

Karin Müller / Simon Leu

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht – Teil 2

Im Beitrag finden Sie eine Zusammenstellung von in der amtlichen Sammlung publizierten und weiteren wichtigen (nicht amtlich publizierten) Entscheiden des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht von Oktober 2016 bis Oktober 2017 (vgl. für Teil 1: Jusletter 30. April 2018). 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; Obligationenrecht

Zitiervorschlag: Karin Müller / Simon Leu, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht – Teil 2, in: Jusletter 7. Mai 2018

Inhaltsübersicht

- I. Aktionärbindungsvertrag; übermässige Bindung: BGE 143 III 480 (Urteil des Bundesgerichts 4A_45/2017 vom 27. Juni 2017)
 1. Kernfrage
 2. Sachverhalt
 3. Erwägungen
 4. Fazit
 5. Bemerkungen
- II. Einfache Gesellschaft
 1. Aktivlegitimation, notwendige Streitgenossenschaft und Parteiwechsel: Urteil des Bundesgerichts 4A_357/2016 vom 8. November 2016, auszugsweise publiziert in BGE 142 III 782
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt (gekürzt)
 - C. Erwägungen
 - D. Fazit
 - E. Bemerkungen
 2. Auflösung und Liquidation: Mehrwert eines Gesellschafterbeitrags: Urteil des Bundesgerichts 4A_245/2016 vom 19. Dezember 2016
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen
 - D. Fazit
 - E. Bemerkungen
 3. Umwandlung einer Erbgemeinschaft in eine einfache Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 5A_392/2017 vom 24. August 2017
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt und Erwägungen
 - C. Fazit
 - D. Bemerkungen
- III. Unentgeltliche Rechtspflege für juristische Personen und Auflösung wegen fehlenden Rechtsdomizils: BGE 143 I 328 (Urteil des Bundesgerichts 4A_75/2017 vom 22. Mai 2017)
 1. Kernfragen
 2. Sachverhalt
 3. Erwägungen
 4. Fazit
 5. Bemerkungen
- IV. Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts
 1. Vereinfachtes Verfahren: BGE 143 III 137 (Urteil des Bundesgerichts 4A_648/2016 vom 27. Februar 2017)
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen
 - D. Fazit
 2. Vereinfachtes Verfahren: Urteil des Bundesgerichts 4A_340/2017 vom 24. Juli 2017
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt
 - C. Erwägungen
 - D. Fazit
 3. Unzulässigkeit der vorgängigen Vereinbarung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts im Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts: BGE 142 III 623 (Urteil des Bundesgerichts 4A_242/2016 vom 5. Oktober 2016)
 - A. Kernfrage
 - B. Sachverhalt (gekürzt)

- C. Erwägungen (ohne die Ausführungen zur Parteibezeichnung und zum Parteiwechsel)
- D. Fazit
- 4. Bemerkungen zu den Urteilen zur sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts

I. **Aktionärbindungsvertrag; übermässige Bindung: BGE 143 III 480 (Urteil des Bundesgerichts 4A_45/2017 vom 27. Juni 2017)**

1. **Kernfrage**

[Rz 1] Wann ist ein Aktionärbindungsvertrag übermässig bindend im Sinne von Art. 27 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB)?

2. **Sachverhalt¹**

[Rz 2] Im Jahr 1985 gründeten B., A. und C. die D. AG. Alle drei Aktionäre nahmen Einsitz im Verwaltungsrat und schlossen in der Folge einen Aktionärbindungsvertrag (ABV) ab. Unter anderem enthielt der ABV Bestimmungen betreffend eines Vorkaufsrechts, einen Anspruch der drei Gründeraktionäre auf ein Verwaltungsratsmandat bei der D. AG sowie eine Klausel, gemäss welcher B. ab einem gewissen Betrag am Lohn bzw. an einer Lohnerhöhung des A. partizipieren sollte. Für den Fall einer Verletzung des ABV wurde eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 40'000 pro Widerhandlungsfall vereinbart. Der Vertrag wurde «unkündbar auf unbestimmte Dauer» abgeschlossen (Sachverhalt lit. A.a).

[Rz 3] Im Jahr 1986 schied B. aus dem Verwaltungsrat aus. Weil Gespräche über eine Anpassung des ABV in der Folge scheiterten, kündigte A. im April 1999 den ABV. B. widersetzte sich der Kündigung und beantragte in den Folgejahren – letztmals im Juni 2014 – an den Generalversammlungen erfolglos seine Wahl in den Verwaltungsrat der D. AG. Auf Ende 2001 schieden auch A. und C. aus dem Verwaltungsrat aus und A. beendete seine Tätigkeit als Geschäftsführer der D. AG. Im Januar 2004 verstarb C. (Sachverhalt lit. A.b und A.c).

[Rz 4] Im Mai 2013 reichte B. beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden Klage ein und beantragte, A. sei viermal zur Zahlung der Konventionalstrafe (insgesamt CHF 160'000 zuzüglich Zinsen) an ihn (B.) zu verurteilen (dreimal wegen nicht erfolgter Wahl in den Verwaltungsrat und einmal wegen Nichtbeteiligung an der Abgangsentschädigung von A.). Zudem sei A. zu verpflichten, ihn an der nächsten Generalversammlung der D. AG in den Verwaltungsrat zu wählen, und es sei A. zu verbieten, ihn als Verwaltungsrat der D. AG abzuwählen, solange er sich für dieses Amt zur Verfügung stelle und Aktionär der D. AG sei, beides unter Androhung von Busse nach Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) für den Unterlassungsfall (Sachverhalt lit. B.).

[Rz 5] Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden hiess das Begehren bezüglich der Konventionalstrafen vollumfänglich gut und verpflichtete A. zudem, B. an der nächsten Generalversammlung der D. AG in deren Verwaltungsrat zu wählen. Die gegen diesen Entscheid von A. einge-

¹ Die Sachverhaltsverweise beziehen sich auf die unpublizierte Fassung des Entscheids. Im publizierten Urteil ist der Sachverhalt zusammengefasst.

reichte Berufung wies das Obergericht Appenzell Ausserrhoden ab. A. gelangte in der Folge mit Beschwerde ans Bundesgericht (Sachverhalt lit. B. und C.).

3. Erwägungen

[Rz 6] A. bestritt im kantonalen Verfahren die Rechtswirksamkeit des ABV wegen der 1999 vorgenommenen Vertragskündigung sowie wegen übermässiger, die Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 ZGB verletzender Bindung (E. 3).

[Rz 7] Die Vorinstanz stellte fest, dass eine ordentliche Kündigung nicht möglich war, weil die Parteien im ABV die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung rechtswirksam ausgeschlossen hätten. Die von A. im April 1999 gestützt auf Art. 546 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) vorgenommene Kündigung sei ungültig. Art. 546 Abs. 1 OR sei keine zwingende Bestimmung (E. 3.1).

[Rz 8] Nach Ansicht der Vorinstanz hätte die Beendigung des vorliegend gesellschaftsrechtlich ausgestalteten ABV mit Gestaltungsklage nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR geltend gemacht werden müssen. Weil dies nicht erfolgt sei, sei der ABV weiterhin rechtswirksam. Nichtigkeit aufgrund von Art. 27 Abs. 2 ZGB liege nicht vor, weil der ABV nicht den höchstpersönlichen Kernbereich der Parteien betreffe (E. 3.2).

[Rz 9] Vor Bundesgericht rügte A. (lediglich noch), die Vorinstanz habe Art. 27 Abs. 2 ZGB verletzt, indem sie bei einem persönlichkeitsverletzenden Aktionärbindungsvertrag ausserhalb des (höchstpersönlichen) Kernbereichs nach Art. 27 Abs. 2 ZGB eine Kündigung (bzw. eine Gestaltungsklage) verlange. Damit werde die klare dogmatische Grenze zwischen Kündigung aus wichtigem Grund und Nichtigkeit verwischt (E. 4).

[Rz 10] Das Bundesgericht führt dazu aus: Bei der Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB geht es nicht um einen Anwendungsfall der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund. Der Unterschied besteht darin, dass sich der wichtige Grund für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses in aller Regel aus einer Veränderung der objektiven Vertragsgrundlagen oder der persönlichen Verhältnisse einer Vertragspartei ergibt. Die übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB resultiert demgegenüber vor allem aus der Vertragsgestaltung selbst in Verbindung mit der Bindungsdauer (E. 4.2).

[Rz 11] Eine gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossende übermässige Bindung führt nicht zu einer von Amtes wegen festzustellenden Nichtigkeit, soweit nicht der höchstpersönliche Kernbereich einer Person betroffen ist. Gegen den Erfüllungsanspruch des Kontrahenten besitzt die zu schützende Person vielmehr eine «Einrede» im untechnischen Sinn und sie kann die Erfüllung des Vertrags verweigern. Es ist weder eine Kündigung noch eine Klage nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR erforderlich (E. 4.2).

[Rz 12] Die Legitimation von B., mittels Klage Realerfüllung des ABV (Wahl in den Verwaltungsrat) sowie Leistungen (Konventionalstrafen) an sich selbst zu verlangen, wird von den Parteien nicht bestritten. Bezüglich der Einreden des A. gegen die Klage ist zu beachten, dass der ABV spätestens nach dem Tod von C. zu einem Zweiparteienvertrag wurde. Der ABV ist daher bezüglich möglicher Einreden wie ein Zweiparteienverhältnis zu behandeln. A. kann den eingeklagten Ansprüchen somit entgegenhalten, sie bestünden nicht, weil der sie begründende ABV übermässig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB und damit nicht rechtswirksam sei (E. 4.3).

