

## Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht

Hans Caspar von der Crone | Patricia Reichmuth\*

*Over the last two years, Swiss company law jurisprudence has been subject to numerous developments and clarifications. The following article discusses selected examples of recent federal and cantonal case law. A first section deals with a Federal Supreme Court decision on the attribution of company bodies' knowledge to the legal entity. It provides an in-depth analysis of the decision and sets out the principles governing the attribution of board members' knowledge to the corporation. A second section deals with cases on defects in the organization of the company under article 731b CO.*

*The decisions reviewed deal with the auction of shares in the event of a blockade by shareholders (deadlock), the removal of court appointed company bodies and the restoration of a time limit in the procedure of organizational deficiencies. The last section deals with various crucial aspects of corporate responsibility, such as the burden of proof for the breach of duty in the event of a conflict of interest and the distinction between internal management and external representation of the company.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Wissenszurechnung in der Aktiengesellschaft
  - 1. Einordnung des Problems anhand der Rechtsprechung: BGer 4A\_91/2016 vom 3. August 2016
  - 2. Zurechnung von Organwissen zur juristischen Person
- III. Organisationsmängel
  - 1. Massnahmen zur Behebung von Organisationsmängeln
  - 2. Wiederherstellung im Organisationsmängelverfahren
- IV. Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden
  - 1. BGer 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016
  - 2. Bemerkungen

### I. Einleitung

Die aktienrechtliche Rechtsprechung erfährt zahlreiche Weiterentwicklungen und Präzisierungen. Nachfolgend werden einige interessante Entwicklungen in der bundesgerichtlichen sowie kantonalen Rechtsprechung aus den letzten beiden Jahren herausgegriffen und einer näheren Betrachtung unterzogen: Die Zurechnung von Organwissen und das rechtsge-

schäftliche Handeln für die Gesellschaft, die Rechtsprechung zu den Organisationsmängeln sowie verschiedene zentrale Aspekte der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

### II. Wissenszurechnung in der Aktiengesellschaft

#### 1. Einordnung des Problems anhand der Rechtsprechung: BGer 4A\_91/2016 vom 3. August 2016

##### 1.1 Sachverhalt

Die Pensionskasse B. (nachfolgend PK B.), die Beklagte, ist eine Vorsorgestiftung für die berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG. Sie ist Eigentümerin von Liegenschaften an der Z-Strasse 1–3 in V., die vermietet werden und seit dem 31. Mai 2008 durch die F. AG verwaltet wurden. Das Verwaltungsmandat wurde durch G. geführt, der zugleich einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratsdelegierter der F. AG war. Die Mieter bezahlten den Mietzins auf ein Konto der F. AG bei der Bank H. AG. Von diesem Konto überwies die F. AG periodisch Geld auf das Bankkonto der PK B.

Die J. AG, die Klägerin, ist eine Immobilienaktiengesellschaft und bezweckt den Erwerb, die Verwaltung und Veräusserung von Immobilien. Vom 18. Februar 2010 bis zum 18. Juli 2011 und damit im für den Entscheid relevanten Zeitraum, war G. als alleiniger Verwaltungsrat der J. AG mit Einzelzeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen.

Am 16. März 2011 veranlasste G. eine Überweisung von CHF 368'062.55 (CHF 498'062.55 abzüg-

\* Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone und RA MLaw Patricia Reichmuth, beide Universität Zürich.

lich der bereits überwiesenen CHF 130 000.00) von einem Bankkonto der J. AG auf das Bankkonto der PK B. Die Gutschriftsanzeige der Bank der PK B. wies die J. AG als Auftraggeberin der Überweisung aus.

Am 4. April 2011 kam es zu einer Besprechung zwischen der durch ihren Geschäftsführer C., das Stiftungsratsmitglied D. und den Mitarbeiter E. vertretenen PK B. einerseits und G. andererseits. Thema dieser Besprechung war u.a. die Überweisung vom 16. März 2011. G. erklärte, das überwiesene Geld stamme vom Bankkonto der J. AG. Die J. AG sei «sine» Gesellschaft. Er verwende sie für die Bündelung von Kundengeldern. Da im Handelsregister, von G. abgesehen, keine weiteren Personen eingetragen waren, erschien diese Erklärung den Vertretern der PK B. plausibel.

## 1.2 Prozessgeschichte

An der Besprechung vom 4. April 2011 wurde G. aufgefordert, die Mietzinseinnahmen künftig nicht mehr auf dem Bankkonto einer Drittgesellschaft zu bündeln. Im Nachgang wurden die Mieter angewiesen, die Mietzinse zukünftig ohne Umweg über eine Drittgesellschaft direkt auf das Bankkonto der PK B. einzuzahlen.

Am 24. August 2012 teilte die J. AG der PK B. mit, die Überweisung vom 16. März 2011 sei grundlos erfolgt. Sie forderte die PK B. auf, den Betrag zurückzuerstatten, was diese verweigerte. Darauf klagte die J. AG beim Handelsgericht St. Gallen gegen die PK B. auf Leistung von CHF 368 062.55. Das Handelsgericht wies diese Klage kostenfällig ab. Das Bundesgericht wies eine Beschwerde gegen den Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen ab.

## 1.3 Würdigung

Die J. AG machte gegenüber der PK B. einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 OR geltend. G. habe die J. AG bei der streitgegenständlichen Überweisung nicht gültig vertreten können. Die Überweisung sei deshalb *sine causa* geleistet worden. Das Wissen von G. um das Fehlen einer Verpflichtung der J. AG. gegenüber der PK B. könne der J. AG nicht zugerechnet werden.<sup>1</sup> Die J. AG müsse sich deshalb auch nicht entgegenhalten lassen,

sie habe im Sinn von Art. 63 Abs. 1 OR «eine Nichtschuld freiwillig bezahlt».

