizilhalterin entfalte nur rechtliche Wirkung, wenn die Aushändigung an eine zur Entgegennahme berechnigte (natürliche) Person erfolge. Die Gerichtsurkunde sei aber von einer nicht zeichnungsberechnigten Person entgegengenommen worden, weshalb keine rechtsgenügende Zustellung erfolgt sei (E. 3.2).

[Rz 251] Das Obergericht wies das Gesuch der A. AG ab, woraufhin diese ans Bundesgericht gelangte.

3. Erwägungen

[Rz 252] Die B. AG als Domizilhalterin gewährt der A. AG an ihrem Sitz ein Rechtsdomizil (E. 3.1).

[Rz 253] Die A. AG kann daher an der Adresse der B. AG erreicht werden und es können ihr an dieser Adresse Gerichtsurkunden zugestellt werden (E. 3.1).

[Rz 254] Die Zustellung eines Gerichtsentscheids an eine juristische Person muss nicht zwingend von einer im Handelsregister als zeichnungs- bzw. vertretungsberechnigt aufgeführten Person entgegengenommen werden (E. 3.3).

[Rz 255] Die Zustellung ist nach Art. 138 Abs. 2 ZPO u.a. auch erfolgt, wenn eine angestellte Person der Adressatin die Sendung – auch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Ermächtigung zur Entgegennahme von Gerichtsurkunden – entgegennimmt (E. 3.3).

[Rz 256] Dies gilt auch bei der Zustellung an den Domizilhalter (E. 3.1).

4. Fazit und Bemerkungen

[Rz 257] Die Zustellung von Gerichtsurkunden an eine juristische Person bzw. an deren Domizilhalter muss nicht zwingend von einer im Handelsregister als zeichnungs- bzw. vertretungsbe-rechtigt aufgeführten Person entgegengenommen werden. Das Bundesgericht geht im Entscheid zu Recht davon aus, dass es genügt, wenn die Zustellung an eine angestellte Person der Adressatin erfolgt.

[Rz 258] Die Eintragung des Domizilhalters im Handelsregister hat im Übrigen keine konstitutive Wirkung, wie das Bundesgericht im Entscheid ausführt. Die A. AG hatte nämlich im bundesgerichtlichen Verfahren geltend gemacht, die B. AG sei nicht mehr als Domizilhalterin im Handelsregister eingetragen und damit ein Drittunternehmen ohne Ermächtigung zur Entgegennahme von eingeschriebenen Postsendungen, nachdem sie sich zuvor darauf berufen hatte, dass die B. AG ihre Domizilhalterin sei. Das Bundesgericht erachtete dieses Verhalten als widersprüchlich und treuwidrig (Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2016 vom 5. August 2016, E. 3.2).

X. Übertragung von Aktien und Aktienzertifikaten

1. Übertragung von unverbrieften Aktien aufgrund eines Generalversammlungsprotokolls: Urteil des Bundesgerichts 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016

A. Kernfrage

[Rz 259] Können unverbriefte Aktien aufgrund eines Generalversammlungsprotokolls übertragen werden?

B. Sachverhalt (gekürzt)

[Rz 260] C. war ursprünglich Alleinaktionär der A. SA. Jahre später wurde in einem Generalversammlungsprotokoll, das C. als Verwaltungsratspräsident und seine Ehefrau B. als Protokollführerin unterzeichneten, u.a. festgehalten, dass die Ehefrau B. als Geschäftsführerin ernannt werde und 20% der Aktien halte. Das Generalversammlungsprotokoll wurde dem Handelsregisteramt zur Eintragung der Geschäftsführungsbefugnis von B. ins Handelsregister eingereicht.

[Rz 261] Im Protokoll der nächsten Generalversammlung wurde festgehalten, dass C. und B. je 250 Aktien halten; das Protokoll war wiederum von C. und B. unterzeichnet.

[Rz 262] Die Aktien der A. SA waren nicht in Wertpapieren verbrieft.

[Rz 263] In der Folge zerstritten sich die Eheleute C. und B. und die Ehefrau B. beantragte Eheschutzmassnahmen.

[Rz 264] C. berief daraufhin eine Universalversammlung der A. SA ein, an der er (C. in der Funktion als «Tagespräsident») und sein Sohn als Sekretär, teilnahmen. Nachdem festgestellt wurde, dass sämtliche Aktien vertreten waren, wurden verschiedene Beschlüsse gefasst, u.a. dass B. nach Ablauf der Amtsdauer nicht als Geschäftsführerin wiedergewählt sei.

[Rz 265] B. war an der Versammlung nicht anwesend; sie war weder eingeladen noch über die Versammlung informiert worden.

[Rz 266] Gestützt auf das Protokoll der Versammlung wurde B. als Geschäftsführerin aus dem Handelsregister gelöscht.

[Rz 267] In der Folge hatte B. gegen die A. SA u.a. auf Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse der Universalversammlung geklagt.

[Rz 268] Die erste und zweite Instanz hiessen die Klage gut, woraufhin die A. SA mit Beschwerde ans Bundesgericht gelangte.

