

1/2024

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische
Rechtspflege und Gesetzgebung



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

160. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
Januar 2024

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



Stämpfli Verlag

Impressum

Herausgeber

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

Verantwortliche Redaktoren

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

Redaktionelle Mitarbeiter:

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

Abonnemente

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

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

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

Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

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

Inserate: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 82
E-Mail mediavermarktung@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 66 66
E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 1480 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print) / e-ISSN 2504-1444 (Online)

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

Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2022

Veröffentlicht in Band 148 sowie im Internet

Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER und MICHELE LANG,
MLaw, Luzern*

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkungen

II. Personengesellschaften

1. Liquidation einfache Gesellschaft, gerichtliche Ernennung von Liquidatoren: Urteil 4A_110/2021 vom 28. Februar 2022
2. Einfache Gesellschaft, Vertragsauslegung, notwendige Streitgenossenschaft: Urteil 4A_139/2022 vom 9. September 2022

III. Kapitalgesellschaften

1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Aktivlegitimation: BGE 148 III 11 (Urteil 4A_36/2021 vom 1. November 2021)
2. Ende des Verwaltungsratsmandats: BGE 148 III 69 (Urteil 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021)
3. Erleichterte Fusion, indirekte Beteiligungsverhältnisse: BGE 148 III 362 (Urteil 4A_110/2022 vom 16. August 2022)

IV. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile

1. Revisionshaftung, unbezifferte Forderungsklage: BGE 148 III 322 (Urteil 4A_581/2021 vom 3. Mai 2022)
2. Organisationsmängelverfahren, Zuständigkeit für die Verteilung eines Liquidationsüberschusses: BGE 148 III 194 (Pra. 2022 Nr. 82; Urteil 5A_665/2021 vom 28. Januar 2022)

* Prof. Dr. iur. Karin Müller ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Michèle Lang, MLaw, war wissenschaftliche Assistentin an der Universität Luzern. Nicolas Briw, BLaw, hat uns bei der Recherche der Urteile unterstützt und Caroline Heierli, BLaw, hat die Zitate kontrolliert. Dafür sei ihnen herzlich gedankt! Das Manuskript wurde am 1. November 2023 abgeschlossen.

I. Vorbemerkungen

Im vorliegenden Beitrag werden die in der amtlichen Sammlung in Band 148 publizierten Entscheide des Bundesgerichts sowie weitere wichtige (nicht amtlich publizierte) Urteile aus dem Jahr 2022 zum Gesellschaftsrecht besprochen. Neben den Entscheiden zu den Personengesellschaften (II.) und den Kapitalgesellschaften (III.) werden zwei weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile in der gebotenen Kürze erläutert, nämlich ein Urteil zur unbezifferten Forderungsklage im Rahmen einer Revisionshaftung (IV./1.) und eines zur Zuständigkeit für die Verteilung eines Liquidationsüberschusses im Rahmen eines Organismängelverfahrens (IV./2.). Im Berichtsjahr 2022 liegt das Schwergewicht wiederum auf dem Recht der Kapitalgesellschaften und dort bei der Aktiengesellschaft.

Im Personengesellschaftsrecht hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, wonach Art. 583 Abs. 2 OR analog auf die einfache Gesellschaft anwendbar ist. Die Ernennung eines Liquidators durch das Gericht kann somit auch bei der einfachen Gesellschaft entweder im Rahmen einer Liquidationsklage oder auf Antrag eines Gesellschafters erfolgen (II./1.). Ferner hat sich das Bundesgericht in einem prozessrechtlich relevanten Kontext mit dem Vorliegen einer einfachen Gesellschaft befasst (II./2.).

Im Recht der Kapitalgesellschaften hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, wonach bei einer Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit die Aktivlegitimation des geschädigten Gläubigers von der Art des erlittenen Schadens abhängt. Es hat zudem klargestellt, dass die Klagebefugnis des Gläubigers bei einem unmittelbaren Schaden sowohl der Gesellschaft als auch des Gläubigers ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft keinen Einschränkungen unterliegt (III./1.). Weiter hat das Bundesgericht entschieden, dass die Amtsduer eines Verwaltungsratsmitglieds mit Ablauf des sechsten Monats nach Abschluss des betreffenden Geschäftsjahres endet, wenn keine Generalversammlung durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrats nicht traktandiert wurde. Es darf demnach keine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats angenommen werden (III./2.). Schliesslich hat es die Frage, ob eine erleichterte Fusion nach Art. 23 Abs. 1 FusG auch bei indirekten Beteiligungsverhältnissen möglich ist, verneint (III./3.).

II. Personengesellschaften

1. Liquidation einfache Gesellschaft, gerichtliche Ernennung von Liquidatoren: Urteil 4A_110/2021 vom 28. Februar 2022

In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob ein einfacher Gesellschafter bei Vorliegen wichtiger Gründe – analog zu Art. 583 Abs. 2 OR – die gerichtliche Ernennung und Abberufung von Liquidatoren verlangen kann.

Der Sachverhalt präsentierte sich wie folgt: A. verkaufte mit Vereinbarung vom 1. September 2017 einen Teil seiner Aktien an der X. AG an C. und B. Gleichentags schlossen A., B. und C. einen Aktionärbindungsvertrag mit dem Ziel, eine harmonische Entwicklung des Unternehmens zu gewährleisten und ihre Beziehungen klar zu regeln («d’assurer un développement harmonieux de la société et de régler clairement leurs relations»). C. war für die kommerzielle Entwicklung der Gesellschaft verantwortlich und wurde in der Folge als Verwaltungsratsmitglied der X. AG im Handelsregister eingetragen. Am 19. März 2018 wurde das Arbeitsverhältnis mit C. per 30. April 2018 aufgelöst, weil A. und B. der Ansicht waren, C. hätte schon bald nach seiner Aufnahme in die Gesellschaft ein problematisches Verhalten an den Tag gelegt. An der Generalversammlung der X. AG vom 16. August 2018 wurde C. das Verwaltungsratsmandat mit sofortiger Wirkung entzogen. A. und B. reichten daraufhin beim Gericht ein Gesuch um Ernennung eines Liquidators der einfachen Gesellschaft ein. Sie beantragten, E. sei zum Liquidator der einfachen Gesellschaft (bestehend aus A., B. und C.) zu ernennen und anzuweisen, die von ihnen detailliert beschriebenen Liquidationsmassnahmen durchzuführen. Im anschliessenden Verfahren war strittig, ob der Aktionärbindungsvertrag zwischen A., B. und C. als einfache Gesellschaft qualifiziert werden konnte. Umstritten war ferner, ob für den Fall, dass eine einfache Gesellschaft vorlag, diese aufgelöst wurde bzw. sich in der Liquidationsphase befand und ob das Gericht einen Liquidator einsetzen konnte.

In seinen Erwägungen führte das Bundesgericht aus, die Ernennung eines Liquidators durch das Gericht könne auf zwei Arten erfolgen: Einerseits habe jeder Gesellschafter das Recht, beim Gericht die

Durchführung der Liquidation und in diesem Zusammenhang die Ernennung eines Liquidators zu beantragen. Die Liquidationsklage falle in den Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit und folge grundsätzlich den Regeln des ordentlichen Verfahrens (Art. 219 ff. ZPO; E. 4.1). Andererseits könne jeder Gesellschafter direkt die gerichtliche Ernennung eines Liquidators beantragen, denn Art. 583 Abs. 2 OR, der dies ausdrücklich für die Kollektivgesellschaft vorsehe, sei analog auf die einfache Gesellschaft anwendbar. Der Antrag falle in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit und unterliege dem summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 3 ZPO; E. 4.1).

Die Bestellung eines Liquidators setze logischerweise voraus, dass sich die einfache Gesellschaft in der Liquidationsphase befindet. Dies sei der Fall, wenn die Gesellschaft aufgelöst wurde. Bei einer Liquidationsklage, die auf die Ernennung eines Liquidators abziele, prüfe das Gericht daher zunächst, ob die einfache Gesellschaft aufgelöst sei und liquidiert werden müsse. Dies sei der eigentliche Gegenstand des Rechtsstreits (E. 4.1). Bei einem Antrag, der lediglich auf die Ernennung eines Liquidators abziele und im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfolge, habe das Gericht demgegenüber nicht zu prüfen, ob ein Grund für die Auflösung der einfachen Gesellschaft vorliege; es könne sich darauf beschränken, sich zu vergewissern, dass die Auflösung und die Liquidation der einfachen Gesellschaft nicht strittig seien, sodass die Ernennung eines Liquidators in Betracht gezogen werden könne (E. 4.1).