[Rz 13] Bei der Berufung auf eine Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Geltendmachung der übermässigen Bindung massgebend und nicht diejenigen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wie bei der Berufung auf Nichtigkeit (E. 5).

[Rz 14] Nach Art. 27 Abs. 2 ZGB kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grad beschränken. So können Verträge nicht auf ewige Zeit abgeschlossen werden. Fehlt bei einem Dauervertrag eine Kündigungsmöglichkeit, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, wann der Zeitpunkt zur Beendigung des Vertragsverhältnisses gekommen ist. Ein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB kann bei einer vertraglichen Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit erst dann angenommen werden, wenn der Verpflichtete der Willkür eines anderen ausgeliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufgehoben oder derart beschränkt wird, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind (E. 5.4).

[Rz 15] Art. 27 ZGB schützt vor übermässiger Bindung und nicht vor langer Vertragsdauer (E. 5.4).

[Rz 16] Bei der Geltendmachung einer übermässigen vertraglichen Bindung kommt es auf die tatsächliche Handhabung des Vertrags an. Massgebend ist die tatsächliche Freiheitsbeschränkung bzw. inwieweit der Berechtigte sie einfordert (E. 5.5).

[Rz 17] Klagt der Berechtigte aus einem ABV zwar nur einzelne Ansprüche ein, beharrt er aber auf der Gültigkeit des gesamten ABV, so hängt die Beurteilung der Übermässigkeit von der Gesamtheit der durch den ABV geregelten Gegenstände, den den Parteien auferlegten Pflichten sowie deren Dauer ab (E. 5.5).

[Rz 18] A. ist im vorliegenden Fall durch den ABV nicht in den Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet (E. 5.6.1). Eine lange Bindung ist zulässig, wenn sie mit der Aktionärs-eigenschaft verknüpft ist und der Aktionär seine Stellung zu fairen, nicht erheblich erschwerten Bedingungen aufgeben kann. Eine übermässige Bindung kann jedoch dann bestehen, wenn diese die gesamte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einer Vertragspartei bezüglich der Nachfolgeregelung betrifft und dadurch zugleich in deren persönliches Betätigungsfeld eingreift (E. 5.6.2).

[Rz 19] Aus der Ausgestaltung des Vorkaufsrechts im ABV als solchem ist im vorliegenden Fall keine übermässige (persönliche) Bindung abzuleiten. Die einschränkende Wirkung des Vorkaufsrechts ist aber bei einer Gesamtbetrachtung (des ABV) mitzuberücksichtigen (E. 5.6.2).

[Rz 20] Auch der im ABV vorgesehene Beteiligungsanspruch des B. am Lohn von A. kann als solcher keine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB begründen. Es handelt sich dabei bloss um eine ursprünglich inäquivalente «Preisabrede», die bei positiver Entwicklung des Unternehmens zu einer nicht unvorhersehbaren Vergrösserung des Ungleichgewichts von Leistung und (Nicht-)Gegenleistung führen kann (E. 5.6.2).

[Rz 21] Werden die Aktien im Rahmen einer Nachfolgeregelung übertragen, ändert sich aber die Situation. Weil auch der ABV auf einen Rechtsnachfolger übertragen werden muss, kann die Nachfolgeregeneration Lohnerhöhungen nur unter den im ABV statuierten Bedingungen vornehmen (d.h. mit Beteiligung von B. an der Lohnerhöhung). Dies erschwert die Unternehmensnachfolge, weil damit die Vereinigung von Aktionärsstellung und Geschäftsführung in einer Person wesentlich unattraktiver wird (E. 5.6.2). Zudem erschweren weitere Bestimmungen des ABV (z.B. Anspruch von B., der *nota bene* im operativen Geschäft der D. AG keinerlei Aufgaben wahrnimmt, auf Wahl in den Verwaltungsrat der D. AG) die Planung der Unternehmensnachfolge (E. 5.6.2).

[Rz 22] Indem der ABV bereits mehr als 30 Jahre Bestand hat, bewirkt seine Ausgestaltung eine erheblich einschneidende Beschränkung der persönlichen Gestaltungsfreiheit von A. bei der

Nachfolgeregelung. Der ABV ist somit übermässig beschränkend und nicht mit Art. 27 Abs. 2 ZGB vereinbar. Er ist zeitlich zu begrenzen und fällt daher mit Wirkung *ex nunc* dahin. A. kann demzufolge nicht verpflichtet werden, B. an der kommenden Generalversammlung in den Verwaltungsrat der D. AG zu wählen (E. 5.6.2).

[Rz 23] Der im ABV vorgesehene Beteiligungsanspruch des B. am Lohn von A., der nach dem Zweck der entsprechenden Vertragsklausel vorliegend auch an der Abgangsentschädigung des A. besteht, ist verjährt (E. 6, 6.1 und 6.2 [unpubliziert]). Zwar bewirkt die Verjährung nicht den Untergang der Forderung, sondern wandelt die Forderung in eine Naturalobligation, deren Erfüllung grundsätzlich auch mit einer Konventionalstrafe gesichert werden kann. Dazu bedarf es indessen einer entsprechenden Vereinbarung, die vorliegend nicht getroffen wurde (E. 6.3 [unpubliziert]). Unter Vorbehalt einer abweichenden Abrede verjährt daher mit der Verjährung der gesicherten Forderung auch die Konventionalstrafe, sodass vorliegend keine Konventionalstrafe geschuldet ist (E. 6.3 und 7 [unpubliziert]).

[Rz 24] Die Beschwerde wurde teilweise gutgeheissen (dreifache Konventionalstrafe aufgrund der Nichtwahl des B. in den Verwaltungsrat, weil der ABV zu diesem Zeitpunkt noch gültig war), im Übrigen abgewiesen (E. 6.4 und 7 [unpubliziert]).

4. Fazit

[Rz 25] Art. 27 ZGB schützt vor übermässiger Bindung und nicht vor langer Vertragsdauer.

[Rz 26] Eine lange Bindung im Rahmen eines ABV ist zulässig, wenn sie mit der Aktionärseigenschaft verknüpft ist und der Aktionär seine Stellung zu fairen, nicht erheblich erschwerten Bedingungen aufgeben kann.

[Rz 27] Eine übermässige Bindung kann jedoch dann bestehen, wenn diese die gesamte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einer Vertragspartei bezüglich der Nachfolgeregelung betrifft und dadurch zugleich in deren persönliches Betätigungsfeld eingreift.

[Rz 28] Daraus ergibt sich, dass auch auf längere Zeit abgeschlossene bzw. bestehende ABV (*in casu* rund 30 Jahre) nicht *per se* eine übermässige vertragliche Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB darstellen. Eine übermässige Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit kann jedoch dann vorliegen, wenn die Bestimmungen des ABV die Planung der Unternehmensnachfolge durch einen Gesellschafter beträchtlich und in unverhältnismässiger Weise erschweren.

[Rz 29] Die übermässig gebundene Partei kann einredeweise die Vertragserfüllung verweigern. Um sich von einem übermässig bindenden Vertrag im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB zu lösen, bedarf es somit keiner Kündigungserklärung und erst recht nicht einer Gestaltungsklage nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR.

5. Bemerkungen

[Rz 30] Das Bundesgericht musste sich in vorliegender Entscheidung mit der Frage befassen, ob der im Streit liegende Aktionärbindungsvertrag übermässig bindend im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB und damit ungültig war. Dabei führt es aus, dass sich auch aus einem auf längere Zeit – *in casu* rund 30 Jahre – abgeschlossenen bzw. bestehenden Aktionärbindungsvertrag nicht *per se* eine übermässige vertragliche Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB ergebe. Eine übermässige Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit kann jedoch dann vorliegen, wenn die Bestimmungen

des Aktionärbindungsvertrags die Planung der Unternehmensnachfolge durch einen Gesellschafter beträchtlich und in unverhältnismässiger Weise erschweren, wie dies vorliegend der Fall war (BGE 143 III 480, E. 5.6.2).

[Rz 31] Das Bundesgericht bestätigt im Entscheid seine Rechtsprechung, wonach eine gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossende übermässige Bindung nicht zu einer von Amtes wegen festzustellenden Nichtigkeit führt, soweit nicht der höchstpersönliche Kernbereich einer Person betroffen ist (BGE 143 III 480, E. 4.2).²

[Rz 32] Die zu schützende Person besitzt gegen den Erfüllungsanspruch des Kontrahenten eine «Einrede» im untechnischen Sinn. Wird sie aus dem Vertrag in Anspruch genommen, kann sie die Vertragserfüllung einredeweise verweigern. Um sich von einem übermässig bindenden Vertrag im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB zu lösen, bedarf es demnach keiner Kündigungserklärung und auch nicht einer Gestaltungs- oder Auflösungsklage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR (BGE 143 III 480, E. 4.2).³

[Rz 33] Das Bundesgericht führt zudem aus, bei der Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB handle es sich nicht um einen Anwendungsfall der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund. Der Unterschied bestehe darin, dass sich der wichtige Grund für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses in aller Regel aus einer Veränderung der objektiven Vertragsgrundlagen oder der persönlichen Verhältnisse einer Vertragspartei ergeben würden, während die übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB vor allem aus der Vertragsgestaltung selbst in Verbindung mit der Bindungsdauer resultiere (BGE 143 III 480, E. 4.2). Im Einzelfall können sich – wie auch der vorliegende Fall zeigt – Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben (BGE 143 III 480, E. 4.2).