Die PK B. stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, G. habe die Überweisung als einziger und einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der J. AG angeordnet, wobei er sich bezüglich des Fehlens einer direkten Verpflichtung der J. AG gegenüber der PK B. nicht in einem Irrtum befunden habe. Einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung stehe deshalb die Einrede von Art. 63 Abs. 1 OR entgegen.<sup>2</sup>

Der J. AG stehe bei dieser Ausgangslage ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu, wenn ihre Überweisung an die PK B. erstens *sine causa* erfolgte, es sei denn, sie hätte damit, zweitens, freiwillig eine Nichtschuld bezahlt.

### 1.3.1 Bezahlung einer Nichtschuld

Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob die J. AG i.S.v. Art. 63 Abs. 1 OR irrtumsfrei eine Nichtschuld bezahlt hatte.<sup>3</sup> Der Tatbestand von Art. 63 Abs. 1 OR setzt voraus, dass sich die leistende Person im Zeitpunkt der Leistung über das Fehlen einer Verpflichtung im Klaren ist, d.h. mit der Absicht handelt, der bereicherten Partei, ohne dazu verpflichtet zu sein, einen Vorteil zukommen zu lassen. Juristische Personen handeln nach Art. 55 ZGB durch ihre Organe. Für die Frage, ob eine Aktiengesellschaft irrtumsfrei eine Nichtschuld bezahlt hat, ist somit das Wissen ihrer Organe und dessen Zurechnung an die Aktiengesellschaft ausschlaggebend. Zu klären ist mit anderen Worten, ob G. wusste, dass die J. AG der PK B. nichts schuldet und ob ein allfälliges solches Wissen von G. der J. AG zuzurechnen ist. Das Handelsgericht St. Gallen verneinte eine Zurechnung des Wissens von G. an die J. AG mit der Begründung, G. sei zwar Organ der J. AG gewesen, habe aber mit der Zahlung nicht als Organ der J. AG gehandelt. Vielmehr habe G. auf rein faktische Weise, d.h. als Dritter und unter Ausnutzung seiner Position als zeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der J. AG über das Bankkonto der J. AG verfügt, um die PK B. als Gläubigerin der F. AG zu befriedigen. Im Übrigen wäre das Wissen von G. der J. AG auch dann nicht zuzurechnen, wenn G. als

<sup>1</sup> Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 27. Oktober 2015 (HG.2013.56), E. I.9.

<sup>2</sup> Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 27. Oktober 2015 (HG.2013.56), E. I.10.

<sup>3</sup> Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 27. Oktober 2015 (HG.2013.56), E. III.2a.

ihr Organ gehandelt hätte.<sup>4</sup> Eine Wissenszurechnung sei nämlich ausgeschlossen, wenn ein Organ in Schädigungsabsicht deliktisch zum Nachteil der Gesellschaft handle und es dieses Handeln vor der Gesellschaft verberge. Das Wissen eines Organs könne einer juristischen Person nur entgegengehalten werden, wenn es der juristischen Person möglich gewesen wäre, auf Grundlage dieses Wissens einen eigenen Willen zu bilden und daher im Gesellschaftsinteresse zu handeln.<sup>5</sup> Diese Begründung überzeugt. Denn würde man auch in einer Konstellation wie der vorliegenden eine Wissenszurechnung zulassen, so unterstellte man der juristischen Person über die Wissenszurechnung eine Einwilligung in die eigene Entreicherung. Dieses Ergebnis wäre stossend. Soweit das Organ, *in casu* G., im eigenen deliktischen Interesse gegen die Gesellschaft handelt, ist diese Voraussetzung nicht erfüllt. Die J. AG muss sich deshalb das Wissen von G. um das Fehlen eines Rechtsgrundes für eine Überweisung der J. AG an die PK B. der J. AG nicht zurechnen lassen. Damit hat sie auch nicht i.S.v. Art. 63 Abs. 1 OR irrtumsfrei eine Nichtschuld erfüllt.

### 1.3.2 Zuwendungen sine causa

Liegt kein Sachverhalt der irrtumsfreien Erfüllung einer Nichtschuld vor, so bleibt zu prüfen, ob die Zahlung ohne Rechtsgrund (*sine causa*) erfolgt ist. Dabei ist die Dreiparteienkonstellation zwischen der PK B., der F. AG und der J. AG als Ganzes in Betracht zu ziehen.

#### (1) Zahlung aus Vermögen Dritter

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Rückerstattung nach Art. 62 OR ausgeschlossen, wenn «*der Beklagte in guten Treuen von einem Dritten gestützt auf eine gültige causa*» eine Leistung empfangen hat, «*auch wenn die Zahlungsmittel dem Dritten grundlos aus dem Vermögen des Klägers zugegangen sind*».<sup>6</sup>

Unbestrittenermassen stand der PK B. im Umfang des erhaltenen Betrags eine Forderung gegenüber der F. AG zu. Im Verhältnis zwischen der PK B.

und der F. AG bestand also ein gültiger Rechtsgrund.<sup>7</sup> Klar ist weiter, dass G. im Verhältnis zur J. AG seine Kompetenzen überschritten hat. Aus der Sicht der J. AG hat G. die Überweisung vom Bankkonto der J. AG auf das Konto der PK B. veranlasst, um sich selbst bzw. die F. AG unrechtmässig zu bereichern. G. hat also die Mittel zur Tilgung einer Schuld der F. AG unbefugterweise einem Dritten, nämlich der J. AG, entzogen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in dieser Konstellation entscheidend, als wessen Leistung die Verfügung erschien.<sup>8</sup> Durfte die PK B. davon ausgehen, die J. AG erfülle mit ihrer Überweisung die Verpflichtung der F. AG, so hat die PK B. die Leistung gestützt auf eine gültige *causa* empfangen, womit ein Bereicherungsanspruch ausser Betracht fällt.