Im vorliegenden Fall ging es um einen Antrag auf Ernennung eines Liquidators. Das Gericht muss in einem solchen Verfahren, das – wie dargelegt – in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit fällt und den Bestimmungen über das summarische Verfahren unterliegt, nicht analysieren, ob ein Grund für die Auflösung der einfachen Gesellschaft gegeben ist. Es muss lediglich sicherstellen, dass die Auflösung der einfachen Gesellschaft und der Eintritt in die Liquidationsphase nicht strittig sind (E. 4.2). Das kantonale Gericht hatte festgehalten, dass insbesondere der letztere Punkt von den Parteien bestritten werde, sodass der Antrag auf Bestellung eines Liquidators abzulehnen sei. Nach Ansicht des Bundesgerichts war diese Argumentation nicht zu beanstanden. Die Tatsache, dass die Auflösung angeblich kraft Gesetzes erfolgt sein soll, ändere daran nichts, weil die Auflösung an sich bestritten werde (E. 4.2). Aus diesem Grund wies das Bundesgericht die Beschwerde ab (E. 5).

Das Bundesgericht bestätigt im Entscheid seine bisherige Rechtsprechung, wonach Art. 583 Abs. 2 OR analog auf die einfache Gesellschaft anwendbar ist. Die Ernennung eines Liquidators durch das Gericht kann daher auch bei der einfachen Gesellschaft auf zwei Arten erfolgen: einerseits im Rahmen einer Liquidationsklage, andererseits auf Antrag auf Ernennung eines Liquidators.

2. Einfache Gesellschaft, Vertragsauslegung, notwendige Streitgenossenschaft: Urteil 4A_139/2022 vom 9. September 2022

Im vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht offengelassen, ob – wie von der Vorinstanz erwogen – zwischen mehreren Personen eine einfache Gesellschaft bestand. Eigentlicher Streitgegenstand des Verfahrens bildete dabei die Frage, ob zwischen den Parteien eine notwendige passive Streitgenossenschaft bestand. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die gesellschaftsrechtlich relevanten Erwägungen; für Einzelheiten zu den prozessrechtlich bedeutsamen Überlegungen des Bundesgerichts wird auf den Entscheid selbst verwiesen.

Der Sachverhalt präsentierte sich – stark gekürzt – wie folgt: C. erwarb im Jahr 1997 zwei Grundstücke, auf denen er eine Überbauung mit vier Türmen plante. Die A. GmbH und B. (Geschäftsführer der A. GmbH) waren ab Ende 2000 in die Planung und Umsetzung des Projekts involviert. Mit dem Bau wurde 2003 begonnen. Am 31. Oktober 2005 unterzeichneten C. und die A. GmbH (vertreten durch B.) eine Vereinbarung, die u. a. eine Gewinnbeteiligung vorsah: Im Falle einer vollständigen oder teilweisen Vermietung der Überbauung sollten C. zu 85% und die A. GmbH zu 15% am Gewinn beteiligt sein. Am selben Tag schlossen C. und die A. GmbH zudem einen zweiten Vertrag ab, den sie als «Partiarischen Darlehensvertrag» bezeichneten und der vorgenannten Vereinbarung als Beilage beifügten. Nach Beendigung der letzten Bauetappe im Sommer 2013 wurden die Räumlichkeiten der Überbauung vermietet, und es kam zum Streit über die Beteiligung an den Mieteinnahmen. Mit Klage gegen die A. GmbH und B. vom 28. Januar 2016 verlangte C. beim Kantonsgericht Zug seinen Gewinnanteil. Das Kantonsgericht verpflichtete die A. GmbH, C. einen Betrag von CHF 9 268 483.12 nebst Zins zu bezahlen. Betref-

fend B. äusserte sich das Urteilsdispositiv nicht. Das von B. und der A. GmbH je einzeln angerufene Obergericht erwog, es liege eine einfache Gesellschaft zwischen C., der A. GmbH und B. vor, mit der Folge, dass die A. GmbH und B. eine notwendige passive Streitgenossenschaft bilden würden. Das eigenständige Einreichen einer Berufung ohne Einbezug des anderen Streitgenossen sei nicht zulässig gewesen.

In seinen Erwägungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass B. die Vereinbarung nicht als Gesellschafter, sondern als Geschäftsführer der A. GmbH unterzeichnet habe (E. 5.3.2). Es führte aus, eine einfache Gesellschaft sei eine vertragsmässige Verbindung mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Art. 530 Abs. 1 OR; E. 5.3.1). Daraus folgend hielt es fest: Weder aus der Präambel der Vereinbarung von 2005 noch aus den Erwägungen der Vorinstanzen, die sich in ihrer Beurteilung massgeblich auf diese Vereinbarung gestützt hätten, werde deutlich, woraus der Beitrag von B. zur einfachen Gesellschaft bestehen sollte. Ferner werde B. betreffend die Gewinnbeteiligung in der Vereinbarung mit keinem Wort erwähnt. Zwar werde B. im Rubrum der Vereinbarung als Partei aufgeführt und er habe diese auch unterzeichnet, allerdings würden ihm weder Rechte noch Pflichten zugeordnet. Er habe daher nicht als Gesellschafter unterschrieben, zumal sämtliche Mitglieder des Projektleitungsgremiums besagte Vereinbarung ebenfalls unterzeichnet hätten (E. 5.3.2). Sollte also die Vereinbarung aus dem Jahr 2005 als Gesellschaftsvertrag qualifiziert werden, läge bloss zwischen C. und der A. GmbH eine einfache Gesellschaft vor. Auf der Beklagtenseite fehle es entsprechend auch an einer notwendigen (passiven) Streitgenossenschaft zwischen B. und der A. GmbH (E. 5.3.2).

Aufgrund dieser Überlegungen kam das Bundesgericht schliesslich zum Ergebnis, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie die beiden Berufungen gegen den erstinstanzlichen Entscheid mit der Begründung abgewiesen habe, diese seien von der A. GmbH und von B. nicht gemeinsam eingereicht worden (E. 5.8). Es hiess die Beschwerde der A. GmbH und von B. gut, hob das Urteil auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück (E. 6).

In Bezug auf die Frage der Gewinnherausgabe hielt das Bundesgericht fest, dass für den Fall des Vorliegens einer einfachen Gesellschaft zuerst die Herausgabe des Gewinns an die Gesellschaft

mittels Gesellschaftsklage oder einer *actio pro socio* verlangt werden müsste. Erst in einem zweiten Schritt hätte C. seinen Anspruch auf Gewinnbeteiligung gegen die Gesellschaft geltend machen können. Eine Vereinigung dieser beiden Schritte sei – entgegen dem, was die Vorinstanzen implizit erwogen hätten – unzulässig, weil sie im Ergebnis eine sachgerechte Anfechtung des gerichtlichen Entscheids verunmögliche (E. 5.5). Vorliegend sei nun aber nicht ersichtlich, weshalb der Anspruch auf Beteiligung am Gewinn gegebenenfalls nicht direkt gegen die A. GmbH geltend gemacht werden könnte, zumal unbestrittenermassen einzig die A. GmbH die Mieterträge eingenommen habe und die Aufteilung der Mieterträge in der «Vereinbarung 2005» klar geregelt sei (E. 5.6).

Es fällt auf, dass sich das Bundesgericht im Entscheid nicht ausdrücklich zur Frage aussern wollte, ob die Rechtsbeziehungen zwischen C. und der A. GmbH als einfache Gesellschaft oder als partiarisches Darlehen zu beurteilen sind. Die Vorinstanzen hatten sich eingehend mit dieser Frage beschäftigt. Die Abgrenzung der beiden Rechtsverhältnisse bereitet in der Praxis denn auch regelmäßig Schwierigkeiten. Und wie der vorliegende Entscheid zeigt, hat die Qualifikation erhebliche Auswirkungen, insbesondere auch in prozessualer Hinsicht. Im Hinblick auf die Anhebung eines Prozesses ist es für die Parteien daher ratsam, eine von ihrer eigenen Qualifikation allfällige abweichende Beurteilung des Rechtsverhältnisses durch das Gericht zu antizipieren.

Immerhin ging das Bundesgericht zu Recht davon aus, dass B. aus besagten Gründen nicht Partei einer allfälligen einfachen Gesellschaft (zwischen C. und der A. GmbH) war. Die blosse Tatsache, dass B. die Vereinbarung mitunterzeichnet hatte, verlieh ihm insbesondere angesichts seiner Funktion als Geschäftsführer der A. GmbH nicht die Stellung eines Gesellschafters (E. 5.3.2). Das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft setzt nämlich voraus, dass die Gesellschafter den Gesellschaftszweck in irgendeiner Weise fördern, mithin einen Beitrag zur Erreichung des Zwecks leisten. Die Tätigkeit von B. als Geschäftsführer der A. GmbH konnte nicht als ein solcher Beitrag betrachtet werden.