[Rz 34] Die «dogmatische Hauptfrage»,⁴ die sich im Zusammenhang mit einem Aktionärbindungsvertrag stellt, ist die Frage nach dessen Dauer.⁵ Die Bindung der Aktionäre für die (unbestimmte) Dauer des Bestehens der Gesellschaft gilt als übermässig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB.⁶

[Rz 35] Zulässig ist es demgegenüber, den Aktionärbindungsvertrag auf *Lebenszeit eines Gesellschafters*⁷ oder für die *Dauer der Aktionärseigenschaft*⁸ abzuschliessen. Wurde der Vertrag auf Lebenszeit des Aktionärs abgeschlossen, besteht die Möglichkeit einer Kündigung nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 i.V.m. Art. 546 Abs. 1 OR. Erfolgte der Abschluss des Aktionärbindungsvertrags demgegenüber für die Dauer der Aktionärseigenschaft, handelt es sich zwar nicht um eine eigentliche zeitliche Begrenzung des Vertrags, sondern in erster Linie um eine Regelung des Ausscheidens einzelner Beteiligter unter Fortbestand des Vertragsverhältnisses mit den anderen Ge-

² BGE 129 III 209, E. 2.2.

³ Vgl. auch BGE 129 III 209, E. 2.2.

⁴ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 575.

⁵ WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006, Art. 530 N 285.

⁶ Vgl. BÖCKLI (Fn. 4), § 12 N 576 m.w.H.; FELLMANN/MÜLLER (Fn. 5), Art. 530 N 285 f. Ist ein Aktionärbindungsvertrag an die Existenz der Gesellschaft gekoppelt, ist er nur scheinbar befristet. Weil in der Sache ein unbefristeter Vertrag vorliegt, soll er nach Art. 546 Abs. 1 OR gekündigt werden können (HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 11 N 32).

⁷ Vgl. VON DER CRONE (Fn. 6), § 11 N 31; FELLMANN/MÜLLER (Fn. 5), Art. 530 N 286 m.w.H.; vgl. auch BGE 106 II 226.

⁸ Vgl. BÖCKLI (Fn. 4), § 12 N 577; VON DER CRONE (Fn. 6), § 11 N 33; FELLMANN/MÜLLER (Fn. 5), Art. 530 N 288.

sellschaftern.⁹ Im Ergebnis liegt (für den einzelnen Gesellschafter) aber ein befristeter Vertrag vor, sodass vom Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit nach Art. 546 Abs. 1 OR auszugehen ist, soweit nichts anderes bestimmt ist. Weil Art. 546 Abs. 1 OR dispositives Recht ist, kann die Kündigungsmöglichkeit ausgeschlossen werden.¹⁰ Solange der Vertrag dem Gesellschafter die Möglichkeit einräumt, unter vertretbaren Bedingungen auszuschcheiden, ist eine solche Klausel unproblematisch.¹¹

[Rz 36] Ist eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen, kann der Vertrag bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ausserordentlich gekündigt werden. Bei einem auf eine bestimmte Dauer abgeschlossenen Aktionärbindungsvertrag ist dies beispielsweise der Fall, wenn sich die objektiven Vertragsgrundlagen oder die persönlichen Verhältnisse einer Vertragspartei geändert haben.¹² Im Einzelfall kann sich der Aktionärbindungsvertrag auch als übermässig erweisen und eine vorzeitige Auflösung gestützt auf Art. 27 ZGB zulässig sein.¹³

[Rz 37] Bisweilen werden Aktionärbindungsverträge «auf unbestimmte Zeit» abgeschlossen, um eine möglichst lange Bindung der Aktionäre zu gewährleisten. Eine solche Abrede bewirkt indes das Gegenteil, indem der Vertrag nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 i.V.m. Art. 546 Abs. 1 OR unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten jederzeit gekündigt werden kann.¹⁴

[Rz 38] Im vorliegenden Fall hat der Kläger einerseits auf Realerfüllung des Aktionärbindungsvertrags geklagt, indem er seine Wahl in den Verwaltungsrat der Gesellschaft verlangt hatte. Andererseits hat er eine Leistungsklage auf Zahlung der Konventionalstrafe an sich selbst erhoben. Das Bundesgericht ist dabei nicht näher auf die Problematik eingegangen, wer im vorliegenden Fall legitimiert ist, Ansprüche aus dem Aktionärbindungsvertrag geltend zu machen und an wen Leistung verlangt werden kann. Es hat dazu ausgeführt, die Parteien hätten sich nicht zur Legitimation des Klägers geäussert. «Mangels entsprechender Rügen hat es damit sein Bewenden» (BGE 143 III 480, E. 4.3). Im Folgenden konzentriert es sich dann auf die Frage der Einreden bzw. darauf, gegen wen die Einrede der Verweigerung der Vertragserfüllung geltend gemacht werden kann. Weil nach dem Tod der dritten Partei der Aktionärbindungsvertrag zu einem Zweiparteienverhältnis geworden ist, sei der Vertrag bezüglich möglicher Einreden wie ein Zweiparteienvertrag zu behandeln und die Verweigerung der Vertragserfüllung könne daher der anderen Partei entgegengehalten werden (BGE 143 III 480, E. 4.3). Dies ist grundsätzlich richtig, weil bei Zweiparteiengesellschaften eine in ihren Wirkungen analoge Situation zu einem Austauschvertrag besteht.¹⁵ Die Frage jedoch, wer an wen hätte Leistung verlangen können und müssen, bleibt damit letztlich unbeantwortet.

⁹ VON DER CRONE (Fn. 6), § 11 N 33.

¹⁰ BGE 106 II 226, E. 2.a.

¹¹ FELLMANN/MÜLLER (Fn. 5), Art. 530 N 288; vgl. auch BGE 143 III 480, E. 5.6.2; BÖCKLI (Fn. 4), § 12 N 577.

¹² Vgl. auch BGE 143 III 480, E. 4.2.

¹³ FELLMANN/MÜLLER (Fn. 5), Art. 530 N 286.

¹⁴ Vgl. FELLMANN/MÜLLER (Fn. 5), Art. 530 N 287.

¹⁵ Vgl. FELLMANN/MÜLLER (Fn. 5), Art. 531 N 183.

II. Einfache Gesellschaft

1. Aktivlegitimation, notwendige Streitgenossenschaft und Parteiwechsel: Urteil des Bundesgerichts 4A_357/2016 vom 8. November 2016, auszugsweise publiziert in BGE 142 III 782

A. Kernfrage

[Rz 39] Kann die fehlende notwendige Streitgenossenschaft während des Prozesses durch einen Parteiwechsel herbeigeführt werden?

B. Sachverhalt (gekürzt)

[Rz 40] Eine einfache Gesellschaft, bestehend zuerst aus sieben, später fünf Gesellschaftern, hatte ein Grundstück gekauft mit dem Zweck, es zu überbauen und die dabei erstellten Wohnungen anschliessend zu verkaufen. Gegen zwei (nach kantonalem Recht erforderliche) Veräusserungsbewilligungen erhob X. (Drittperson) Rekurs, der von den kantonalen Gerichten abgewiesen wurde (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 41] Während des Beschwerdeverfahrens hatte die Gesellschafterin B., eine Kommanditgesellschaft, ihre Rechte an zwei Wohnungen an die G. SA abgetreten. Nach Abschluss des Verfahrens erhoben die fünf einfachen Gesellschafter, unter ihnen auch B., eine Schadenersatzklage gegen X. und machten geltend, durch die Beschwerdeerhebung sei ihnen ein Schaden entstanden, weil die Wohnungen während des Verfahrens leer und unverkäuflich geblieben seien (Sachverhalt lit. B.a).

[Rz 42] X. beantragte die Abweisung der Klage, weil B. nach dem Verkauf der Wohnungen nicht mehr aktivlegitimiert sei. An der Verhandlung erklärten die einfachen Gesellschafter, die G. SA trete anstelle von B. in den Prozess ein. X. widersetzte sich ausdrücklich dem Parteiwechsel (Sachverhalt lit. B.a).

[Rz 43] Das Verfahren wurde anschliessend auf die Frage der notwendigen Streitgenossenschaft der Kläger beschränkt (Sachverhalt lit. B.a).

[Rz 44] Das erstinstanzliche Gericht kam zum Schluss, dass es an der Aktivlegitimation fehlte, weil die G. SA als Nachfolgerin von B. in der einfachen Gesellschaft nicht gemeinsam mit den anderen Gesellschaftern die Klage erhoben hatte. Dieses Urteil wurde vom zweitinstanzlichen Gericht bestätigt (Sachverhalt lit. B.a).

[Rz 45] Daraufhin erhoben die fünf einfachen Gesellschafter, unter ihnen (wiederum) B., Beschwerde ans Bundesgericht und machten geltend, B. sei es gestattet gewesen, sich durch die G. SA im Verfahren ersetzen zu lassen (Sachverhalt lit. C.).

C. Erwägungen

[Rz 46] Einzig von Bedeutung ist im vorliegenden Fall die Frage, ob innerhalb der notwendigen Streitgenossenschaft ein Parteiwechsel von B. durch die G. SA zulässig war (E. 3).

[Rz 47] Die einfache Gesellschaft ist keine juristische Person, sondern eine Rechtsgemeinschaft. Sie hat keine Rechtspersönlichkeit und ist weder partei- noch prozessfähig (E. 3.1.1).

[Rz 48] Die einfachen Gesellschafter müssen als notwendige Streitgenossen auftreten und gemeinsam klagen. Die notwendige Streitgenossenschaft ergibt sich aus dem materiellen Recht.

Sowohl für die Einleitung eines Verfahrens als auch für die Erhebung eines Rechtsmittels müssen die notwendigen Streitgenossen gemeinsam handeln (E. 3.1.2).

[Rz 49] Nur im Notfall kann ein einfacher Gesellschafter allein, in eigenem Namen und als Vertreter der Gemeinschaft handeln, um die Interessen der Gesellschaft zu wahren (E. 3.1.2).