#### (2) Vertretungsbefugnis und -macht

Zu prüfen ist deshalb, ob die PK B. in gutem Glauben davon ausgehen durfte, G. hätte bei der Überweisung im Rahmen seiner Vertretungsmacht für die J. AG gehandelt.

Die Organe einer Aktiengesellschaft sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts gegenüber gutgläubigen Dritten zur Vornahme aller Rechtshandlungen berechtigt, die durch den Zweck der Gesellschaft nicht direkt ausgeschlossen werden.<sup>9</sup> Einzig wenn der Dritte wusste, dass der Vertreter seine Kompetenzen überschritten hatte, ist anstelle der standardisierten Vertretungsmacht die konkrete Vertretungsbefugnis relevant. Was den erforderlichen Grad der Aufmerksamkeit auf der Seite des Dritten betrifft, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zwischen der einfachen Überschreitung der Vertretungsbefugnis einerseits und ihrem Missbrauch andererseits zu unterscheiden.<sup>10</sup> Im Fall der einfachen Überschreitung der Vertretungsbefugnis wird der Dritte, der sich auf die Vertretungsmacht gemäss

<sup>7</sup> Vgl. BGer 4A\_91/2016 vom 3. August 2016, E. 2.1.

<sup>8</sup> BGE 106 II 29, E. 3 S. 31; vgl. auch *Anne-Catherine Hahn*, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 62 OR N 18.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 718a Abs. 1 OR; BGE 95 II 442, E. 3 S. 450; 116 II 320, E. 3a S. 323; in der unveröffentlichten E. 2a von BGE 126 III 361; Urteile des Bundesgerichts 4A\_617/2013 vom 30. Juni 2014, E. 5.1; 4A\_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.1 und 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 5.2.

<sup>10</sup> BGE 119 II 23, E. 3c S. 26.

<sup>4</sup> Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 27. Oktober 2015 (HG.2013.56), E. III.2a.

<sup>5</sup> Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 27. Oktober 2015 (HG.2013.56), E. III.2a.

<sup>6</sup> BGer 4A\_91/2016 vom 3. August 2016, E. 2.1.

Handelsregistereintrag verlassen hat, soweit in seinem guten Glauben geschützt, als ihm keine Kenntnis der Kompetenzüberschreitung nachgewiesen wird. Für die Beweisführung kommt die Beweisvermutung von Art. 3 Abs. 1 ZGB als besondere Beweislastregel<sup>11</sup> zur Anwendung. Macht die Gesellschaft geltend, der Dritte sei bösgläubig gewesen, trägt sie dafür die Beweislast, ohne sich auf Art. 3 Abs. 2 ZGB berufen zu können. Hat der Vertreter demgegenüber nicht bloss seine Kompetenzen überschritten, sondern seine Vertretungsbefugnis geradezu schon deliktisch missbraucht, so gelangen die Beweisvermutungen von Art. 3 ZGB integral, insbesondere also unter Einschluss von Art. 3 Abs. 2 ZGB, zur Anwendung.<sup>12</sup> Die Beweisvermutung zugunsten des guten Glaubens kann in diesem Fall auf zwei Ebenen entkräftet werden: *Erstens* durch den Nachweis der Bösgläubigkeit, mit dem die Beweisvermutung zugunsten des guten Glaubens von Art. 3 Abs. 1 ZGB widerlegt wird. *Zweitens*, gestützt auf Art. 3 Abs. 2 ZGB, durch den Nachweis, dass jemand trotz an und für sich bestehender Gutgläubigkeit bei der Aufmerksamkeit, die von ihm hätte verlangt werden dürfen, nicht gutgläubig sein konnte.<sup>13</sup>

Nachdem G. seine Kompetenzen klarerweise nicht bloss überschritten, sondern missbraucht hatte, stützten sich die Vorinstanz und das Bundesgericht für die Prüfung der Frage, ob die PK B. in ihrem guten Glauben zu schützen ist, ohne Einschränkung auf Art. 3 Abs. 2 ZGB. Für das Bundesgericht war dementsprechend entscheidend, «*ob die Beschwerdegegnerin [PK B.] bei der Aufmerksamkeit, die aufgrund der Umstände von ihr verlangt werden konnte, hätte erkennen müssen, dass G. zur vorgenommenen Über-*