Zur im Entscheid thematisierten Frage der Gewinnherausgabe ist Folgendes festzuhalten: Ansprüche aus Sozialverbindlichkeiten der Gesellschaft – wozu auch der Anspruch auf Gewinn gehört – richten sich gegen die Gesamtheit der (übrigen) Gesellschafter (vgl. eingehend

dazu FELLMANN/MÜLLER, Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006, Art. 530 N 651 ff. m. w. H.). Bei Sozialverbindlichkeiten aus Verwaltungsrechten (wie etwa Informations- und Kontrollrechten) geht ein Teil der Lehre davon aus, der Anspruch könne aus praktischen Gründen unmittelbar gegen den sich dem Begehrn widersetzen Gesellschafter erhoben werden (FELLMANN/MÜLLER, Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006, Art. 530 N 653 m. w. H.). Für Ansprüche aus Sozialverbindlichkeiten aus Vermögensrechten (wie den Gewinnanspruch) wird diese Ansicht – soweit ersichtlich – nicht vertreten (vgl. auch FELLMANN/MÜLLER, Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006, Art. 530 N 652). Dass in der vom Bundesgericht vorliegend angenommenen Konstellation (Zweiparteiengesellschaft mit klar geregelter Gewinnbeteiligung) der Gewinn direkt vom (geschäftsführenden) Gesellschafter, der ihn eingegangen hat, soll herausverlangt werden können, erscheint zwar zweckmäßig. Ein solches Vorgehen ermöglicht es dem gewinnberechtigten Gesellschafter, zu seinem Recht zu kommen, ohne nacheinander zwei separate Verfahren führen zu müssen (so das Urteil OGer Zug [Z1 2020 5] vom 18. 2. 2022, E. 4.6). Die angesprochene Möglichkeit dieses (pragmatischen) Vorgehens dürfte indessen der konkreten Konstellation geschuldet sein und sich daher nicht verallgemeinern lassen (vgl. auch E. 5.5 sowie ferner Urteil OGer Zug [Z1 2020 5] vom 18. 2. 2022, E. 4.6 [Annahme einer stillen (Mehrparteien-)Gesellschaft]). Letztlich widerspricht die Durchsetzung einer Sozialverbindlichkeit aus Vermögensrechten gegen nur einen oder einzelne Gesellschafter der materiellrechtlichen Rechtslage (HANDSCHIN/VON-ZUN, Zürcher Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–551 OR, Zürich 2009, Art. 541 N 14).

Weitere (Kurz-)Besprechungen des Urteils 4A_139/2022 finden sich bei BUNDI/RUSSENBERGER, AJP 2023, 1000 ff.; JENTSCH/BECK, iusNet Gesellschaftsrecht vom 26. 1. 2023.

III. Kapitalgesellschaften

1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Aktivlegitimation: BGE 148 III 11 (Urteil 4A_36/2021 vom 1. November 2021)

Im Entscheid hatte sich das Bundesgericht damit zu befassen, in welchen Situationen ein Gläubiger zur Verantwortlichkeitsklage gegen Organe der Gesellschaft legitimiert ist.

Dem Urteil lag folgender, vorliegend stark vereinfachter Sachverhalt zugrunde: Die A. A. Ltd SPC war eine im Ausland domizilierte Investmentfondsgesellschaft, die verschiedene Unterfonds hielt, u. a. den X. Fonds. Gemäss einem *Administrative Service Agreement* zwischen der Investmentfondsgesellschaft und der C. AG war letztere mit der Verwaltung des X. Fonds beauftragt. Zu diesem Zweck wurde sie bevollmächtigt, Zahlungen von Konten der Investmentfondsgesellschaft zu tätigen. B. war zu gegebener Zeit Verwaltungsratspräsident der C. AG.

Die Investmentfondsgesellschaft klagte gegen B. wegen angeblich widerrechtlicher Zahlungen zulasten des X. Fonds (veruntreute Gelder) und verlangte Schadenersatz im Umfang von letztlich USD 25.67 Mio. aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.

In den amtlich publizierten Erwägungen befasste sich das Bundesgericht mit der Frage der Klagelegitimation der Investmentfondsgesellschaft als Gläubigerin der C. AG. Es hielt fest, die Klage, die ein Gesellschaftsgläubiger gegen die Organe einer Gesellschaft erheben könne – und damit auch dessen Aktivlegitimation – hänge von der Art des erlittenen Schadens ab (E. 3.2). Vorab müsse daher die Natur der Klage präzisiert werden (E. 3.2). Möglich seien drei Konstellationen:

1. Es liegt ein unmittelbarer bzw. direkter und ausschliesslich im Vermögen des Gläubigers eingetretener Schaden vor (*dommage direct*). In diesem Fall ist allein der Gläubiger innerhalb und ausserhalb des Konkurses klagelegitimiert. Diese Situation ist typischerweise gegeben, wenn ein Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft einen Kredit gewährt, den er bei rechtzeitiger Überschuldungsanzeige nicht gewährt hätte. Die Gesellschaft ist in einem solchen Fall nicht nur nicht geschädigt, vielmehr profitiert sie sogar von der zusätzlichen Liquidität (E. 3.2).

2. Es liegt ein mittelbarer bzw. indirekter Schaden des Gläubigers vor. Primär tritt die Schädigung im Vermögen der Gesellschaft und nur reflexartig – zufolge des Konkurses der Gesellschaft – im Vermögen des Gläubigers ein (*dommage par ricochet* [Reflexschaden]). In dieser Situation ist die Gesellschaft innerhalb und ausserhalb des Konkurses klagelegitimiert, während der Gläubiger nur im Konkurs klagen kann (E. 3.2).
3. Schliesslich ist denkbar, dass sowohl die Gesellschaft als auch der Gläubiger unmittelbar bzw. direkt geschädigt sind. In solchen Konstellationen gilt – jedenfalls für bestimmte Fälle – eine eingeschränkte Klagebefugnis des direkt geschädigten Gläubigers. Er kann nur dann seinen direkten Schaden einklagen, wenn das Verhalten des Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen, oder wenn die Schadenersatzpflicht in einem widerrechtlichen Verhalten des Organs i. S. v. Art. 41 OR oder einem Tatbestand der *culpa in contrahendo* gründet (E. 3.2).

Im vorliegenden Fall lag die dritte Konstellation vor (E. 3.2.3). Die C. AG haftete gegenüber der Investmentfondsgesellschaft, mithin der Klägerin, für ein allfälliges pflichtwidriges Verhalten ihres Organs B. aufgrund von Art. 55 Abs. 2 ZGB. Die C. AG (als Gesellschaft) war daher – neben der Investmentfondsgesellschaft (als Gläubigerin) – durch eine Erhöhung ihrer Verpflichtungen ebenfalls direkt geschädigt (E. 3.2.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht in einem solchen Fall zur Verhinderung eines Wettkaufs zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Gläubigern (bzw. Aktionären) bei der Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche eine Einschränkung der Klagebefugnis des direkt geschädigten Gläubigers (bzw. Aktionärs). Das Bundesgericht hat sich in den einschlägigen Entscheiden allerdings nicht explizit dazu geäussert, ob die Priorität der Klage der Gesellschaft unabhängig davon gelten soll, ob sie sich im Konkurs befindet oder nicht (E. 3.2.3.1).

Eine Einschränkung ist – so nun das Bundesgericht – nur gerechtfertigt, wenn tatsächlich zufolge paralleler Ansprüche des (unmittelbar geschädigten) Gläubigers und der Gesellschaft (bzw. der Konkursverwaltung), welche die Ansprüche der Gläubigergesamtheit gegen das Organ geltend macht, die Gefahr einer Konkurrenzierung

zulasten der Gesellschaft besteht. Solange die Gesellschaft aufrecht steht, ist keine Konkurrenzsituation gegeben (E. 3.2.3.1).

Die Rechtfertigung für die Beschränkung der Klagelegitimation, nämlich die Tatsache, dass die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger beeinträchtigt wären, weil die Konkursverwaltung bei Verantwortlichkeitsklagen regelmässig erst nach der zweiten Gläubigerversammlung aktiv werden kann, während direkt geschädigte Gläubiger sofort klagen können, entfällt (E. 3.2.3.1). In der Lehre wird denn auch ausgeführt, ausserhalb des Konkurses bestehe keine Einschränkung der Aktivlegitimation des Aktionärs bzw. des Gläubigers (E. 3.2.3.1).

Auch aufgrund der Art des Schadens besteht kein Grund für eine Priorisierung der Klage der Gesellschaft. Die (angeblich) widerrechtliche Handlung führte vorliegend zu zwei Schadenersatzforderungen – eine gegen das Organ und eine gegen die Gesellschaft – für ein und denselben Schaden (E. 3.2.3.1). Der Schaden der Gläubigerin war kein blosser Reflexschaden. Vielmehr bestand zwischen beiden Schadenersatzforderungen unechte Solidarität, und die Gläubigerin konnte wählen, ob sie gegen das Organ oder gegen die Gesellschaft vorgehen will (E. 3.2.3.1). Wird die Gesellschaft in Anspruch genommen und muss sie in der Folge leisten, kann sie Rückgriff auf das verantwortliche Organ nehmen (Art. 51 Abs. 2 OR; E. 3.2.3.1).