[Rz 50] Das Schlichtungsgesuch bzw. die Klage, wenn das Schlichtungsverfahren entfällt, muss von allen einfachen Gesellschaftern, die namentlich bezeichnet werden müssen, eingereicht werden. Die Nennung allein der einfachen Gesellschaft, die keine Parteifähigkeit hat, ist ungenügend (E. 3.1.3).

[Rz 51] Wird eine Klage gegen eine Person erhoben, die nicht passivlegitimiert ist, hat das Gericht auf die Klage einzutreten und sie abzuweisen. Gleiches gilt, wenn die Klage von jemandem erhoben wird, der nicht aktivlegitimiert ist. Ist die Klage daher nicht von allen Mitgliedern der einfachen Gesellschaft, die nur gemeinsam als notwendige Streitgenossen handeln können, erhoben worden, muss sie wegen fehlender Aktivlegitimation abgewiesen werden (E. 3.1.4).

[Rz 52] Eine ungenaue Parteibezeichnung kann vom Richter berichtigt werden, während ein Parteiwechsel nur unter den Voraussetzungen von Art. 83 der Zivilprozessordnung (ZPO) zulässig ist (E. 3.2).

[Rz 53] Die ungenaue Parteibezeichnung und die fehlende Aktiv- bzw. Passivlegitimation dürfen nicht verwechselt werden. Fehlt es an der Aktiv- bzw. Passivlegitimation, weil nicht der Inhaber des Rechts geklagt hat bzw. nicht der Verpflichtete eingeklagt wurde, kann dieser Fehler nicht berichtigt werden, vielmehr führt dies zur Abweisung der Klage (E. 3.2.2).

[Rz 54] Ein Parteiwechsel ist zulässig, wenn das Streitobjekt während des Prozesses veräussert wird (Art. 83 Abs. 1 ZPO). Ohne Veräusserung des Streitobjekts ist ein Parteiwechsel nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig, wobei besondere gesetzliche Bestimmungen über die Rechtsnachfolge vorbehalten bleiben (Art. 83 Abs. 4 ZPO). Der Parteiwechsel ist daher – unter Vorbehalt der Zustimmung der Gegenpartei – für den Kläger kein Mittel, seine Verfahrensfehler bei der Bezeichnung des Aktiv- bzw. Passivlegitimierten zu korrigieren (E. 3.2.2).

[Rz 55] B. hatte 20 Monate vor der Klageeinreichung seine Rechte an den Wohnungen an die G. SA abgetreten und die G. SA trat in die einfache Gesellschaft ein. B. war somit bei der Klageeinreichung nicht mehr Mitglied der einfachen Gesellschaft. Der Schadenersatzanspruch gegen X. gehörte den (aktuellen) Gesellschaftern. Es oblag ihnen, das Schlichtungsgesuch gemeinsam einzureichen. Da es von nur vier Mitgliedern der einfachen Gesellschaft und einem ehemaligen Mitglied (B.) eingereicht wurde, handelt es sich nicht um eine einfache Ungenauigkeit rein formeller Natur, die hätte berichtigt werden können (E. 4 [unpubliziert]).

[Rz 56] Weil weder eine Veräusserung des Streitobjekts noch eine Abtretung des streitigen Anspruchs während des Verfahrens stattgefunden hat, kommt nur ein Parteiwechsel mit Zustimmung der Gegenpartei im Sinne von Art. 83 Abs. 4 ZPO in Betracht. X. hatte sich aber ausdrücklich gegen einen Parteiwechsel ausgesprochen (E. 4 [unpubliziert]).

[Rz 57] Aus diesem Grund hatte das kantonale Gericht die Klage zu Recht abgewiesen (E. 4 [unpubliziert]); auch das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (E. 6 [unpubliziert]).

D. Fazit

[Rz 58] Die einfache Gesellschaft hat keine Rechtspersönlichkeit und ist daher weder partei- noch prozessfähig.

[Rz 59] Die einfachen Gesellschafter müssen als notwendige Streitgenossen auftreten und gemeinsam klagen bzw. gemeinsam das Schlichtungsgesuch einreichen.

[Rz 60] Hat vor der Einreichung des Schlichtungsgesuchs ein Gesellschafterwechsel stattgefunden und tritt der ausgeschiedene Gesellschafter anstelle des neuen Gesellschafters mit den anderen Gesellschaftern als Kläger auf, handelt es sich nicht um eine falsche Parteibezeichnung, die das Gericht von Amtes wegen korrigieren kann.

[Rz 61] Es kommt nur ein Parteiwechsel (vom ausgeschiedenen auf den neuen Gesellschafter) mit Zustimmung der Gegenpartei in Betracht.

[Rz 62] Fehlt es an dieser Zustimmung, ist die Klage mangels Aktivlegitimation abzuweisen.

E. Bemerkungen

[Rz 63] Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass die einfache Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit besitzt und weder partei- noch prozessfähig ist. Materiell-rechtlich bilden die einfachen Gesellschafter eine Gesamthandschaft (Art. 544 Abs. 1 OR), wobei die gesamthänderische Gemeinschaft auch in Bezug auf Schadenersatzforderungen gegen Dritte besteht (BGE 142 III 782, E. 3.1.1).

[Rz 64] In prozessualer Hinsicht bilden die einfachen Gesellschafter eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 Abs. 1 ZPO und müssen daher gemeinsam klagen. Die notwendige Streitgenossenschaft ergibt sich aus dem materiellen Recht (BGE 142 III 782, E. 3.1.2). Das Bundesgericht prüft damit frei, ob die Parteien in einer einfachen Gesellschaft verbunden sind und demnach eine notwendige Streitgenossenschaft bilden.¹⁶

[Rz 65] Lediglich in Dringlichkeitsfällen kann ein einfacher Gesellschafter – um die Interessen der Gesellschaft zu wahren – allein klagen, wobei er dies in eigenem Namen und als Vertreter der Gemeinschaft (bzw. der anderen Gesellschafter) tun muss (BGE 142 III 782, E. 3.1.2).

[Rz 66] Indem rund 20 Monate vor der Klageeinreichung ein Gesellschafterwechsel stattgefunden hatte und der ausgeschiedene Gesellschafter anstelle des neuen Gesellschafters zusammen mit den anderen Gesellschaftern die Klage erhob, fehlte es an der Aktivlegitimation. Dass der bisherige Gesellschafter anstelle des neuen Gesellschafters als Kläger auftrat, war keine einfache Ungenauigkeit rein formeller Natur bzw. eine falsche Parteibezeichnung, die hätte berichtigt werden können (Urteil des Bundesgerichts 4A_357/2016 vom 8. November 2016, E. 4 [unpubliziert]). Wie das Bundesgericht zu Recht annahm, kam nur ein Parteiwechsel (vom ausgeschiedenen auf den neuen Gesellschafter) mit Zustimmung der Gegenpartei in Betracht (Art. 83 Abs. 4 ZPO). Fehlt es an dieser Zustimmung, ist die Klage mangels Aktivlegitimation abzuweisen.¹⁷

[Rz 67] Das Bundesgericht sah in der Klageabweisung durch die kantonalen Gerichte weder ein Problem mit der Verfahrensökonomie noch qualifizierte es sie für überspitzt formalistisch (Urteil des Bundesgerichts 4A_357/2016 vom 8. November 2016, E. 5.1 [unpubliziert]). Auch diese (unpublizierten) Erwägungen verdienen Zustimmung und zeigen – einmal mehr –, dass sorgfältiges Prozessieren gerade in solchen Situationen unabdingbar ist.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_217/2017 vom 4. August 2017, E. 3.3.2.

¹⁷ Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_217/2017 vom 4. August 2017, E. 3.3.3.

2. Auflösung und Liquidation: Mehrwert eines Gesellschafterbeitrags: Urteil des Bundesgerichts 4A_245/2016 vom 19. Dezember 2016

A. Kernfrage

[Rz 68] Was geschieht mit einem Mehrwert eines Gesellschafterbeitrags bei Auflösung der Gesellschaft?

B. Sachverhalt

[Rz 69] X. und Z. bildeten eine einfache Gesellschaft mit dem Zweck, auf zwei Parzellen, die X. und seiner Ehefrau gehörten, Liegenschaften zu errichten und anschliessend zu verkaufen (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 70] X. brachte die Parzellen als Beitrag in die einfache Gesellschaft zur Überbauung ein (Einbringung *quoad sortem*). Der Wert der Parzellen wurde von den Parteien auf CHF 1'900'000 festgelegt (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 71] Knapp ein Jahr später lösten die Parteien die einfache Gesellschaft auf und legten einen Stichtag für die Gewinnverteilung fest (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 72] Die Ehegatten X. verkauften anschliessend eine Parzelle für CHF 1'200'000, nachdem der Verkauf beider Parzellen für CHF 2'400'000 hinfällig wurde (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 73] Z. betrieb X. für seinen Anteil am Gewinn zuzüglich Zins von 5%. Im Rechtsöffnungsverfahren erhob X. Aberkennungsklage gegen Z.; dieser leitete seinerseits eine Widerklage ein (Sachverhalt lit. B.).

[Rz 74] Das erstinstanzliche Gericht wies die Aberkennungsklage ab und hiess die Widerklage gut. Das obere kantonale Gericht hiess die Beschwerde von X. teilweise gut und reduzierte den Betrag, der X. dem Z. schuldete, geringfügig (Sachverhalt lit. B.).

[Rz 75] X. gelangte daraufhin ans Bundesgericht und beantragte die Gutheissung der Aberkennungsklage und die Abweisung der Widerklage (Sachverhalt lit. C.).