*weisung nicht befugt war*». <sup>14</sup> Einzelne Aspekte der Zahlung, wie insbesondere die Tatsache, dass die Gutschriftanzeige der Bank die J. AG als Auftraggeberin der Zahlung ausgewiesen hatte, müssten Anlass für ein gewisses Misstrauen sein und hätten deshalb weitere Nachforschungen bzw. Abklärungen seitens der PK B. bei der J. AG bedingt.<sup>15</sup> Die PK B. nahm dazu Einsicht in das Handelsregister und befragte G. als den im massgebenden Zeitpunkt einzigen gegen aussen ersichtlichen und überdies mit Einzelzeichnungsberechtigung ausgestatteten Verwaltungsrat der J. AG zum Vorgang.<sup>16</sup> Wie die Vorinstanz kommt auch das Bundesgericht zum Schluss, die PK B. habe damit i.S.v. Art. 3 Abs. 2 ZGB die «*Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von [ihr] verlangt werden darf*» an den Tag gelegt.<sup>17</sup> Weitere Nachforschungen, wie die Einsicht in das von G. als Verwaltungsrat geführte Aktienbuch oder eine Google-Suche, wären letztlich nicht zielführend bzw. tauglich gewesen, um die Aussagen von G. betreffend die Eigentumsverhältnisse der J. AG zu überprüfen.<sup>18</sup> Insbesondere sei es auch nicht an der Revisionsstelle, diesbezügliche Auskünfte zu erteilen.<sup>19</sup> Der PK B. könne deshalb der gute Glaube nicht mit dem Hinweis auf mangelnde Aufmerksamkeit abgesprochen werden.<sup>20</sup> Die PK B. durfte somit davon ausgehen, die J. AG erfülle mit ihrer Überweisung die Verpflichtung der F. AG. Die Leistung der J. AG an die PK B. beruhe damit auf einem gültigen Rechtsgrund. Diese *causa* und der gute Glaube der PK B. schliessen eine Rückforderung nach Art. 62 Abs. 2 OR aus.

Innerhalb der Dreieckskonstellations zwischen der PK B., der F. AG und der J. AG führte die von G. veranlasste Überweisung vom Bankkonto der J. AG auf das Konto der PK B. zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der F. AG und nicht der PK B. Der J. AG steht

<sup>11</sup> Vgl. BGE 119 II 23, E. 3a S. 25; siehe auch *Max Kummer*, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1966, Art. 8 N 354; *Isaak Meier*, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zürich 2010, 281; *Patrick Middendorf/Beatrice Grob*, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz*, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 3 ZGB N 5; *Heinrich Honsell*, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 3 N 1 und 28.

<sup>12</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 119 II 2, E. 3b S. 26.

<sup>13</sup> Die Aufmerksamkeitspflicht erschöpft sich hier also nicht mehr nur in der Einsichtnahme in das Handelsregister; vgl. BGE 119 II 23, E. 3c/aa S. 26.

<sup>14</sup> BGer 4A\_91/2016 vom 3. August 2016, E. 2.4.2.

<sup>15</sup> Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 27. Oktober 2015 (HG.2013.56), E. III.4b.

<sup>16</sup> BGer 4A\_91/2016 vom 3. August 2016, E. 2.4.3; Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 27. Oktober 2015 (HG.2013.56), E. III.4b f.

<sup>17</sup> BGer 4A\_91/2016 vom 3. August 2016, E. 2.5.3 und 2.6; Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 27. Oktober 2015 (HG.2013.56), E. III.5.

<sup>18</sup> BGer 4A\_91/2016 vom 3. August 2016, E. 2.5.1 f.

<sup>19</sup> BGer 4A\_91/2016 vom 3. August 2016, E. 2.5.3 und 2.4.3.

<sup>20</sup> BGer 4A\_91/2016 vom 3. August 2016, E. 2.5.3 und 2.6; Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 27. Oktober 2015 (HG.2013.56), E. III.5.

dementsprechend ein Bereicherungsanspruch gegen die F. AG, nicht aber gegen die PK B. als direkte Empfängerin der Überweisung zu.

## 2. Zurechnung von Organwissen zur juristischen Person

Art. 55 ZGB hält unter der Marginale «Handlungsfähigkeit – Betätigung» fest, dass die «Organe [...] berufen [sind], dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben». Dabei ist unter normativen Gesichtspunkten zu entscheiden, welches Wissen bzw. welches rechtsgeschäftliche Handeln eines Organs der Gesellschaft zuzurechnen ist. Wie der vorliegende Entscheid illustriert, richtet sich der gesellschaftsinterne Sachverhalt der Wissenszurechnung unmittelbar nach Art. 55 ZGB, während der gesellschaftsexterne Sachverhalt des rechtsgeschäftlichen Handelns für die Gesellschaft durch die *lex specialis* von Art. 718a OR geregelt wird. Was das rechtsgeschäftliche Handeln der Organe für die Gesellschaft und die Abgrenzung zwischen Vertretungsmacht und -befugnis betrifft, kann auf eine ständige und breit abgestützte Rechtsprechung der Gerichte zurückgegriffen werden.<sup>21</sup> Weit weniger ausdifferenziert sind demgegenüber die Grundsätze über die Zurechnung des Organwissens zur juristischen Person.

Art. 718a OR dient dem Schutz des Rechtsverkehrs. Dritte sollen davon ausgehen dürfen, dass Vertretungsberechtigte im Umfang der durch das Handelsregister ausgewiesenen Vertretungsmacht Vertretungsbefugnis haben.<sup>22</sup> In dieser Verkehrsschutzordnung liegt der grundlegende Unterschied zwischen der Zurechnung von Wissen im Rahmen der Wissensvertretung einerseits und der Zurechnung des rechtsgeschäftlichen Handelns im Rahmen der Organvertretung andererseits. Die Regeln über die Wissenszurechnung bestimmen, ob sich die Gesellschaft im Innenverhältnis das Wissen eines ihrer eigenen Organe als eigenes zurechnen lassen muss. Die Regeln über die Vertretungsmacht dagegen bestimmen, ob sich die Gesellschaft im Aussenverhältnis das rechtsgeschäftliche Handeln ihrer Organe

gegenüber Dritten zurechnen lassen muss. Die Gesellschaft muss sich das Wissen eines Organs, das deliktisch und in Schädigungsabsicht handelt, nicht als eigenes zurechnen lassen.<sup>23</sup> Das rechtsgeschäftliche Handeln der nach Handelsregistereintrag zur Vertretung befugten Person gegenüber dem gutgläubigen Dritten dagegen, muss sich die Gesellschaft auch dann zurechnen lassen, wenn der Dritte seine Vertretungsbefugnis überschritten oder gar missbraucht hat.<sup>24</sup>