Ausserhalb eines Konkurses besteht in derjenigen Konstellation, in der sowohl die Gesellschaft als auch der Gläubiger unmittelbar bzw. direkt geschädigt sind, demnach mangels Konkurrenzsituation keine Einschränkung der Klagebefugnis des Gläubigers. Eine Einschränkung in dem Sinne, dass der Gläubiger nur aktiv legitimiert wäre, wenn er seine Klage mit einer unerlaubten Handlung, einer *culpa in contrahendo* oder einer Verletzung einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründen kann, rechtfertigt sich nicht (E. 3.2.3.2). Eine Einschränkung der Aktivlegitimation der Gläubigerin bestand im vorliegenden Fall somit nicht.

Das Bundesgericht bestätigte im Entscheid einerseits seine Rechtsprechung, wonach die Klage eines Gesellschaftsgläubigers – und damit auch dessen Aktivlegitimation – von der Art des erlittenen Schadens abhängt. Andererseits stellte es klar, dass bei einem direkten bzw. unmittelbaren Schaden sowohl der Gesellschaft als auch des Gläubigers bzw. Aktionärs die Klagebefugnis letzterer nur im Konkurs der Gesellschaft eingeschränkt ist. Steht die Gesellschaft aufrecht, ist

eine Einschränkung der Aktivlegitimation der Gläubiger bzw. Aktionäre nicht gerechtfertigt, weil keine Konkurrenzsituation besteht.

Diese höchstrichterliche Klarstellung ist zu begrüssen und dürfte letztlich der Grund für die amtliche Publikation des Urteils sein. Sie vermeidet Missverständnisse hinsichtlich der Einschränkung der Klagebefugnis in Konstellationen ausserhalb eines Konkurses. In einer solchen Situation soll sich der Gläubiger nicht auf eine *ausschliesslich* zum Schutz der Gläubiger konzipierte Bestimmung des Gesellschaftsrechts stützen müssen (E. 3.2.3.2). Es genügt, wenn er sich auf eine Vorschrift stützen kann, die sowohl den Schutz der Gesellschaft als auch den Schutz der Gläubiger bezweckt (Norm mit doppelter Schutzwirkung; E. 3.2.3.2). Dazu gehören nach Ansicht des Bundesgerichts namentlich die Bilanzvorschriften und die Bestimmungen über das Verhalten bei eingetreterner Überschuldung (E. 3.2.3.2).

Für den Fall ausserhalb eines Konkurses weicht das Bundesgericht somit von seiner restriktiven Praxis ab. Im Konkurs hingegen wird weiterhin eine exklusive Schutznorm verlangt. Dies ist nicht unproblematisch, weil die Schutznormen des Aktienrechts damit eine Sonderbehandlung erfahren (vgl. BÄRTSCHI, AJP 2022, 273) und exklusive aktienrechtliche Schutznormen kaum zu finden sind (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 16 N 129). Mangels Exklusivität können sie im Konkursfall nicht als Grundlage eines Anspruchs des unmittelbar geschädigten Gläubigers herangezogen werden. Die «mit hearem Ziel, aber ohne gesetzliche Grundlage» (BÄRTSCHI, AJP 2022, 272) statuierte Einschränkung der Klagebefugnis bzw. Sonderbehandlung aktienrechtlicher Schutznormen wird in der Lehre denn auch kritisiert (vgl. dazu eingehend etwa BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 16 N 152 ff. und 174 ff. m. w. H.). Dabei darf indessen nicht übersehen werden, dass nach einer nun jahrzehntelangen Praxis das geltende Richterrecht wenigstens eine relative Rechtssicherheit geschaffen hat, mit der es sich (in der Praxis) leben lässt. Und im Übrigen wird wohl zu Recht festgehalten, es sei unwahrscheinlich, dass sich die der «Raschein»-Doktrin «angelasteten Komplexitäten mit einer der vorgeschlagenen Alternativlösungen ohne neue Probleme reduzieren liessen» (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 16 N 183).

Klar ist demgegenüber, dass es nicht ausreicht, wenn sich der Gläubiger auf eine aktienrechtliche Bestimmung beruft, die lediglich den Schutz der Gesellschaft bezweckt. Insofern genügt die Anrufung

der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach Art. 717 OR nicht, denn diese Vorschrift ist keine Bestimmung, die auch den Gläubigerschutz zweckt; sie begründet lediglich Pflichten gegenüber der Gesellschaft (E. 3.2.3.2).

Im Entscheid machte das Bundesgericht ferner Ausführungen zu prozessualen Aspekten, insbesondere zur qualifizierten Bestreitungslast bzw. sog. sekundären Darlegungslast der beklagten Partei (unpubl. E. 5, 6 und 7). Es kam – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – zum Schluss, die Widerrechtlichkeit der von B. vorgenommenen Zahlungen (als Voraussetzung von Art. 41 OR) sei von der Klägerin hinreichend substanziiert worden (E. 7.2.2). Wenn B. mit seiner Bemerkung in der Duplik andeutet, jemand anders könnte die Überweisungen «angeordnet» haben, wäre es an ihm gewesen, dies zu substanzieren, zumal er am besten wissen konnte, wie es zur Unterzeichnung durch ihn gekommen sei. Insofern unterliege B. einer qualifizierten Bestreitungslast (E. 6.4.2). Diese nicht amtlich publizierten Erwägungen sind im Schadenersatzrecht auch ausserhalb der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von weitreichender Bedeutung. Für eine Würdigung dieser Aspekte wird auf FELLMANN verwiesen, nach dessen Ansicht das Urteil angesichts der klaren prozeduralen Rollenverteilung zwischen den Parteien in diesem Punkt höchst problematisch erscheine, weil es eine gravierende Rechtsunsicherheit schaffe (FELLMANN, HAVE 2022, 34 ff., 37). Zu den prozessualen Aspekten siehe ferner BÄRTSCHI, AJP 2022, 277 f., der u. a. darauf hinweist, es sei «[a]uffällig und gleichzeitig bedenklich [...], dass das Bundesgericht grundlegende Voraussetzungen der Klage wie die Aktivlegitimation, den Schaden und die Widerrechtlichkeit diametral anders eingeschätzt [...] [habe] als die Vorinstanz» (BÄRTSCHI, AJP 2022, 272), sowie STOJILJKOVIC, ZZZ 2022, 3 ff.

Weitere Besprechungen zu BGE 148 III 11 finden sich bei BÄRTSCHI, AJP 2022, 269 ff.; CHABLOZ/VRACA, SZW 2022, 264 ff.; vgl. auch CANAPA/GRISONI, ZSR 142 (2023) I, 67 ff.

2. Ende des Verwaltungsratsmandats: BGE 148 III 69 (Urteil 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021)

Im vorliegenden Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob Verwaltungsratsmitglieder nach Ablauf eines halben

Jahres nach Ende des letzten Geschäftsjahres ihrer Amtszeit weiter im Amt bleiben, wenn entgegen Art. 699 Abs. 2 OR innerhalb der Sechsmonatsfrist keine Generalversammlung durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrats nicht traktandiert wird.

Zusammengefasst präsentierte sich der Sachverhalt wie folgt: Die A. AG war als Joint Venture von der B. AG und zwei chinesischen Geschäftsleuten gegründet worden. Anlässlich der GV der A. AG vom 16. April 2019 wurden u. a. die Verwaltungsratsmitglieder G. und C. für die statutarische Amtszeit bis zum 31. Dezember 2019 bestätigt. Nachdem die A. AG trotz Aufforderung der B. AG für das Jahr 2020 keine GV einberufen hatte, gelangte letztere am 21. Mai 2021 ans Handelsgericht Zürich und verlangte die zeitlich befristete Einsetzung eines Sachwalters, der für die Einberufung einer GV und die Wahl eines Verwaltungsrats besorgt sein sollte. Das Handelsgericht hiess das Gesuch gut mit der Begründung, das Fehlen eines Verwaltungsrats stelle einen Organisationsmangel i. S. v. Art. 731b OR dar. Die A. AG gelangte daraufhin mit Beschwerde ans Bundesgericht und rügte eine fehlerhafte Anwendung von Art. 731b OR. Sie vertrat die Ansicht, dass kein Organisationsmangel vorliege, weil die Amtsdauer der Verwaltungsratsmitglieder sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres nicht *eo ipso* geendet, sondern sich stillschweigend verlängert hätte.

Das Bundesgericht führt in seinen Erwägungen aus, in der Lehre würden in Bezug auf die Frage, wann das Verwaltungsratsmandat endet, wenn die Wahl des Verwaltungsrats unterbleibt, verschiedene Ansichten vertreten (zu den einzelnen Lehrmeinungen vgl. E. 3.1.1–3.1.3). Es selbst hatte bislang zu dieser Frage noch keine Stellung genommen, allerdings in BGE 140 III 349 festgehalten, dass eine Statutenbestimmung, die zur Vermeidung einer allfälligen Blockadesituation im Aktionariat eine automatische Wiederwahl der Verwaltungsratsmitglieder vorsehe, dem unübertragbaren Recht der Generalversammlung, die Mitglieder des Verwaltungsrats zu wählen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), widerspreche (E. 3.2).