C. Erwägungen

[Rz 76] Die Parteien sind übereingekommen, dass sie ihre einfache Gesellschaft auflösen und liquidieren. Streitig ist die Berechnung des Gewinns nach Art. 549 Abs. 1 OR (E. 2).

[Rz 77] Nach Art. 548 Abs. 1 und 2 OR fallen Sachen, die ein Gesellschafter zu Eigentum in die Gesellschaft eingebracht hat, bei der Auseinandersetzung, welche die Gesellschafter nach der Auflösung unter sich vorzunehmen haben, nicht an ihn zurück. Er hat aber Anspruch auf den Wert, für den sie übernommen worden sind (E. 3).

[Rz 78] Diese Grundsätze gelten indessen nicht für eine Liegenschaft, die ein Gesellschafter der Gesellschaft für die Realisierung eines Bauprojekts überlassen hat und deren Eigentümer er geblieben ist (E. 3).

[Rz 79] Wird die Gesellschaft aufgelöst und liquidiert, ohne dass das Projekt realisiert wurde, bleibt der Gesellschafter zwar Eigentümer seiner Liegenschaft. Wenn allerdings eine Gesellschaftstätigkeit deren Wert erhöht hat, profitieren alle Gesellschafter von diesem Mehrwert (E. 3).

[Rz 80] Während der Dauer der Gesellschaft stieg der Wert der beiden Parzellen um CHF 500'000 (CHF 2'400'000 abzüglich CHF 1'900'000). Dieser Mehrwert ist auf eine Tätigkeit, die Z. vorge-

nommen hatte, zurückzuführen. Aus diesem Grund kommt der Mehrwert nicht nur dem Eigentümer (X. und seiner Ehefrau), sondern allen Gesellschaftern (auch Z.) zugute (E. 3).

[Rz 81] Das Bundesgericht wies die Beschwerde von X. deshalb ab.

D. Fazit

[Rz 82] Bei einer Einbringung *quoad sortem* fällt die Sache an den Gesellschafter zurück, dessen Eigentum sie geblieben ist.

[Rz 83] Eine Wertsteigerung, die auf Leistungen der Gesellschaft beruht, stellt aber einen Gesellschaftsgewinn dar und ist daher unter den Gesellschaftern aufzuteilen.

E. Bemerkungen¹⁸

[Rz 84] Im vorliegenden Entscheid hat sich das Bundesgericht – ebenso wie in mehreren (unpublizierten) Entscheiden aus der jüngeren Vergangenheit – dazu geäußert, was mit einem Mehr- bzw. Minderwert eines Gesellschafterbeitrags im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft geschieht. Die Form und der Umfang der Rückerstattung von Gesellschafterbeiträgen im Rahmen der Liquidation hängt dabei von der Art der Einbringung ab.

[Rz 85] Bei der Einbringung zu Eigentum (*quoad dominium*) fällt die Sache nicht an den einbringenden Gesellschafter zurück (Art. 548 Abs. 1 OR). Die Gesellschafter können aber eine abweichende Vereinbarung treffen (Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014, E. 6.1). Die gesetzliche Liquidationsordnung der Art. 548 ff. OR ist nämlich dispositiver Natur (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_586/2011 vom 8. März 2012, E. 2, 4A_398/2010 vom 14. Dezember 2010, E. 5.2.4.5). Der einbringende Gesellschafter hat Anspruch auf den Wert, für den die Sache übernommen wurde (Art. 548 Abs. 2 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014, E. 6.1). Wenn kein Wert vereinbart wurde, gilt der damalige Verkehrswert (Art. 548 Abs. 3 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014, E. 6.1), der gegebenenfalls zu schätzen ist. Der Gesellschafter profitiert damit nicht von einem allfälligen Mehrwert. Ein solcher kommt der Gesamtheit der Gesellschafter zugute und ist nach Art. 533 OR unter den Gesellschaftern als Gewinn zu teilen (Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014, E. 6.1). Ein allfälliger Minderwert geht aber ebenfalls zu Lasten der Gesamtheit der Gesellschafter.

[Rz 86] Bei der Einbringung zum Gebrauch (*quoad usum*) oder zur Verfügung (*quoad sortem*) fällt die Sache an den Gesellschafter zurück, dessen Eigentum sie geblieben ist (vgl. BGE 105 II 204, E. 2.b; Urteile des Bundesgerichts 4A_245/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 3, 4A_21/2014 vom 7. Januar 2015, E. 3, 4A_485/2013 vom 4. März 2014, E. 6.1; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_441/2007 vom 17. Januar 2008, E. 6).

[Rz 87] Eine Wertsteigerung, die auf Leistungen der Gesellschaft beruht (z.B. Erschliessung des Grundstückes zur Baureife) stellt einen Gesellschaftsgewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen ist (vgl. BGE 105 II 204, E. 2.c; Urteile des Bundesgerichts 4A_245/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 3, 4A_21/2014 vom 7. Januar 2015, E. 3, 4A_485/2013 vom 4. März 2014,

¹⁸ Vgl. dazu auch KARIN MÜLLER/ALICE KÄCH, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht des Jahres 2015 in Kürze, in: Jusletter 11. April 2016, Rz. 178 ff.

E. 6.1, 4A_70/2008 und 4A_230/2009 vom 12. August 2009, E. 4.2). Eine Wertverminderung infolge der Gesellschaftstätigkeit stellt demgegenüber einen Verlust dar, der ebenfalls unter den Gesellschaftern zu teilen ist (Urteile des Bundesgerichts 4A_21/2014 vom 7. Januar 2015, E. 3, 4A_70/2008 und 4A_230/2009 vom 12. August 2009, E. 4.2).

[Rz 88] Wertveränderungen konjunktureller Natur (nicht auf Leistungen der Gesellschaft beruhend; z.B. steigende Bodenpreise) finden bei der Einbringung *quoad usum*, ohne anderslautende Vereinbarung, keinen Eingang in die Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft (Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2008 und 4A_230/2009 vom 12. August 2009, E. 4.2). An einem konjunkturellen Mehrwert partizipiert der (*quoad usum*) einbringende Gesellschafter daher grundsätzlich allein (Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014, E. 6.1).

[Rz 89] Bei der Einbringung *quoad sortem*, bei welcher der Beitrag im Innenverhältnis wie eine zu Eigentum eingebrachte Sache zu behandeln ist, stellt ein konjunktureller Mehrwert demgegenüber einen Gewinn dar, der unter den Gesellschaftern aufzuteilen ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2013 vom 4. März 2014, E. 6.1).

3. Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft: Urteil des Bundesgerichts 5A_392/2017 vom 24. August 2017

A. Kernfrage

[Rz 90] Unter welchen Voraussetzungen kann die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft angenommen werden?

B. Sachverhalt und Erwägungen

[Rz 91] Im Zusammenhang mit der Frage nach der örtlichen Zuständigkeit war die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses unter vier Erben in Bezug auf ein Bankkonto, welches sie gemeinsam eröffnet hatten und auf dem sie für die Nachlassabwicklung Rückstellungen bildeten, streitig. Liegt eine einfache Gesellschaft vor, ist das Gericht am Wohnsitz des beklagten Erben zuständig (Art. 10 bzw. Art. 31 ZPO). Ist von einer fortbestehenden Erbengemeinschaft auszugehen, ist der Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 ZPO; E. 2).

[Rz 92] Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft nur angenommen werden darf, wenn in klarer Weise feststeht, dass die betroffenen Personen die fortgesetzte Erbengemeinschaft aufheben und als einfache Gesellschaft weiterführen wollen. Allein aus der Tatsache, dass die Erben zusammenwirken und das gemeinsame Projekt bedeutsam ist, darf nicht auf eine rechtsgeschäftliche Bindung geschlossen werden, weil bereits eine gesetzliche Bindung unter den Erben besteht. Zur Einigung auf einen gemeinsamen Zweck muss eine rechtsgeschäftliche Förderungspflicht hinzukommen, wenn ausdrückliche Willenserklärungen der Erben fehlen. In diesem Sinn ist eine die einfache Gesellschaft kennzeichnende, über die Erbengemeinschaft hinausgehende und sich von ihr unterscheidende Beziehung erforderlich, damit von einer Gesellschaft ausgegangen werden kann. Zudem muss die Zweckänderung der Gemeinschaft, nämlich weg von der blossen Liquidation im Rahmen der Erbengemeinschaft hin zu einem weitergehenden Zweck in Form einer einfachen Gesellschaft, von allen Erben gewollt sein. Soll der Umwandlungswille aus bloss objektiven Umständen her-

geleitet werden, muss die Auslegung der Vereinbarung unter den Erben zu einem zweifelsfreien Ergebnis führen (E. 2.2).

[Rz 93] Zu eruieren sind der tatsächliche Wille der Parteien zur vertragsmässigen Bindung sowie die äusseren Umstände und Verhaltensweisen der Parteien, die rechtlich auf eine vertragsmässige Bindung schliessen lassen. Dabei besteht eine natürliche Vermutung gegen die vollständige Teilung der Erbschaft bzw. die Auflösung der Erbengemeinschaft und ihre Umwandlung in eine einfache Gesellschaft, solange noch nennenswerte Nachlassgegenstände – wie vorliegend Rückstellungen in sechsstelliger Höhe – unverteilt geblieben sind (E. 3.1).

[Rz 94] Im vorliegenden Fall konnte weder ein ausdrücklicher Wille der Erben zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags eruiert werden (E. 3.3), noch liess sich aus den äusseren Umständen und den Verhaltensweisen der Parteien auf die Bildung einer einfachen Gesellschaft schliessen, sodass das Bundesgericht davon ausging, das Bestehen einer einfachen Gesellschaft sei nicht erwiesen (E. 3.4 und 4.5).