### 2.1 Wissen und Wissenmüssen

Zahlreiche Gesetzesnormen knüpfen Rechtsfolgen an das Wissen bzw. Wissenmüssen von bestimmten Tatsachen an. Die relative Verjährung von Forderungen aus ausservertraglicher Schädigung und ungerechtfertigter Bereicherung etwa läuft ab dem Zeitpunkt, in dem der Anspruchsberechtigte Kenntnis über den Anspruch erlangt (Art. 60 bzw. Art. 67 OR). Das Recht, einen Willensmangel im Sinn von Art. 23 ff. OR geltend zu machen, verwirkt innert eines Jahres nach «Entdeckung» des Irrtums (Art. 31 Abs. 2 OR). Bei der natürlichen Person stellt sich in diesem Zusammenhang nur aber immerhin die Frage nach dem Nachweis des Zeitpunkts, in dem sie ein bestimmtes Wissen erlangt hat, bzw. die Frage, ob anstelle eines möglicherweise nicht nachweisbaren oder tatsächlich nicht bestehenden Wissens das blosse Wissenmüssen genügen soll. Grundlegend anders gestaltet sich die Ausgangslage im Verhältnis zwischen Organ und juristischer Person. Juristische Personen haben selbst kein Wissen.<sup>25</sup> Steht etwa der gute Glaube oder ein Nichtwissen einer juristischen Person zur Beurteilung, muss nach dem Wissen ihrer Organe gefragt werden: Unter welchen Voraussetzungen ist das Wissen eines Organs rechtlich gesehen das Wissen der juristischen Person?

<sup>21</sup> Vgl. BGE 119 II 23, E. 3 S. 25 ff.; 116 II 320, E. 3 S. 232 ff.; 126 III 361, E. 3 S. 363 ff.; Urteile des Bundesgerichts 4A\_208/2014 vom 09. Oktober 2014, E. 5.1.1; 4A\_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.1 und 4A\_357/2007 vom 8. April 2008, E. 4.2.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 718a OR.

<sup>23</sup> Vgl. Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 27. Oktober 2015 (HG.2013.56), E. III.2a.

<sup>24</sup> Vgl. BGE 111 II 284; BGer 4A\_357/2007 vom 8. April 2007, E. 4.2; siehe auch *Patrik R. Peyer*, Vertretung der Aktiengesellschaft: Wirkung der Vertretungsmacht und einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis – Besprechung des Urteils 4A\_357/2007 des schweizerischen Bundesgerichts vom 8. April 2008, *GesKR* (2008), 382–385, 383.

<sup>25</sup> Siehe auch *Sandro Abegglen*, Wissenszurechnung im Konzern?, *ZBJV* 142 (2006), 1–24, 1; *Kurt Sieger*, Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts, *Diss. Zürich* 1978, Zürich 1979, 7.

## 2.2 Begriff der Wissenszurechnung

Wird das Wissen einer Person einer anderen Person zugerechnet, so wird die zweite Person rechtlich so behandelt, wie wenn sie selbst über das entsprechende Wissen verfügt hätte.<sup>26</sup> Relevant wird die Wissenszurechnung dann, wenn das Gesetz den Eintritt einer Rechtsfolge von der Bewusstseinslage einer Person abhängig macht.

Die Diskussion um die Fiktions- und Realitätstheorie<sup>27</sup> ausgeklammert, kann festgehalten werden, dass Rechtsgemeinschaften und Körperschaften letzten Endes durch natürliche Personen handeln. Aus dem Prinzip der Zuordnung des Organhandelns i.S.v. Art. 55 Abs. 2 ZGB folgt auch eine Wissenszurechnung, indem der juristischen Person das von Art. 41 bzw. Art. 97 OR geforderte Verschulden und, darin inbegriffen, dessen intellektuelles Element selber angerechnet wird.<sup>28</sup> Dabei gilt das Wissen der Organe, das der juristischen Person zugerechnet wird, immer als ihr eigenes Wissen.<sup>29</sup>

## 2.3 Umfang der Wissenszurechnung

Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts wird der Aktiengesellschaft das Wissen bzw. Wissenmüssen ihrer Organe nur soweit zugerechnet, als das betreffende Organ unmittelbar an einem bestimmten Geschäft mitwirkte oder davon hätte wissen müssen, wäre die Gesellschaft adäquat organisiert. Das Bundesgericht hat damit die lange Zeit vorherrschende «Theorie der absoluten Wissensvertretung» verworfen.<sup>30</sup>

### 2.3.1 Theorie der absoluten Wissensvertretung

Nach der Theorie der absoluten Wissensvertretung entspricht das Wissen einer juristischen Person der