Die Generalversammlung müsse – so das Bundesgericht – ihr Wahlrecht durch explizite Willenskundgebung wahrnehmen können. Eine Fortsetzung des Verwaltungsratsmandats sei daher nur bei positiver Willensäusserung möglich. Weigere sich der Verwaltungsrat, eine Generalversammlung einzuberufen, könnten die Aktionäre ihr Wahlrecht nicht ausüben (E. 3.3). Der Verwaltungsrat habe es in der Hand, für die ordnungsgemäße Durchführung der Generalversamm-

lung zu sorgen bzw. die Wahl zu traktandieren und damit die Beendigung des Mandats zu verhindern (E. 3.4).

Würde das Verwaltungsratsmandat durch Nichteinberufung der Generalversammlung verlängert, könnte der Verwaltungsrat im Ergebnis die unentziehbare Kompetenz der Generalversammlung zur Wahl des Verwaltungsrats umgehen, was – so das Bundesgericht – umso stossender anmute, wenn die Wahl nicht bloss vergessen, sondern mit dem Ziel, das Amt beizubehalten, verhindert werde (E. 3.3).

Nach Ansicht des Bundesgerichts endet das Verwaltungsratsmandat demnach mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres, wenn keine Generalversammlung durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrats nicht traktandiert wird (E. 3.5). Die Fortdauer bzw. stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats ist damit ausgeschlossen. Die Nicht(wieder)wahl des Verwaltungsrats innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf seiner Amtszeit führt zu einem Organisationsmangel.

In rechtlicher Hinsicht ist der Entscheid nachvollziehbar. Zudem schafft er Rechtssicherheit, indem er eine bislang umstrittene Frage klärt. Allerdings hat er in praktischer Hinsicht schwerwiegende Konsequenzen. Dies gilt insbesondere für private Gesellschaften, die zum Teil im Vertrauen darauf, dass es sich bei der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR um eine blosse Ordnungsvorschrift handelt, diese in der Vergangenheit nicht immer eingehalten haben (HÄUSERMANN/MÜLLER, GesKR 2022, 279). Vereinzelt könnten auch börsenkotierte Gesellschaften von der Rechtsprechung betroffen sein, nämlich dann, wenn sie nicht in der Lage sind, den Geschäftsbericht rechtzeitig zu publizieren, und die Generalversammlung demnach nicht innerhalb der Frist von sechs Monaten abgehalten werden kann (HÄUSERMANN/MÜLLER, GesKR 2022, 279 f.). Die Konsequenzen für die Praxis sind dem höchsten Gericht durchaus bewusst, führt es doch aus, «eine unliebsame Konsequenz einer regelwidrigen Situation [...] [vermag] dieselbe nicht zu legitimieren» (E. 3.4). Mit der regelwidrigen Situation war die Nichtdurchführung der ordentlichen Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR bzw. die Nichtwahl des Verwaltungsrats gemeint.

Wegen seiner (negativen) praktischen Auswirkungen wird der Entscheid in der Lehre verschiedentlich kritisiert (vgl. etwa HÄUSERMANN/MÜLLER, GesKR 2022, 278 ff.; zustimmend demgegenüber HOHLER/BÄHLER, SZW 2022, 280 ff., 283). Es wird zu Recht darauf

hingewiesen, dass als «Kollateralschaden» des Urteils ein automatischer Organisationsmangel bei vielen Gesellschaften resultieren dürfte; ob dies tatsächlich, wie behauptet, «massenweise» der Fall sein wird, sei dahingestellt (so aber HÄUSERMANN/MÜLLER, GesKR 2022, 284). Das Problem des vorliegenden Falls lag darin, dass der Verwaltungsrat sich weigerte, seiner Einberufungspflicht nachzukommen, und damit gar kein Verwaltungsrat gewählt werden konnte, wodurch die Gesellschaft letztlich handlungsunfähig war. Diesem Problem versuchte das Bundesgericht in der erörterten Art und Weise zu begreifen, allerdings mit weitreichenden Folgen für die Praxis. Es gilt auch im vorliegenden Fall: *hard cases make bad law* (so HÄUSERMANN/MÜLLER, GesKR 2022, 285). Obwohl die Frist nach Art. 699 Abs. 2 OR als blosse Ordnungsvorschrift qualifiziert wird (vgl. etwa DUBS/TRUFFER, BSK OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 699 N 22), zieht ihre Verletzung – nach dem vorliegenden Entscheid – schwerwiegende Konsequenzen nach sich.

Nach Ansicht des Bundesgerichts wird der gute Glaube Dritter in den Handelsregistereintrag nicht gefährdet. Dritte dürfen grundsätzlich auf den Handelsregistereintrag vertrauen, soweit ihnen nicht positiv bekannt ist, dass die Amtszeit der eingetragenen Verwaltungsratsmitglieder geendet hat (Art. 936b Abs. 3 OR; E. 3.4). Ein Verwaltungsratsmitglied, das nach Ablauf seiner Amtszeit weiter waltet, soll als faktisches Organ handeln (vgl. E. 3.4). Weil nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine rechtsgeschäftliche Vertretung der Gesellschaft durch ein faktisches Organ ausgeschlossen ist (BGE 146 III 37 [Pra. 2020 Nr. 36]), kann die Vertretungswirkung in diesem Fall aber nur aufgrund des Gutglaubensschutzes des Dritten und nicht aufgrund einer tatsächlich noch bestehenden Vertretungsmacht zustande kommen.

Weiter führte das Bundesgericht aus, die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger blieben geschützt, weil auch faktische Organe der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehen würden (E. 3.4). Dass faktische Organe im Rahmen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage passiv legitimiert sind, ist unbestritten. Soweit eine Pflichtverletzung im Sinne einer Unterlassung der Benachrichtigung des Gerichts im Falle einer Überschuldung zur Diskussion steht, kann ein faktisches Organ aber nur ausnahmsweise zur Verantwortung gezogen werden, weil es sich bei der Pflicht zur Bilanzdeponierung um eine unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrats handelt

(vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR). Letztlich würde der faktische Verwaltungsrat (nach Ablauf seiner Amtszeit) – in einem in der Praxis wichtigen Fall – von einem Haftungsprivileg profitieren. Die Überlegungen des Bundesgerichts sind somit nicht in allen Konsequenzen zu Ende gedacht (vgl. auch HÄUSERMANN/MÜLLER, GesKR 2022, 281 f.; HOHLER/BÄHLER, SZW 2022, 283 ff.).

Die Frage, wie es sich mit der Rechtsstellung der Revisionsstelle verhält, wenn nach Ablauf deren Amtsdauer keine Generalversammlung stattfindet (und die Jahresrechnung daher nicht abgenommen werden kann), musste das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid nicht beantworten. Die Gesellschaft hatte nämlich aufgrund eines zulässigen *opting out* keine Revisionsstelle (Urteil HGer Zürich [HE210084-O] vom 13. 8. 2021, E. 3.5b). Aus dem Gesetz ergibt sich, dass die Überlegungen des Bundesgerichts auf diesen Fall nicht übertragen werden können: Nach Art. 730a Abs. 1 S. 2 OR endet das Amt der Revisionsstelle mit der Abnahme der letzten Jahresrechnung ihrer Amtsperiode. Die Amtsdauer der Revisionsstelle verlängert sich demnach – im Unterschied zu derjenigen eines Verwaltungsratsmitglieds – entsprechend, wenn die Abnahme der Jahresrechnung nicht wie geplant an der dem Geschäftsjahr folgenden ordentlichen Generalversammlung stattfinden kann (REUTTER, BSK OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 730a N 4; vgl. auch HÄUSERMANN/MÜLLER, GesKR 2022, 282 f.). Bereits in einem älteren Entscheid (zum OR 1936) hatte das Bundesgericht ausgeführt, «die Amtsdauer der Kontrollstelle [kann] erst mit der ihr obliegenden Berichterstattung an die Generalversammlung zu Ende gehen. Findet die Generalversammlung nicht statt, so ist die logische Folge daraus, dass auch die Amtsdauer der Kontrollstelle nicht ablaufen kann, sondern sich automatisch verlängert und solange weiterdauert, bis wieder eine Generalversammlung abgehalten wird. Die gegenteilige Annahme würde zu äusserst stossenden Ergebnissen führen» (BGE 86 II 171, E. 1d). Unterlässt es der Verwaltungsrat, eine Generalversammlung einzuberufen, an der die letzte Jahresrechnung abgenommen werden kann, hat die Revisionsstelle dieser Aufgabe nachzukommen (vgl. Art. 699 Abs. 1 OR). Lässt die Revisionsstelle «den Dingen ihren Lauf» und beruft die Generalversammlung nicht ein, begeht sie eine Pflichtverletzung (KILCHMANN/FRIES, EF 2022, 506 m. w. H.).