C. Fazit

[Rz 95] Die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft darf nur angenommen werden, wenn in klarer Weise feststeht, dass die betroffenen Personen die fortgesetzte Erbengemeinschaft aufheben und als einfache Gesellschaft weiterführen wollen.

D. Bemerkungen

[Rz 96] Das Bundesgericht geht – wie bereits im Urteil 5A_304/2015 vom 23. November 2015¹⁹ – auch im vorliegenden Entscheid zu Recht davon aus, dass die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft nicht leichthin angenommen werden darf. Die Erbengemeinschaft ist ihrem Zweck entsprechend zwar grundsätzlich nur von vorübergehender Dauer. Die Erben können die Gemeinschaft aber über längere Zeit fortsetzen, ohne den Willen zu haben, sie in eine einfache Gesellschaft umzuwandeln.

[Rz 97] Weil unter den Erben bereits eine gesetzliche Bindung in Form eines Gesamthandsverhältnisses besteht, kann bei Fehlen ausdrücklicher Willenserklärungen eine Umwandlung in eine einfache Gesellschaft nur angenommen werden, wenn zur Einigung auf einen gemeinsamen Zweck eine rechtsgeschäftliche Förderungspflicht hinzukommt. Die Zweckänderung der Gemeinschaft, fort von der blossen Liquidation im Rahmen der Erbengemeinschaft hin zu einem weitergehenden Zweck in Form einer einfachen Gesellschaft, muss zudem von allen Erben gewollt sein (Urteil des Bundesgerichts 5A_392/2017 vom 24. August 2017, E. 2.2).

¹⁹ Vgl. dazu auch KARIN MÜLLER/ALICE KÄCH/SIMON LEU, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht des Jahres 2015/2016 in Kürze, in: Jusletter 20. Februar 2017, Rz. 1 ff.

III. Unentgeltliche Rechtspflege für juristische Personen und Auflösung wegen fehlenden Rechtsdomizils: BGE 143 I 328 (Urteil des Bundesgerichts 4A_75/2017 vom 22. Mai 2017)

1. Kernfragen

[Rz 98] Unter welchen Voraussetzungen kann einer juristischen Person unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden?

[Rz 99] Ist die Verfügung des Handelsregisteramtes betreffend Auflösung einer juristischen Person zufolge fehlenden Rechtsdomizils nach Art. 153b der Handelsregisterverordnung (HRegV) widerrufenlich?

2. Sachverhalt

[Rz 100] Die A. GmbH in Liquidation wurde per 1. Dezember 2014 von Amtes wegen als aufgelöst erklärt, weil sie die ihr angesetzte Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes betreffend das Domizil ungenutzt verstreichen liess (Art. 153b HRegV). Gründer und einziger Gesellschafter der A. GmbH in Liquidation ist B., der Sozialhilfe bezieht (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 101] Am 26. November 2014 – somit kurz vor Erlass der Verfügung über die Auflösung der Gesellschaft – reichte die A. GmbH in Liquidation Schadenersatzklage gegen C., den Vermieter einer von ihr genutzten Werkstatt, u.a. wegen angeblicher Nichtrückgabe des Wareninventars nach einer zwangsweisen Räumung des Mietobjekts, ein und beantragte unter anderem die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Sachverhalt lit. B.a).

[Rz 102] Die vom Amtsgerichtspräsidenten gewährte unentgeltliche Rechtspflege zugunsten der Gesellschaft lehnte das Obergericht auf Beschwerde des C. hin ab. Die A. GmbH in Liquidation leistete daraufhin den Kostenvorschuss und die Parteikostensicherheit. Schliesslich wies das Richteramt Solothurn-Lebern die Klage ab. Die Berufung gegen das Urteil verband die A. GmbH in Liquidation wiederum mit einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, welches das Obergericht (wiederum) abwies (Sachverhalt lit. B.b/c/d).

[Rz 103] Daraufhin gelangte die A. GmbH in Liquidation mit Beschwerde ans Bundesgericht und verlangte u.a., es sei ihr rückwirkend auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Sachverhalt lit. C.).

3. Erwägungen

[Rz 104] Nach Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Zudem hat sie Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist (E. 3).

[Rz 105] Diese Regelung ist auf natürliche Personen zugeschnitten; nur sie können arm und bedürftig sein. Juristische Personen hingegen sind lediglich zahlungsunfähig oder überschuldet und müssen in diesem Fall die entsprechenden gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen ziehen. Ein bundesrechtlicher Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung steht juristischen Personen – wie auch der Konkurs- und Nachlassmasse – daher (im Grundsatz) nicht zu (E. 3.1).

[Rz 106] Liegt das einzige Aktivum der Gesellschaft im Streit und sind neben der Gesellschaft auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos, kann ausnahmsweise auch eine juristische Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben (E. 3.1).

[Rz 107] Ob zusätzlich ein öffentliches und allgemeines Interesse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Weiterexistenz der juristischen Person ausgewiesen sein muss, wie die Lehre teilweise verlangt, lässt das Bundesgericht offen (E. 3.3).

[Rz 108] Die unentgeltliche Rechtspflege ist der juristischen Person jedenfalls dann zu verweigern, wenn das Verfahren, für das sie beansprucht wird, die Weiterexistenz der juristischen Person nicht sichert (E. 3.3).

[Rz 109] Die A. GmbH wurde vorliegend wegen fehlenden Rechtsdomizils von Amtes wegen aufgelöst und befindet sich in Liquidation. Die Verfügung des Handelsregisteramts über die Auflösung ist nach Ablauf der Dreimonatsfrist von Art. 153b Abs. 3 HRegV unwiderruflich, ebenso wie die gestützt darauf erfolgende Liquidation. Damit ist die Wiederaufnahme der Tätigkeit, die dem ursprünglichen Zweck der Gesellschaft entspricht, ausgeschlossen (E. 3.4, 3.5 und 3.6).

[Rz 110] Da nicht denkbar ist, dass die A. GmbH mit ihrer ursprünglichen Zwecksetzung weiterbestehen könnte, selbst wenn sie im vorliegenden Forderungsstreit obsiegen würde, kann ihr die unentgeltliche Rechtspflege bereits aus diesem Grund nicht gewährt werden (E. 3.6).

4. Fazit

[Rz 111] Juristische Personen haben grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.

[Rz 112] Ausnahmsweise kann ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehen, wenn das einzige Aktivum der juristischen Person im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (Bestätigung der Rechtsprechung).

[Rz 113] Auch wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist juristischen Personen die unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern, wenn das Verfahren, für das sie beantragt wird, deren Weiterexistenz nicht sichert (Präzisierung der Rechtsprechung).

[Rz 114] Die Auflösung und Liquidation einer juristischen Person zufolge fehlenden Rechtsdomizils wird nach Ablauf der Dreimonatsfrist von Art. 153b Abs. 3 HRegV unwiderruflich.

5. Bemerkungen

[Rz 115] Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung, wonach juristische Personen grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben. Liegt allerdings das einzige Aktivum der juristischen Person im Streit und sind neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos, kann ausnahmsweise ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehen.²⁰

[Rz 116] Im Entscheid präzisiert das Bundesgericht diese Rechtsprechung und hält fest, juristischen Personen sei – auch wenn diese Voraussetzungen vorlägen – die unentgeltliche Rechtspflege

²⁰ BGE 131 II 306, E. 5.2.1 und 5.2.2; vgl. auch BGE 119 Ia 337, E. 4.

jedenfalls dann zu verweigern, wenn das Verfahren, für das sie beantragt wird, deren Weiterexistenz nicht sichere (BGE 143 I 328, E. 3.3).

[Rz 117] Offen gelassen hat das Bundesgericht demgegenüber, ob – wie teilweise in der Lehre gefordert – «positiv zu verlangen sei, dass ein öffentliches und allgemeines Interesse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Weiterexistenz der juristischen Person zusätzlich ausgewiesen wird» (BGE 143 I 328, E. 3.3).

[Rz 118] Den Ausführungen des Bundesgerichts zum Anspruch der juristischen Person auf unentgeltliche Rechtspflege ist zuzustimmen. Ist die Fortführung der Gesellschaft nicht gewährleistet, sollen auch keine öffentlichen Mittel für die Prozessführung durch die Gesellschaft verwendet werden, weil in diesem Fall ein Mehrwert für die Allgemeinheit durch die Weiterexistenz des Unternehmens ausgeschlossen ist. Insofern besteht in einem solchen Fall auch kein öffentliches und allgemeines Interesse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Weiterexistenz der juristischen Person.

[Rz 119] Im Entscheid hat sich das Bundesgericht – soweit ersichtlich – zudem zum ersten Mal dazu geäußert, ob die Auflösung und Liquidation einer juristischen Person zufolge fehlenden Rechtsdomizils nach Ablauf der Dreimonatsfrist von Art. 153b Abs. 3 HRegV unwiderruflich sind. Es hat diese Frage zu Recht bejaht.

[Rz 120] Der Gesetzgeber unterscheidet zwischen Organisationsmängeln im engeren Sinn und solchen im weiteren Sinn (bzw. «organisationsmangelähnliche Konstellationen»²¹).²² Zu den Mängeln im engeren Sinn zählen das fehlende Organ und die nicht rechtmässige Zusammensetzung eines Organs. Ein Organisationsmangel im weiteren Sinn ist das fehlende Rechtsdomizil. Bei Organisationsmängeln im engeren Sinn kann das Handelsregisteramt nach Art. 154 Abs. 1 HRegV die Gesellschaft auffordern, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Leistet die Gesellschaft der Aufforderung keine Folge, kann das Handelsregisteramt dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen anzuordnen (Art. 154 Abs. 3 HRegV und Art. 731b Abs. 1 OR). Einen entsprechenden Antrag kann auch ein Aktionär oder ein Gläubiger stellen (Art. 731b Abs. 1 OR).