Summe des Wissens sämtlicher ihrer Organe.<sup>31</sup> Das (Teil-)Wissen jedes einzelnen Organs wird ohne weiteres der juristischen Personen zugerechnet. Die juristische Person ist damit soweit gut- oder bösgläubig bzw. über bestimmte Umstände informiert oder nicht, als es die für sie als Organe auftretenden natürlichen Personen sind. Als Konsequenz reicht der böse Glaube einer Organperson aus, um die juristische Person als Ganzes bösgläubig zu machen. Die Theorie der absoluten Wissensvertretung geht auf Arbeiten von *Reichel* zurück. Diese These ergibt sich für *Reichel* im Wesentlichen durch Analogieschluss aus Art. 55 Abs. 2 ZGB, wonach das Handeln ihrer vertretungsberechtigten Organe der juristischen Person zugerechnet wird.<sup>32</sup>

Das Konzept einer absoluten Wissensvertretung geht unausgesprochen von überschaubaren Verhältnissen aus und wird damit den Realitäten einer intern arbeitsteiligen juristischen Person nicht gerecht. Das Bundesgericht lehnt in seiner neueren Rechtsprechung mit der aktuellen Lehre eine solche Gleichsetzung des Wissens der juristischen Person mit dem Wissen eines ihrer Organe ab. Individuelles Wissen von natürlichen Personen mit Organfunktion sei der juristischen Person nur zuzurechnen, wenn das betreffende Organ an der Fallkonstellation, in welcher sich die Frage stellt, beteiligt sei oder wenn das Wissen innerhalb der juristischen Person wegen mangelhafter Organisation der zuständigen Person nicht

<sup>26</sup> *Maria Walzer*, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2003, Zürich 2005, 35 und 74.

<sup>27</sup> Vgl. dazu *Walzer* (Fn. 26), 210 ff.; siehe auch *Sandro Abeglen*, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Habil. Bern 2004, 46 ff.

<sup>28</sup> *Walzer* (Fn. 26), 35, 74 und 208.

<sup>29</sup> *Walzer* (Fn. 26), 225; *Claire Huguenin/Christophe Peter Reitze*, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 54/55 N 17.

<sup>30</sup> Vgl. BGer 4C.335/1999 vom 25. August 2000, E. 5, siehe eingehender dazu hinten II.2.3.1 und 2.3.2.

<sup>31</sup> *Rolf Watter*, Über das Wissen und den Willen einer Bank, in: Gehrig Bruno/Schwander Ivo (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 125–143, 134 f.; *Christina Kiss-Peter*, Guter Glaube und Verschulden bei mehrgliedrigen Organen, BJM (1990), 281–306, 298 f.; *Hans Michael Riemer*, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar, Band I, 3. Abteilung, 1. Teilband: Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, Bern 1993, Art. 54/55 ZGB N 47 ff.; *Peter Jung*, in: Jung Peter/Cramer Conradin/Mabillard Ramon/Bahar Rashid et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620–659b OR, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 620 OR N 253; *Walzer* (Fn. 26), 191 ff.; *Han-Lin Chou*, Wissen und Vergessen bei juristischen Personen, Diss. Basel 2001, Basel 2002, N 169 ff.; BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (Fn. 29), Art. 54/55 N 19; siehe auch BGer 4C.335/1999 vom 25. August 2000, E. 5a.

<sup>32</sup> *Hans Reichel*, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, Wien 1915, 29.

weitergeleitet oder von dieser nicht abgerufen wurde, obwohl es objektiv abrufbar gewesen wäre.<sup>33</sup>

### 2.3.2 Funktionale Betrachtung: Ordnungsgemässe Organisation

Ausgangspunkt bildet stets das Wissen des konkret handelnden Organs. Von dieser Person ausgehend ist zu untersuchen, welches weitere Wissen ihr und damit der juristischen Person zuzurechnen ist. Im Zentrum steht dabei das Kriterium der ordnungsgemässen Organisation.<sup>34</sup> Zuzurechnen ist über das Wissen der in das konkrete Rechtsgeschäft einbezogenen Person hinaus das Wissen anderer Personen, mit denen die handelnden Personen bei ordnungsgemässer Organisation hätten interagieren müssen. In einem Urteil aus dem Jahre 2000 hat das Bundesgericht das Organisationskriterium zum Leitmotiv der Wissenszurechnung erklärt.<sup>35</sup>

#### (1) Wissen oder Wissensmüssen des handelnden Organs und qualifizierter Hilfspersonen

Eine vorbehaltlose Zurechnung des Wissens eines jeglichen auch nur abstrakt vertretungsberechtigten Organträgers wird abgelehnt.<sup>36</sup> Das Wissen oder Wissensmüssen eines Organs gilt nur als Wissen der juristischen Person, wenn das betreffende Organ effektiv mit der betreffenden Angelegenheit befasst war. Dabei ist auch hier der erweiterte, funktionelle Organbegriff massgebend.<sup>37</sup> Allgemein anerkannt ist, dass es nicht auf die Zeichnungsberechtigung ankommt;<sup>38</sup> als Wissensvertreter kommen daher auch Personen in Frage, die nur kollektiv- oder gar nicht zeichnungsberechtigt sind. Fallweise ist der Gesellschaft auch

das Wissen qualifizierter Hilfspersonen zuzurechnen, denen keine Organeigenschaft zukommt.<sup>39</sup>

#### (2) Verfügbares bzw. abrufbares Wissen

Nach dem Kriterium der ordnungsgemäss organisierten Kommunikation ist der juristischen Person nicht nur das im konkreten Fall und Zeitpunkt beim handelnden Organ verfügbare Wissen zuzurechnen, sondern auch jenes, das bei ordnungsgemässer Kommunikation innerhalb der Organisation verfügbar gewesen bzw. auf Datenträgern gespeichert worden wäre.<sup>40</sup> Auch das Wissen eines am konkreten Rechtsakt nicht beteiligten Organs wird mit anderen Worten der juristischen Person zugerechnet, wenn dieses Wissen wegen ungenügender Organisation der Gesellschaft nicht an die handelnden bzw. zuständigen Organe weitergeleitet worden ist oder von diesem nicht abgerufen wurde, obwohl es objektiv abrufbar war,<sup>41</sup> das handelnde Organ also um das fragliche Geschäft hätte wissen müssen.