C. Erwägungen

[Rz 269] Die Aktionärseigenschaft von B. – und damit ihre Legitimation zur Erhebung der Klage – ist im vorliegenden Fall bestritten (E. 2.3).

[Rz 270] Die Aktionärseigenschaft des Klägers stellt eine *doppelrelevante Tatsache* dar. Ist sie umstritten, hat das Gericht auf die Klage einzutreten und die Aktionärseigenschaft im Rahmen der materiellen Begründetheit der Klage zu prüfen (E. 2.3).

[Rz 271] Die Übertragung von Aktien, die nicht in einem Wertpapier verbrieft sind, folgt den Regeln der Forderungsabtretung (E. 3).

[Rz 272] Die Abtretung bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 OR). Dabei bezieht sich die Schriftform auf alle wesentlichen Punkte des Abtretungsvertrags, so insbesondere auf den Willen des Zedenten, die Gläubigerstellung an den Zessionar zu übertragen. Dieser Wille muss sich nicht ausdrücklich manifestieren und der Abtretungsakt muss auch nicht als solcher bezeichnet sein. Es genügt, dass der Wille zur Abtretung sich nach Treu und Glauben aus dem schriftlichen Vertrag ableiten lässt (E. 4.1).

[Rz 273] Im vorliegenden Fall genügen die Generalversammlungsprotokolle diesen Anforderungen, weil sie implizit den Übertragungswillen des Zedenten C. enthalten (E. 4.3).

[Rz 274] Die Formvorschriften zur Übertragung von unverbrieften Aktien sind somit erfüllt (und B. damit Aktionärin), sodass die Beschwerde der A. SA in diesem Punkt unbegründet war (E. 4.3).

2. Übertragung von Aktienzertifikaten: Urteil des Bundesgerichts 5A_454/2015 vom 5. Februar 2016

[Rz 275] Im Kontext einer Scheidung hatte sich das Bundesgericht zur Übertragung von Aktienzertifikaten zu äussern.

[Rz 276] Im vorliegenden Fall war die Form der Übertragungserklärung (auf dem Wertpapier selbst oder in einem separaten Dokument) nicht geklärt. Demnach blieb offen, ob das Verfügungsgeschäft betreffend die Aktienzertifikate in Form eines Blankoindossaments oder in derjenigen einer Blankozession (wie die Vorinstanz annahm; vgl. E. 3.1) vorlag (E. 3.3).

[Rz 277] Aktienzertifikate können auf beide Arten übertragen werden (E. 3.3).

[Rz 278] Ein erheblicher Unterschied zwischen Zession und Indossament besteht hinsichtlich ihrer Abhängigkeit von einem sie rechtfertigenden Rechtsgrund (E. 3.3). Das Indossament bedarf zu seiner Wirksamkeit eines gültigen Grundgeschäfts und ist damit kausal. Bezüglich der Zession ist demgegenüber umstritten, ob sie kausal oder abstrakt (unabhängig vom Bestand des Grundgeschäfts wirksam) ist (E. 3.3). Die Lehre tendiert im wertpapierrechtlichen Kontext eher zur Kausalität der Zession (E. 3.3).

[Rz 279] Die Frage nach der Rechtsnatur der Zession konnte im Entscheid indessen offengelassen werden. Im Zeitpunkt der Übergabe der Aktienzertifikate war nämlich der Wille der Parteien auf Eigentumsübertragung gerichtet gewesen. In diesem Fall könne, so das Bundesgericht, ohne Weiteres ein konkludent abgeschlossenes Grundgeschäft angenommen werden, zumal weder der Übertragungswille noch die Tatsache, dass ein Rechtsgrund für die Übertragung bestanden habe, von den Parteien bestritten werde (E. 3.3).

[Rz 280] Zur Feststellung, welcher (konkrete) Rechtsgrund im vorliegenden Fall gegeben war, wies das Bundesgericht die Sache – unter Ergänzung des Sachverhalts – zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück (E. 3.3).

3. Fazit und Bemerkungen zu den Urteilen des Bundesgerichts 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016 und 5A_454/2015 vom 5. Februar 2016

[Rz 281] Das Bundesgericht anerkennt im Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016, dass unverbrieft Aktien aufgrund eines Generalversammlungsprotokolls übertragen werden können, wenn sich aus dem Protokoll wenigstens implizit der Übertragungswille des Zedenten ergibt. Ob das Verpflichtungsgeschäft zum Verfügungsvertrag der Zession in einem *abstrakten oder kausalen* Verhältnis steht, hat das Bundesgericht im Entscheid offengelassen (Urteil des Bundesgerichts 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016, E. 5.1). Auch im Urteil 5A_454/2015 vom 5. Februar 2016 wurde die Frage nach der Rechtsnatur der Zession offengelassen, weil die Beantwortung nicht entscheidenderheblich war.

Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. MLaw ALICE KÄCH und MLaw SIMON LEU sind wissenschaftliche Assistenten an der Universität Luzern. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den KARIN MÜLLER am 16. November 2016 im Rahmen einer Weiterbildung an der Universität Luzern gehalten hat.