[Rz 121] Fehlt einer Gesellschaft ein Rechtsdomizil, fordert das Handelsregisteramt die Gesellschaft auf, ein neues Rechtsdomizil am Ort des Sitzes zur Eintragung anzumelden. Leistet die Gesellschaft der Aufforderung keine Folge, ordnet das Handelsregisteramt die Auflösung der Gesellschaft an (Art. 153a und Art. 153b Abs. 1 lit. a HRegV). Wird innerhalb von drei Monaten nach der Eintragung der Auflösung der Gesellschaft das neue Rechtsdomizil rechtskonform zur Eintragung angemeldet, kann das Handelsregisteramt nach Art. 153b Abs. 3 HRegV die Auflösung widerrufen. Das Bundesgericht folgert daraus zu Recht, dass nach Ablauf dieser Frist, die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft unwiderruflich sind.

[Rz 122] In Bezug auf Art. 731b OR hat das Bundesgericht in BGE 141 III 43 festgehalten, dass ein rechtskräftiger Auflösungsentscheid nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR nicht gestützt auf Art. 195 des Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) widerrufen werden kann. Die Durchführung des Konkursverfahrens gestützt auf Art. 731b OR beruht nämlich nicht auf einem Konkurs, sondern auf einem richterlichen Auflösungsentscheid. Damit hat auch keine Konkurs-

²¹ LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, AJP 2016, 42 ff. 50 ff.

²² Vgl. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, BGer 4A_75/2017: Unwiderruflichkeit der Auflösung einer juristischen Person zufolge fehlenden Rechtsdomizils, AJP 2017, 1141 ff., 1142 f.

eröffnung durch ein Konkursgericht stattgefunden. Der Auflösungsentscheid ist nach Ablauf der Rechtsmittelfrist definitiv und unwiderruflich. Eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG kommt nicht in Betracht. Daher führen dauerhaft nicht behebbare Organisationsmängel im Sinne von Art. 731b OR zwingend zur Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs und selbst wenn sich durch die konkursamtliche Liquidation ein Aktivenüberschuss ergibt bzw. in deren Verlauf festgestellt wird, dass die Gesellschaft nicht überschuldet ist, kann auf sie nicht zurückgekommen werden (vgl. BGE 143 I 328, E. 3.6).

[Rz 123] Mit der Revision des Handelsregisterrechts²³ werden die Organisationsmängel bei Gesellschaften einheitlich normiert. Das fehlende Rechtsdomizil als Organisationsmangel im weiteren Sinn wird neu auch in Art. 731b revOR geregelt. Damit wird in Zukunft der Richter zuständig sein, entsprechende Massnahmen anzuordnen.²⁴ Nur bei fehlendem Rechtsdomizil eines Einzelunternehmens bleibt das Handelsregisteramt zuständig, dessen Löschung zu verfügen.²⁵

IV. Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts

1. Vereinfachtes Verfahren: BGE 143 III 137 (Urteil des Bundesgerichts 4A_648/2016 vom 27. Februar 2017)

A. Kernfrage

[Rz 124] Ist das Handelsgericht sachlich zuständig, wenn eine Streitigkeit sowohl die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO (handelsrechtliche Streitigkeit) als auch diejenigen für die Geltung des vereinfachten Verfahrens erfüllt?

B. Sachverhalt

[Rz 125] Die A. GmbH klagte vor dem Handelsgericht Zürich gegen die B. GmbH aus dem Verkauf von Gesellschaftsanteilen auf Bezahlung von CHF 30'000 zuzüglich Verzugszins zu 5 %. Das Handelsgericht verneinte seine sachliche Zuständigkeit und trat auf die Klage nicht ein (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 126] Das Handelsgericht stellte fest, der Streitwert belaufe sich auf genau CHF 30'000, weil Zinsen nach Art. 91 Abs. 1 ZPO nicht hinzugerechnet würden. Somit komme das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Das vereinfachte Verfahren finde aber keine Anwendung in Streitigkeiten vor dem Handelsgericht (Art. 243 Abs. 3 ZPO). Für die Behandlung der Klage seien deshalb die ordentlichen Gerichte zuständig (E. 2.1).

[Rz 127] Die A. GmbH gelangte daraufhin mit Beschwerde ans Bundesgericht (Sachverhalt lit. B.).

²³ Obligationenrecht (Handelsregisterrecht), Änderung vom 17. März 2017, BBl 2017 2433 ff.

²⁴ «Verfügt die Gesellschaft nicht über alle vorgeschriebenen Organe, ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt oder hat sie kein Rechtsdomizil an ihrem Sitz mehr, so kann ein Aktionär oder ein Gläubiger dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. (...)» (Art. 731b Abs. 1 revOR).

²⁵ «Hat ein Einzelunternehmen kein Rechtsdomizil mehr, so wird es vom Handelsregisteramt nach dreimaliger ergebnisloser Aufforderung im Schweizerischen Handelsamtsblatt aus dem Handelsregister gelöscht» (Art. 934a Abs. 1 revOR). Vgl. dazu auch VISCHER/GALLI (Fn. 22), 1145, nach deren Ansicht kein Grund besteht, der es rechtfertigen würde, dass das Handelsregisteramt in diesem Fall weiterhin zur Behebung des Organisationsmangels zuständig bleibt.

C. Erwägungen

[Rz 128] Der Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts erstreckt sich auf die Beurteilung von handelsrechtlichen Streitigkeiten (Art. 6 Abs. 1 ZPO). Eine Streitigkeit gilt nach Art. 6 Abs. 2 ZPO 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 in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (lit. c; E. 2.2).

[Rz 129] Das Erreichen der Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) (mind. CHF 15'000 in arbeits- und mietrechtlichen Fällen; mind. CHF 30'000 in allen übrigen Fällen) bildet daher eine Voraussetzung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts (E. 2.2).

[Rz 130] Der Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens erstreckt sich grundsätzlich auf vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 (Art. 243 Abs. 1 ZPO) (E. 2.2).

[Rz 131] Erfüllt eine Streitigkeit sowohl die Voraussetzungen der Zuständigkeit des Handelsgerichts (d.h. handelsrechtliche Streitigkeit nach Art. 6 Abs. 2 ZPO) als auch diejenigen für die Geltung des vereinfachten Verfahrens, gilt es Art. 243 Abs. 3 ZPO zu beachten. Danach findet das vereinfachte Verfahren keine Anwendung in Streitigkeiten vor dem Handelsgericht (E. 2.2).

[Rz 132] Die Regelung der Verfahrensart (Art. 243 ZPO) geht jener über die sachliche Zuständigkeit (Art. 6 ZPO) vor (E. 2.2).

[Rz 133] Somit ist das Handelsgericht nicht zuständig zur Beurteilung von Streitigkeiten, welche gemäss Art. 243 Abs. 1 und 2 ZPO im vereinfachten Verfahren zu behandeln sind (E. 2.2).

[Rz 134] Handelsrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert von exakt CHF 30'000 fallen nach Art. 243 Abs. 1 ZPO in den Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens und somit nicht in den Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts (E. 2.2).

[Rz 135] Das Handelsgericht hat seine sachliche Zuständigkeit daher zurecht verneint (E. 2.2) und die Beschwerde ist abzuweisen (E. 3).

D. Fazit

[Rz 136] Gilt für eine Streitigkeit nach Art. 243 Abs. 1 oder 2 ZPO das vereinfachte Verfahren, ist das Handelsgericht nicht zuständig (auch wenn es sich bei der Angelegenheit um eine handelsrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 ZPO handelt).

[Rz 137] Die Regelung der Verfahrensart (Art. 243 ZPO) geht jener über die sachliche Zuständigkeit (Art. 6 ZPO) vor.

2. Vereinfachtes Verfahren: Urteil des Bundesgerichts 4A_340/2017 vom 24. Juli 2017

A. Kernfrage

[Rz 138] Ist das Handelsgericht sachlich zuständig zur Beurteilung einer Streitigkeit, die den Kündigungsschutz aus Miete und Pacht betrifft, wenn die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO vorliegen?

B. Sachverhalt

[Rz 139] Die A. AG erhob beim Handelsgericht Zürich Klage gegen die B. Anlagestiftung und verschiedene Gesellschaften und beantragte unter anderem, es sei festzustellen, dass sich das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis für ein Restaurant mit Aussenfläche und Lager aufgrund einer Optionsausübung durch die A. AG um eine weitere feste Mietdauer von 5 Jahren verlängert hat und frühestens am 31. Januar 2023 endet. Ferner verlangte sie die Festsetzung der Mietzinskonditionen, insbesondere der jährlichen Nettomiete (Sachverhalt lit. A.).

[Rz 140] Das Handelsgericht verneinte seine sachliche Zuständigkeit, woraufhin die A. AG mit Beschwerde ans Bundesgericht gelangte (Sachverhalt lit. A. und B.).

C. Erwägungen

[Rz 141] Nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO gilt das vereinfachte Verfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert u.a. für Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen, sofern der Kündigungsschutz betroffen ist (E. 2.1).

[Rz 142] Der Begriff «Kündigungsschutz» im Sinne der genannten Bestimmung ist weit zu verstehen. Ein Fall von Kündigungsschutz liegt dann vor, wenn das Gericht über die Beendigung des Mietverhältnisses befinden muss, sei es zufolge einer (ordentlichen oder ausserordentlichen) Kündigung, sei es aufgrund des Ablaufs der vereinbarten Dauer des Mietvertrags (E. 2.2).