Die Grundsätze zur Zurechnung von Wissen innerhalb der Organisation gründen auf dem Gedanken einer Verkehrssicherungspflicht.<sup>42</sup> Mit Blick auf ihre Stellung im Rechtsverkehr hat die Gesellschaft die Pflicht bzw. Obliegenheit zur adäquaten Organisation der Gesellschafts- bzw. der unternehmensinternen Kommunikation und Informationsversorgung. Die juristische Person soll nicht nur die Vorteile aus der Wissensspaltung<sup>43</sup> geniessen, sondern auch die hieraus entstehenden Risiken tragen müssen.<sup>44</sup> Damit wird eine Gleichstellung von juristischen und natürlichen Personen angestrebt, da Letztere ihr Wissen nicht auf mehrere Personen verteilen können.<sup>45</sup>

<sup>33</sup> BGer 4C.335/1999 vom 25. August 2000, E. 5a; bestätigt mit BGer 2C\_1082/2013 sowie 2C\_1083/2013 vom 14. Januar 2015, E. 6.2; BK-Riemer (Fn. 31), Art. 54/55 N 47. Chou (Fn. 31), N 296 ff.; Abegglen (Fn. 27), 157 ff.; ZK-Jung (Fn. 31), Art. 620 OR N 253 ff.; ablehnend: Walter (Fn. 26), 231 ff.

<sup>34</sup> Für das Zurechnungskriterium ordnungsgemäss organisierter Kommunikation: BGer 4C.335/1999 vom 25. August 2000, E. 5; Chou (Fn. 31), N 296 ff.; Abegglen (Fn. 27), 157 ff.; ablehnend: Walter (Fn. 26), 231 ff.

<sup>35</sup> BGer 4C.335/1999 vom 25. August 2000, E. 5.

<sup>36</sup> Kiss-Peter (Fn. 31), 291.

<sup>37</sup> BGE 124 III 418, E. 1b S. 420 f.; BGer 4A\_530/2014 vom 17. April 2015, E. 2.3; BK-Riemer (Fn. 31), Art. 54/55 N 49.

<sup>38</sup> BK-Riemer (Fn. 31), Art. 54/55 N 49.

<sup>39</sup> BGE 109 II 338, E. 2b S. 342 f.; BGer 4C.26/2000 vom 6. September 2000, E. 2c/aa.

<sup>40</sup> Vgl. BGer 4C.335/1999 vom 25. August 2000, E. 5.

<sup>41</sup> BGer 5C.104/2001 vom 21. August 2001, E. 4c/bb.

<sup>42</sup> ZK-Jung (Fn. 31), Art. 620 OR N 255; Abegglen (Fn. 27), 227; kritisch Walter (Fn. 26), 263 ff., insb. 239 ff.; vgl. Chou (Fn. 31), 83 ff., insb. 88 ff., welcher das Prinzip der Wissensverantwortung als Grundlage der Wissenszurechnung befürwortet, siehe auch Jan Schürnbrand, Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten, ZHR (2017), 357–380, 359 f. Die juristische Person kann aufgrund der Gesellschafts- und Unternehmensorganisation ihr Wissen auf mehrere Personen verteilen.

<sup>44</sup> BGer 4C.26/2000 vom 6. September 2000, E. 2c/aa.

<sup>45</sup> Vgl. Kiss-Peter (Fn. 31), 293; ZK-Jung (Fn. 31), Art. 620 OR N 255.

Der Betrieb muss daher so organisiert sein, dass der Informationsaustausch innerhalb der Organisation funktioniert bzw. die Weiterleitung und Speicherung von relevantem Wissen sowie deren Abrufbarkeit auf zuverlässige Weise garantiert wird, um nachteilige Rechtsfolgen des Wissens auszuschliessen.<sup>46</sup> Missachtet die juristische Person die in Bezug auf die Verwaltung und Bewirtschaftung der an sie herantretenden Informationen erforderliche Sorgfalt, trägt sie das Risiko dieser Unsorgfalt: Die juristische Person muss sich das innerhalb der Organisation verfügbare bzw. objektiv abrufbare Wissen zurechnen lassen und kann nicht geltend machen, eine Tatsache sei ihr zum Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung nicht bekannt gewesen.

Die Wissenszurechnung erfolgt nicht mehr schematisch, sondern funktional nach dem Leitgedanken ordnungsgemässer Organisation. Der juristischen Person wird sämtliches Wissen zugerechnet, das innerhalb der Organisation verfügbar und objektiv abrufbar<sup>47</sup> ist bzw. bei richtiger Organisation abrufbar gewesen wäre. Auch private bzw. aus privater Quelle stammende Kenntnisse sind nach diesem Ansatz der juristischen Person zuzurechnen, sofern die Information aus Sicht des Wissensträgers für die Organisation von Bedeutung und daher weiterzuleiten sind, wobei jeweils die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.<sup>48</sup> Umgekehrt wird aber damit die Zurechnung von Wissen ausgeschlossen, das für die Organisation nicht bedeutsam und dieses daher der juristischen Person auch nicht verfügbar zu halten ist.