Weitere Besprechungen zu BGE 148 III 69 finden sich bei FACINCANI/WISSLER, AJP 2022, 279 ff.; HÄUSERMANN/MÜLLER,

GesKR 2022, 278 ff.; HOHLER/BÄHLER, SZW 2022, 280 ff.; KILCHMANN/FRIES, EF 2022, 503 ff.; KOCATÜRK, REPRAX 2023, 27 ff.; SUTTER, Jusletter 25. April 2022.

3. Erleichterte Fusion, indirekte Beteiligungsverhältnisse: BGE 148 III 362 (Urteil 4A_110/2022 vom 16. August 2022)

In diesem Entscheid stellte sich die Frage, ob eine erleichterte Fusion nach Art. 23 Abs. 1 FusG auch bei *indirekten* Beteiligungsverhältnissen möglich ist.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: B. war einziger Aktionär der A. AG und Gesellschafter der C. GmbH mit 60% des Stammkapitals. 40% des Stammkapitals der C. GmbH hielt die D. GmbH. Die Stammanteile der D. GmbH gehörten zu 91% B., 9% hielt die D. GmbH selbst (eigene Stammanteile). B. meldete beim Handelsregisteramt des Kantons Zug die Fusion der A. AG mit der C. GmbH zur Eintragung im erleichterten Verfahren an (Absorption: Übernahme der C. GmbH durch die A. AG). Er stützte sich dabei auf Art. 23 f. FusG (erleichterte Fusion von verbundenen Kapitalgesellschaften). Das Handelsregisteramt verweigerte die Eintragung der Fusion. Es stellte sich auf den Standpunkt, die Voraussetzungen für eine Fusion im erleichterten Verfahren nach Art. 23 FusG seien nicht erfüllt.

Das Bundesgericht führte in seinen Erwägungen aus, die Anwendung von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG setze voraus, dass jemand (oder eine Personengruppe) alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitze, die ein Stimmrecht gewähren (E. 3). Ob das in Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG vorausgesetzte Erfordernis, alle Anteile zu besitzen, auch erfüllt sei, wenn die Anteile nicht unmittelbar, sondern indirekt über eine oder mehrere (jeweils vollständig kontrollierte) Zwischengesellschaften gehalten würden, werde kontrovers beurteilt (E. 3). Nach der Praxis des EHRA (und einem Teil der Lehre) sei die erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen ausgeschlossen, was vor allem mit Hinweis auf den Gläubigerschutz der zwischengeschalteten Gesellschaft(en) begründet werde (E. 5.1). Ein (zumindest quantitativ) grosser Teil der Lehre möchte hingegen die erleichterte Fusion auch für Schwestergesellschaften «unterschiedlicher Stufe» zulassen (E. 5.2.1).

Im vorliegenden Fall stand keine unmittelbare Schwesterfusion, d. h. eine Fusion der A. AG mit der D. GmbH, zur Diskussion, sondern eine Fusion der «Enkelin» mit der «Tante», mithin der C. GmbH und der A. AG.

Der Teil der Lehre, der sich für die Zulässigkeit einer erleichterten Fusion auch bei indirekten Beteiligungsverhältnissen ausspricht, argumentiert vorab mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Die Sachlage sei bei indirekten hundertprozentigen Beteiligungsverhältnissen die gleiche wie bei einer direkten Beteiligung (E. 5.2.2). Ferner sei bei einem Vorgehen «in zwei Schritten» – zunächst Übernahme der «Enkelin» durch deren Muttergesellschaft (die Zwischengesellschaft) nach Art. 23 Abs. 1 lit. a FusG und anschliessende Fusion der Zwischengesellschaft mit deren Schwestergesellschaft gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG – das erleichterte Verfahren für beide Schritte zulässig. Es lasse sich daher nicht rechtfertigen, die Erleichterungen zu verweigern, wenn die Fusion statt in zwei Transaktionen direkt in einem Zug vollzogen werde (E. 5.2.2).

Ohne auf diese Überlegungen näher einzugehen, räumte das Bundesgericht ein, es scheine jedenfalls plausible Gründe zu geben, dass der Gesetzgeber im Sinne der Zulässigkeit der erleichterten Fusion auch bei indirekten hundertprozentigen Beteiligungsverhältnissen hätte legiferieren können (E. 5.2.3). Allerdings habe er dies nicht getan (E. 6), obwohl in der Vernehmlassung verschiedentlich angeregt worden sei, in Art. 23 FusG auch indirekte Beteiligungsverhältnisse zu erfassen (E. 6.2).

Das Bundesgericht hatte im letzten Jahrhundert zwar verschiedentlich Fusionen und Umwandlungen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage erlaubt und den Grundsatz des *numerus clausus* für diesen Bereich für nicht anwendbar erklärt. Diese Rechtsprechung ist nach dem Inkrafttreten des FusG aber überholt. Das Gesetz sieht einen *numerus clausus* zulässiger Umstrukturierungen und insbesondere zulässiger Fusionen vor (E. 6.1). Art. 23 FusG führt diesen gesetzlichen Grundgedanken fort: Für abschliessend aufgezählte Tatbestände lässt das Gesetz die erleichterte Fusion zu. Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG knüpft einzig und unmittelbar an den Besitz der Anteile der an der Fusion beteiligten Gesellschaften an (E. 6.2).

Das Bundesgericht betont, ein solcher Formalismus sei nicht Selbstzweck, sondern diene der Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und Transparenz (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 FusG; E. 6.2). Es sei nicht Auf-

gabe der Gerichte, das bisweilen als unbefriedigend empfundene Gesetz in berichtigender Rechtsschöpfung zu korrigieren (E. 6.3). Ausschlaggebend könne nicht sein, was aus rechtspolitischer Sicht allenfalls – wenn auch mit plausiblen Gründen – wünschbar sein möge. Die vom Gesetzgeber bewusst so gewollte Regelung sei für die rechtsanwendenden Behörden massgebend (E. 6.3). Es liege demnach keine vom Gericht zu füllende gesetzliche Lücke vor (E. 6.3).

Die Voraussetzungen für eine erleichterte Fusion nach Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG sind nach Ansicht des Bundesgerichts nur gegeben, wenn der Rechtsträger, die natürliche Person oder die gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe die (Stimmrechts-)Anteile der an der Fusion beteiligten Gesellschaften direkt besitzt (E. 6.4). Bei indirekten Beteiligungsverhältnissen ist eine erleichterte Fusion nach Art. 23 Abs. 1 FusG demgegenüber nicht möglich. Das Handelsregisteramt Zug hatte die Eintragung der Fusion der A. AG mit der C. GmbH im erleichterten Verfahren daher zu Recht verweigert (E. 6.5).

Der Entscheid des Bundesgerichts schafft insofern Rechtssicherheit, als klargestellt wird, dass eine erleichterte Fusion nur bei direkten Beteiligungsverhältnissen zulässig ist. Während dies mit Blick auf die gesetzliche Bestimmung und ihre Entstehungsgeschichte durchaus vertretbar erscheint, lässt das Urteil eine fundierte Begründung vermissen. Das Bundesgericht setzt sich inhaltlich nicht mit den Argumenten der Lehre auseinander, sondern hält lediglich fest, der Gesetzgeber hätte die erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen nicht erlauben wollen, auch wenn es durchaus «plausible Gründe» für eine andere Normierung gegeben hätte. Es lehnt eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ab und orientiert sich strikt am Wortlaut und an den Gesetzesmaterialien.

In der Literatur (vgl. dazu das vom Bundesgericht in E. 5.2.1 erwähnte Schrifttum) wird verschiedentlich darauf hingewiesen, eine erleichterte Fusion berge bei indirekten hundertprozentigen Beteiligungsverhältnissen keine grösseren Risiken als das ordentliche Fusionsverfahren. Es gebe keine Minderheitsgesellschafter, die durch die Erleichterungen gefährdet werden könnten. Weiteren zusätzlich involvierten Personen (etwa Gläubigern oder Arbeitnehmern) entstünden bei der erleichterten Fusion keine Nachteile, da die Bestimmungen über den Gläubiger- sowie Arbeitnehmerschutz auch hier gelten würden (E. 5.2.2). Die Differenzierung zwischen direkten und indirekten Beteiligungsverhältnissen wird als unsachlich angesehen, zumal der

Wortlaut der umstrittenen Bestimmung Fälle von indirekten Beteiligungsverhältnissen nicht *per se* ausschliessen und eine stärker an den wirtschaftlichen Bedürfnissen ausgerichtete Auslegung zulassen würde (GRIVEL, AJP 2023, 93; vgl. auch BERNASCONI/HASLER, GesKR 2022, 520).