[Rz 143] Indem sich das Handelsgericht bei der Beurteilung des Klagebegehrens über die (Nicht-)Beendigung des Mietverhältnisses hätte äussern müssen, fällt die vorliegende Auseinandersetzung unter den Begriff «Kündigungsschutz» nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO (E. 2.3).

[Rz 144] Für diese Klage gilt das vereinfachte Verfahren, sodass das Handelsgericht zu Recht mangels sachlicher Zuständigkeit nicht auf die Klage eingetreten ist (E. 2.4).

D. Fazit

[Rz 145] Das Handelsgericht ist für Streitigkeiten, für die das vereinfachte Verfahren gilt, sachlich nicht zuständig.

3. Unzulässigkeit der vorgängigen Vereinbarung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts im Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts: BGE 142 III 623 (Urteil des Bundesgerichts 4A_242/2016 vom 5. Oktober 2016)

A. Kernfrage

[Rz 146] Kann die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts im Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts (Art. 6 Abs. 3 ZPO) vorgängig vereinbart werden?

B. Sachverhalt (gekürzt)

[Rz 147] Die R. AG als Bestellerin schloss mit der A. AG als Unternehmerin einen Totalunternehmervertrag ab. Der Vertrag enthielt folgende Klausel zur Gerichtsbarkeit: «Gerichtstand ist

Zürich 1. Zuständig ist in erster Instanz ausschliesslich das Handelsgericht des Kantons Zürich» (Sachverhalt lit. A. und E. 2).

[Rz 148] In der Folge kam es wegen Baumängeln zu einem Prozess zwischen der A. AG und den Stockwerkeigentümergeinschaften U. und V., deren Mitglieder von der R. AG die erstellten Stockwerkeinheiten erworben hatten und denen die Mängelrechte und Garantieansprüche aus dem Totalunternehmervertrag gegen die A. AG in den Kaufverträgen abgetreten wurden (Sachverhalt lit. B.).

[Rz 149] Die Stockwerkeigentümergeinschaften U. und V. klagten – nachdem das Bezirksgericht auf ihre Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit nicht eingetreten war – vor dem Handelsgericht Zürich. Das Handelsgericht Zürich trat auf die Klage ebenfalls nicht ein, weil es das Bezirksgericht als sachlich zuständig erachtete (Sachverhalt lit. B.b).

[Rz 150] Das Obergericht hiess – nachdem es das Berufungsverfahren bis zum Entscheid des Handelsgerichts sistiert hatte – die Berufung gegen den Beschluss des Bezirksgerichts wegen Unzuständigkeit gut und wies die Sache zu neuer Entscheidung an das Bezirksgericht zurück (Sachverhalt lit. B.b).

[Rz 151] Die A. AG erhob gegen dieses Urteil Beschwerde ans Bundesgericht (Sachverhalt lit. C.).

C. Erwägungen (ohne die Ausführungen zur Parteibezeichnung und zum Parteiwechsel)

[Rz 152] Nach dem Verständnis beider Parteien sollte die Vertragsklausel zur Gerichtsbarkeit («Gerichtstand ist Zürich 1. Zuständig ist in erster Instanz ausschliesslich das Handelsgericht des Kantons Zürich») nicht nur die örtliche, sondern auch die sachliche Zuständigkeit regeln (E. 2).

[Rz 153] Zwar war zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung 2007 das kantonale Verfahrensrecht noch in Kraft. Weil sich Art. 406 ZPO nur auf Vereinbarungen über die örtliche, nicht aber über die sachliche Zuständigkeit bezieht, beurteilt sich die Gültigkeit der Vertragsklausel über die sachliche Zuständigkeit nach der ZPO (E. 2.1).

[Rz 154] Das sog. Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO räumt der nicht im Handelsregister eingetragenen klagenden Partei ein einseitiges Wahlrecht ein. Die Wahlmöglichkeit ist eine zusätzliche Option für (klagende) Nicht-Kaufleute, die der (beklagten, im Handelsregister eingetragenen) Gegenpartei nicht offensteht (E. 2.4).

[Rz 155] Wäre im Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO eine vorgängige Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit zulässig, würde die nicht im Handelsregister eingetragene klagende Partei des Vorteils beraubt, den der Gesetzgeber ihr – und nur ihr – einräumen wollte. Das würde dem Grundgedanken einseitig begünstigender Zuständigkeitsbestimmungen zuwiderlaufen (E. 2.4).

[Rz 156] Besonders offensichtlich wird dies in Konstellationen wie der vorliegenden, in der nicht die Betroffene selbst – sondern ihre Rechtsvorgängerin – die entsprechende Klausel vereinbart hatte (E. 2.4).

[Rz 157] Eine vorgängige Vereinbarung betreffend die sachliche Zuständigkeit ist im Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 3 ZPO daher nicht zulässig (E. 2.4).

D. Fazit

[Rz 158] Eine vorgängige Vereinbarung betreffend die sachliche Zuständigkeit ist im Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts (Art. 6 Abs. 3 ZPO) unzulässig.

[Rz 159] Eine entsprechende Klausel vermag die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts nicht zu derogieren.

4. Bemerkungen zu den Urteilen zur sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts

[Rz 160] Das Bundesgericht bestätigt in BGE 143 III 137 und im Urteil 4A_340/2017 vom 24. Juli 2017 seine Rechtsprechung, wonach die Regelung der Verfahrensart (Art. 243 ZPO) jener über die sachliche Zuständigkeit (Art. 6 ZPO) vorgeht.²⁶ Diese Ordnung gilt für sämtliche Fälle von Art. 243 Abs. 1 und 2 ZPO. Handelsrechtliche Streitigkeiten (im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO) sind im Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens (Art. 243 Abs. 1 und 2 ZPO) somit von den ordentlichen Gerichten und nicht vom Handelsgericht zu beurteilen. Art. 243 Abs. 3 ZPO hält ausdrücklich fest, dass das vereinfachte Verfahren vor dem Handelsgericht keine Anwendung findet.

[Rz 161] Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist zu begrüßen. Sind die ordentlichen Gerichte und nicht das Handelsgericht zuständig, stehen dem Rechtssuchenden zwei Instanzen auf dem Weg zum Bundesgericht zur Verfügung. Damit wird dem grundsätzlich geltenden Prinzip der *double instance* Rechnung getragen. Zudem hat der Rechtssuchende Zugang zu einem (laienfreundlichen und kostengünstigen) Schlichtungsverfahren vor einer Schlichtungsbehörde (Art. 198 lit. f ZPO *e contrario*).

[Rz 162] In BGE 142 III 623 hält das Bundesgericht fest, dass eine vorgängige Vereinbarung betreffend die sachliche Zuständigkeit im Anwendungsbereich des Klägerwahlrechts²⁷ nach Art. 6 Abs. 3 ZPO unzulässig ist. Eine entsprechende Vertragsklausel vermag die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts nicht zu derogieren. Im Urteil 4A_131/2017 vom 21. September 2017 doppelt das Bundesgericht nach und erklärt, die sachliche Zuständigkeit der Gerichte sei der Disposition der Parteien grundsätzlich entzogen, sodass die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts nicht vorgängig vereinbart werden könne (Urteil 4A_131/2017 vom 21. September 2017, E. 4).²⁸

[Rz 163] Das Handelsgericht ist – wie das Bundesgericht in BGE 143 III 495 ausführt – allerdings zuständig für eine konnexe Widerklage gegen die nicht im Handelsregister eingetragene Klägerin und Widerbeklagte, die das Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO ausgeübt hat. Von der grundsätzlich verbotenen Einlassung abzugrenzen ist nämlich die Situation, in welcher sich der Kläger mit der Wahl des Handelsgerichts gleichsam auf konnexe Widerklagen vor dem Handelsgericht «einlässt» (BGE 143 III 495, E. 2.2.2, insbes. E. 2.2.2.3 und 2.2.2.4).

[Rz 164] Den Urteilen zum Klägerwahlrecht ist zuzustimmen. Die Einlassung auf ein sachlich unzuständiges Gericht ist ausgeschlossen und die sachliche Zuständigkeit der Gerichte damit der Parteidisposition entzogen. Diese Situation liegt aber nicht vor, wenn ein nicht im Handelsregis-

²⁶ BGE 139 III 457, E. 4.4.3.3; vgl. auch BGE 142 III 515, E. 2.2.4.

²⁷ Vgl. dazu auch BGE 138 III 694.

²⁸ Das Urteil ist publiziert als BGE 143 III 558, allerdings ohne die zitierte E. 4.

ter eingetragener Kläger von seinem Klägerwahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO Gebrauch macht und der Beklagte eine konnexe Widerklage gegen den Kläger erhebt. Dem Kläger, der das Klägerwahlrecht ausübt, ist der mit der gegen ihn zugelassenen Widerklage verbundene Verlust einer Instanz zuzumuten, wie das Bundesgericht zu Recht ausführt. «Wählt er nämlich für die Beurteilung seiner Klage selber das Handelsgericht und verzichtet damit auf den doppelten Instanzenzug, kann er sich über eine umfassende Beilegung dieser Streitigkeit, also auch die Beurteilung einer konnexen Widerklage, durch das von ihm gewählte Gericht nicht beschweren» (BGE 143 III 495, E. 2.2.2.3).

Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern.

RA SIMON LEU, MLaw ist wissenschaftlicher Assistent an der Universität Luzern.

Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den Karin Müller am 15. November 2017 im Rahmen einer Weiterbildung an der Universität Luzern gehalten hat.

Die Autoren danken den Herren Philipp Anton Burri, BLaw und Hermann Julen, BLaw, beide Hilfsassistenten an der Universität Luzern, für die wertvollen Vorarbeiten und die Mithilfe bei der Zitatkontrolle.