In diesem Sinn wird das Urteil in der Literatur denn auch kritisiert. Ein Teil der Lehre vermisst in der Argumentation des Bundesgerichts den ansonsten postulierten Methodenpluralismus bei der Gesetzesauslegung (vgl. etwa BERNASCONI/HASLER, GesKR 2022, 520 f.; GRIVEL, AJP 2023, 92 f.). Eine stärker wirtschaftliche Betrachtungsweise hätte die Abwicklung von Fusionen attraktiver machen können, ohne dass die vom Gesetzgeber postulierten Schutzziele des FusG infrage gestanden hätten (vgl. auch GRIVEL, AJP 2023, 92 f.). Der Entscheid wird als «etwas mutlos und formalistisch» empfunden (so BÄRTSCHI, iusNet Gesellschaftsrecht vom 29.9.2022, 3). Die kritischen Stimmen gehen (wenigstens implizit) von einer «gesetzesimmanenten Lücke» aus. Die (unterstellte) planwidrige Unvollständigkeit hätte daher vom Gericht behoben werden können. Das Bundesgericht hingegen nimmt keine «zu füllende gesetzliche Lücke» an und geht von einem qualifizierten Schweigen aus (E. 6.3). Soweit eine rechtspolitische Lücke vorliegt (so auch GALLI/VISCHER, SZW 2023, 373 ff., insbes. 378), ist eine Rechtsfortbildung durch die Gerichte ausgeschlossen (zur Unterscheidung von «gesetzesimmanenter» und «rechtspolitischer» Lücken vgl. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, 214 ff.). Der Entscheid wird daher von einer anderen Literaturstimme als dogmatisch korrekt und «alles andere als mutlos» angesehen (so GALLI/VISCHER, SZW 2023, 378, die von einem «mutigen Urteil» sprechen). Die Abgrenzungsfrage, ob eine «gesetzesimmanente» oder eine «rechtspolitische» Lücke vorliegt, kann – wie KRAMER zu Recht ausführt – «nicht mit an sich wünschenswerter Exaktheit beantwortet werden [...] und [hängt] im Einzelfall unvermeidlicher Weise sehr viel vom mehr oder minder ausgeprägten rechtspolitischen Impetus des Interpreten ab[...]» (KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, 217 f.). In diesem Sinn kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob das Bundesgericht nun mutlos oder doch eben mutig war. Aus Sicht der Gewaltenteilung verdient das Urteil jedenfalls Zustimmung; eine Gesetzeskorrektur ist (primär) Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Gerichte (so auch BÄRTSCHI, iusNet Gesellschaftsrecht vom 29.9.2022, 3; BERNASCONI/HASLER, GesKR 2022, 521).

Weitere Besprechungen zu BGE 148 III 362 finden sich bei BÄRTSCHI, iusNet Gesellschaftsrecht vom 29.9.2022; BERNASCONI/HASLER, GesKR 2022, 517 ff.; CHABLOZ/AYMON, SZW 2023, 348 ff. und 356 f.; GALLI/VISCHER, SZW 2023, 369 ff.; GRIVEL, AJP 2023, 90 ff.

IV. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Urteile

1. **Revisionshaftung, unbezifferte Forderungsklage: BGE 148 III 322 (Urteil 4A_581/2021 vom 3. Mai 2022)**

In diesem Entscheid stellte sich die Frage, bis zu welchem Verfahrenszeitpunkt die klagende Partei die Zulässigkeit der von ihr erhobenen unbezifferten Forderungsklage nachweisen muss, mithin zu begründen hat, weshalb die Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist. Dabei handelt es sich vorab um ein prozessrechtliches Urteil, das aber auch gesellschaftsrechtlich von Bedeutung ist. Gerade bei Verantwortlichkeitsklagen, wie vorliegend bei einer Klage gegen die Revisionsstelle im Sinne von Art. 755 OR, ist es mitunter schwierig, den Schaden zu beziffern, weshalb sich die klagende Partei mit einer unbezifferten Forderungsklage «behilft».

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die A. AG war von Dezember 2009 bis Anfang 2015 als Revisionsstelle der B. AG tätig. Am 30. Januar 2015 wurde über die B. AG der Konkurs eröffnet. Am 12. Dezember 2018 reichte die Konkursmasse der B. AG in Liquidation Klage ein und beantragte, die A. AG sei zu verurteilen, ihr «einen CHF 100 000.00 übersteigenden Betrag» nebst Zins zu bezahlen. Sie stützte ihre Klage auf die Revisionshaftung nach Art. 755 OR und wies ferner auf Art. 85 ZPO (unbezifferte Forderungsklage) hin. Zur Begründung führte sie aus, der Schadensbetrag könne «erst nach dem Beweisverfahren, d. h. nach Vorliegen des Expertengutachtens», bestimmt werden. Zurzeit sei es ihr «weder möglich noch zumutbar, den Forderungsbetrag exakt zu beziffern». Die A. AG machte ihrerseits geltend, das Klagebegehren sei nicht hinreichend beziffert und die Voraussetzungen für eine unbezifferte Forderungsklage seien in der Klageschrift nicht dargelegt worden, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei.

In seinen Erwägungen ruft das Bundesgericht vorab in Erinnerung, dass ein Rechtsbegehren, mit dem die Zahlung eines Geldbetrags verlangt werde, zu beziffern sei (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Sei dies zu Beginn des Prozesses unmöglich oder unzumutbar, namentlich weil erst das Beweisverfahren die Grundlage für die Bezifferung der Forderung liefere, könne eine unbezifferte Forderungsklage erhoben werden. In diesem Fall müsse im Sinne eines vorläufigen Streitwerts ein Mindestwert angegeben werden (Art. 85 Abs. 1 ZPO; E. 2.1). Der pauschale Hinweis auf «fehlende Informationen» stelle dabei keine genügende Begründung für eine unbezifferte Forderungsklage dar. Vielmehr müsse nachgewiesen werden, dass und inwieweit eine Bezifferung objektiv unmöglich und/oder unzumutbar sei (E. 2.2).

Vorliegend war umstritten, bis zu welchem Zeitpunkt im Verfahren die klagende Partei darzutun hat, weshalb die Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist und damit eine unbezifferte Forderungsklage zulässig (E. 2.3). Das Gesetz regelt diese Frage nicht explizit (E. 3.1). Die Klägerin hatte sich erst im zweiten Schriftenwechsel – nach dem Antrag der Beklagten auf Nichteintreten – eingehend dazu geäussert, aus welchen Gründen es ihr unmöglich bzw. unzumutbar sei, ihre Forderung zu beziffern (E. 2.3.3).

Das Bundesgericht führte aus, die strittige Frage betreffe die Formulierung des Rechtsbegehrens und sei daher aufgrund der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und der diesbezüglichen Rechtsprechung zu beantworten (E. 3.1). Das Rechtsbegehren bestimme, worüber gestritten werde. Es müsse so bestimmt formuliert sein, dass es bei Gutheissung der Klage zum Urteil erhoben werden könne, weshalb eine Klage auf Geldzahlung grundsätzlich zu beziffern sei (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Die Bezifferung bestimme den Ablauf des Zivilprozesses von Beginn an und sei auch in verschiedener anderer Hinsicht massgeblich. Daher müsse sie zwingend im verfahrenseinleitenden Schriftstück, d. h. der Klageschrift, enthalten sein (E. 3.2). Um jener Klägerin entgegenzukommen, die nicht in der Lage sei, die Höhe ihres Anspruchs genau anzugeben, oder der dies nicht zuzumuten sei, sei der Gesetzgeber in Art. 85 Abs. 1 ZPO von diesem Grundsatz abgewichen (E. 3.3). Vor dem Hintergrund der mit der unbezifferten Forderungsklage nach Art. 85 Abs. 1 ZPO verbundenen Vorteile für die klagende Partei und der elementaren Bedeutung der Bezifferung des Rechtsbegehrens sei von dieser zu verlangen, dass sie

bereits in der Klageschrift aufzeige, dass und inwiefern eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar sein soll (E. 3.4).

Dem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen, und es ist zu begrüßen, dass das Bundesgericht in Bezug auf die Frage, bis zu welchem Verfahrenszeitpunkt die klagende Partei die Zulässigkeit der von ihr erhobenen unbezifferten Forderungsklage nachweisen muss, Klarheit schafft: Entweder beziffert die klagende Partei in der Klageschrift ihr Begehren auf Bezahlung eines Geldbetrags oder sie legt darin dar, weshalb ihr dies unmöglich oder unzumutbar sein soll. Insofern besteht eine «Parallelität» (E. 3.4). Für diese Lösung sprechen auch prozessuale Überlegungen (vgl. dazu E. 3.5–3.7).

Wenn die Klägerin die Voraussetzungen für die Erhebung einer unbezifferten Forderungsklage nicht darlegt, ist – so das Bundesgericht – auf die «bewusst nicht bezifferte Klage» nicht einzutreten, und zwar ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) und ohne Ansetzung einer Nachfrist nach Art. 132 ZPO. Dies soll jedenfalls für eine anwaltlich vertretene Partei gelten (E. 4; kritisch zur fehlenden Nachbesserungsmöglichkeit ARNOLD, AJP 2022, 1270 f.). Der in der Literatur teilweise vertretenen Ansicht, bei unzureichender Substanziierung der Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer unbezifferten Forderungsklage sei der angegebene Mindestwert «als geltend gemachte Klageforderung zu interpretieren», erteilt das Bundesgericht eine Absage. Eine solche «Uminterpretation» des Klagebegehrens wäre fragwürdig (E. 4 mit Literaturhinweisen).

Insbesondere aus prozessökonomischer Sicht ergibt es Sinn, die Begründung der Zulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu verlangen, damit das Gericht bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen bereits frühzeitig im Prozess einen Nichteintretentscheid fällen kann (vgl. HODEL, ZZZ 2022, 450). Aber auch im Interesse der beklagten Partei soll sich der Kläger, der von der Ausnahme von der Bezifferungspflicht nach Art. 85 Abs. 1 ZPO profitieren will, möglichst frühzeitig zu den Voraussetzungen äussern müssen, weil ansonsten der Prozess nicht mit gleich langen Spiessen geführt werden kann (vgl. auch E. 3.4).

Im Übrigen bestätigt das Bundesgericht im Entscheid seine bisherige Rechtsprechung, wonach der pauschale Hinweis auf «fehlende Informationen» keine genügende Begründung für eine unbezifferte Forderungsklage darstellt und vielmehr nachgewiesen werden muss, dass und inwieweit eine Bezifferung objektiv unmöglich und/oder

unzumutbar ist (E. 2.2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). In einem anderen Entscheid, der ebenfalls die Haftung einer Revisionsstelle betraf, hielt das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 42 Abs. 2 OR (richterliche Schadensschätzung; zum Verhältnis von unbezifferter Forderungsklage nach Art. 85 ZPO zu Art. 42 Abs. 2 OR vgl. OBERHAMMER/WEBER, KUKO ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 85 N 10 m. w. H.) damals fest, für den Schadensnachweis genüge es nicht, pauschal auf Beilagen – bzw. vorliegend auf fehlende oder unvollständige Buchhaltungsunterlagen – zu verweisen. Art. 42 Abs. 2 OR sehe für den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden zwar eine Beweiserleichterung vor. Die Bestimmung erlaube aber nicht, Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Insbesondere entbinde sie den Kläger nicht davon, alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (Urteil des Bundesgerichts 4A_218/2020 vom 19. 1. 2021, E. 6.12; vgl. dazu MÜLLER, ZBJV 2022, 619 ff.).

Der vorliegende Entscheid zeigt einmal mehr, dass die Anforderungen an die Substanzierung (vor Bundesgericht) hoch sind. Dass der pauschale Hinweis auf «fehlende Informationen» keine genügenden Begründung für eine unbezifferte Forderungsklage darstellen kann, ist richtig. Allerdings ist Vorsicht geboten, dass die Anforderungen an den verlangten Nachweis nicht überspannt werden. Letztlich ist die Erhebung einer unbezifferten Forderungsklage naturgemäß immer mit Unsicherheiten und Informationsdefiziten verbunden, zumal sich gewisse Informationen oder gar das Wissen um deren Existenz in manchen Fällen erst im Verlauf des Prozesses gewinnen lassen.

Weitere Besprechungen zu BGE 148 III 322 finden sich u. a. bei ARNOLD, AJP 2022, 1267 ff.; BÄRTSCHI, iusNet Gesellschaftsrecht 29. 9. 2022; ERK, SZZP 2023, 355 ff.; HODEL, ZZZ 2022, 446 ff.

2. **Organisationsmängelverfahren, Zuständigkeit für die Verteilung eines Liquidationsüberschusses: BGE 148 III 194 (Pra. 2022 Nr. 82; Urteil 5A_665/2021 vom 28. Januar 2022)**

Im Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, wer für die Verteilung eines Liquidationsüberschusses zuständig ist, wenn

eine Gesellschaft aufgrund eines Organisationsmangels aufgelöst und liquidiert wird.

Der Sachverhalt präsentierte sich wie folgt: Die C. SA wurde aufgrund eines Organisationsmangels aufgelöst und konkursamtlich liquidiert. Die vom Konkursamt erstellte Verteilungsliste erlaubte die Bezahlung sämtlicher im Kollokationsplan zugelassener Forderungen. Es verblieb letztlich ein Liquidationsüberschuss, der unter den Aktionären zu verteilen war. Strittig war, wer tatsächlich Aktionär der C. SA in Liq. war. Die vom Konkursamt mit der Feststellung der Aktionäre beauftragte Treuhandgesellschaft war nicht in der Lage, die Aktionäre zu ermitteln. Das Konkursamt verlangte schliesslich von den mutmasslichen Aktionären die Originalaktien bzw. eine beglaubigte Kopie. Aufgrund der eingereichten Zertifikate der Inhaberaktien stellte das Konkursamt fest, die A. SA und die B. AG seien die Aktionärinnen der C. SA in Liq. Der Verwaltungsrat der A. SA verlangte daraufhin die Zustellung sämtlicher von der B. AG eingereichten Unterlagen. Weil die Unterlagen der A. SA nicht zugestellt wurden, gelangte diese schliesslich mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht. Sie erhob verschiedene Rügen und beantragte, das Konkursamt sei anzuweisen, den Liquidationsüberschuss auf das Konto der gesetzlich vorgesehenen Depositenanstalt zu überweisen. Als Begründung führte sie im Wesentlichen an, die B. AG sei nicht rechts-gültig Aktionärin der C. SA in Liq. geworden, weshalb ihr der Liquidationsüberschuss nicht übertragen werden könne (E. 4).

In seinen Erwägungen äusserte sich das Bundesgericht vorab zum Organisationsmängelverfahren im Sinne von Art. 731b OR. Es hielt fest, ein Aktionär oder Gläubiger könne das Gericht bei Vorliegen bestimmter Mängel in der Organisation der Gesellschaft ersuchen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (Art. 731b Abs. 1 OR). Insbesondere könne das Gericht die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR). Das Konkursverfahren erfolge in diesem Fall in Vollstreckung eines gerichtlichen Auflösungsbeschlusses und nicht aufgrund eines Konkurses (E. 5.1.1). Art. 731b OR stelle keinen (neuen) Konkursgrund dar; die Regeln über den Konkurs seien daher auch nur analog anwendbar (E. 5.1.1). Das Konkursamt sei für die Durchführung des Konkursverfahrens zuständig (Art. 221 ff. SchKG; E. 5.1.2). Ergäbe das Liquidationsverfahren einen Aktivenüberschuss, müsse das Konkursamt diesen zur Deckung der Zinsen für die For-

derungen der kollozierten Gläubiger verwenden, die seit Beginn des Verfahrens aufgelaufen seien. Bleibe anschliessend – wie im vorliegenden Fall – ein Überschuss, sei dieser dem Schuldner, mithin der Gesellschaft bzw. ihren Organen, zurückzugeben (E. 5.1.3). Sähen die Statuten nichts anderes vor, müsse der Überschuss unter den Gesellschaftern verteilt werden (E. 5.1.3). Diese Zuständigkeit stehe den Organen der Gesellschaft zu und – mangels gesetzlicher Grundlage – nicht dem Konkursamt (E. 5.1.3). Fehlten Organe, müsse der Überschuss bei der Depositenanstalt hinterlegt werden (Art. 9, 24 und 264 Abs. 3 SchKG analog; E. 5.1.3).

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der A. SA gut, hob den Entscheid auf und wies die Sache zur ergänzenden Untersuchung und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück (E. 6).

Dem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen und die darin vorgenommene Klarstellung zu begrüssen. Es ist nicht Aufgabe des Konkursamts, einen Liquidationsüberschuss unter den Aktionären der Gesellschaft zu verteilen. Dabei handelt es sich um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang, der nach Abschluss des Konkursverfahrens infolge Organisationsmangels der Gesellschaft stattfindet. In einem solchen Fall kann durchaus noch Vermögen der Gesellschaft und damit ein Aktivenüberschuss vorhanden sein. Anders als bei den «gewöhnlichen» Konkursgründen ist die Gesellschaft nicht notwendigerweise überschuldet und insolvent (vgl. E. 5.1.1). Ein allfälliger Überschuss aus dem Konkursverfahren ist demnach dem zuständigen Gesellschaftsorgan zu überweisen oder, falls ein solches fehlt, bei der Depositenanstalt zu hinterlegen (E. 5.2). Für diese Zuständigkeit spricht auch, dass das Konkursamt weder den Sachverhalt untersuchen noch über die Zusammensetzung der Aktionäre entscheiden kann (E. 5.2).

Weitere Besprechungen zu BGE 148 III 194 finden sich bei CHABLOZ/VRACA, SZW 2022, 264 ff., 267 f.; LORANDI, ZZZ 2022, 453 ff.