#### 2.4 Grenzen der Wissenszurechnung

Das Wissen des mit dem jeweiligen Geschäft befassten Organs kann der juristischen Person dann nicht zugerechnet werden, wenn es in Schädigungsabsicht deliktisch zum Nachteil der Gesellschaft handelt und sein Handeln vor der Gesellschaft verbirgt.<sup>49</sup> Das Organ verheimlicht in diesem Fall sein Wissen und verzichtet im eigenen deliktischen Interesse, das den Interessen der Gesellschaft entgegenläuft, bewusst auf eine Weiterleitung oder Speicherung des Wissens. Das Wissen ist damit innerhalb der Organisation weder verfügbar noch abrufbar, und zwar selbst dann

nicht, wenn der Informationsaustausch im Betrieb anderweitig einwandfrei funktioniert. Dabei handelt es sich so gut wie beim Wissen der natürlichen Person um einen inneren Sachverhalt, der sich im Aussenverhältnis nur, aber immerhin, soweit auswirkt, als das Wissen einer Person für ihre rechtlichen Beziehungen zu Dritten relevant ist. Bei der Wissenszurechnung kommt es deshalb, anders als bei der Zurechnung vom Vertretungshandeln, nicht auf den guten Glaubens des Vertragspartners an.

Einzelne Wissensträger können sodann aus rechtlichen Gründen, etwa wegen gesetzlicher oder vertraglicher Geheimhaltungspflichten,<sup>50</sup> verhindert sein, ihnen zugängliches, relevantes Wissen in die Organisation einzubringen. Auch solches aus rechtlichen Gründen nicht verfügbares Wissen muss sich die juristische Person nicht als eigenes anrechnen lassen.<sup>51</sup>

#### 2.5 Wissenszurechnung und Passivvertretung

Die Passivvertretung ist gewissermassen die Schnittmenge zwischen den Regeln über die Zurechnung rechtsgeschäftlichen Handelns einerseits und über die Wissenszurechnung andererseits. Bei der Passivvertretung geht es um die Frage, wann eine empfangsbedürftige Willenserklärung einer juristischen Person zugegangen ist und welches deren nach Vertrauensprinzip zu ermittelnde Inhalt ist.<sup>52</sup> Die Passivvertretung ist damit die Fähigkeit, eine Willenserklärung von einem Dritten im Namen der Gesellschaft und mit Wirkung für diese zu empfangen bzw. entgegenzunehmen.<sup>53</sup> Im Kern geht es auch bei der Passivvertretung um die Wissenszurechnung: Es wird letztlich gefragt, wann der Zugang einer Willenserklärung und damit inbegriffen auch das dadurch

<sup>46</sup> BGE 109 II 338, E. 2b; *Chou* (Fn. 31), N 299.

<sup>47</sup> BGER 5C.104/2001 vom 21. August 2001, E. 4c/bb.

<sup>48</sup> Vgl. *Abegglen* (Fn. 27), 208.

<sup>49</sup> Vgl. vorn II.1.3.1.

<sup>50</sup> Ebenso *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 21 N 21 Fn. 6, § 30 N 136 Fn. 58; *Chou* (Fn. 31), N 362; *Oliver Waespi*, Organisationshaftung, Zwischen Risiko und Unsorgfalt, Diss. Neuchâtel 2004, Bern 2005, 348.

<sup>51</sup> Solche Sachverhalte können möglicherweise Tatbestände der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB oder jedenfalls des Interessenkonflikts darstellen.

<sup>52</sup> *Rolf Watter*, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sogenanntem «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich 1985, N 252.

<sup>53</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 50), § 30 N 129; *Georg Krneta*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005, N 1993.



erlangte Wissen des Vertreters dem Vertretenen zuzurechnen ist.<sup>54</sup> Die passive Vertretungsmacht kommt dabei jedem Organ der Aktiengesellschaft, einschliesslich der faktischen Organe zu.<sup>55</sup> Passiv kann die Gesellschaft denn auch von einem Organ vertreten werden, das nicht zeichnungsberechtigt oder nur kollektivzeichnungsberechtigt ist.<sup>56</sup> Für die Frage nach der Abgrenzung der passiven Vertretungsmacht ist auf die *ratio legis* von Art. 718a OR zurückzugreifen. Im Rechtsverkehr mit der Gesellschaft können Dritte, soweit sie guten Glaubens sind, von der passiven Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane ausgehen. Immerhin gilt dies nur für den Zugang rechtsgeschäftlicher Erklärungen als solchen. Die Frage nach der Zurechnung des weiteren Wissens des Passivvertreters dagegen richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Wissenszurechnung.

### III. Organisationsmängel

#### 1. Massnahmen zur Behebung von Organisationsmängeln

##### 1.1 Aktienversteigerung (BGer 4A\_51/2017 vom 30. Mai 2017)

Im Entscheid BGer 4A\_51/2017 hatte sich das Bundesgericht mit dem richterlichen Ermessen bei der Behebung eines Organisationsmangels i.S.v. Art. 731b Abs. 2 OR zu befassen. Es hat dabei seine Rechtsprechung bestätigt, wonach eine Aktienversteigerung im Fall einer Blockade im Aktionariat zuzulassen sei; die Auflösung der Gesellschaft komme nur als *ultima ratio* in Betracht.

<sup>54</sup> Watter (Fn. 52), N 253.

<sup>55</sup> Watter (Fn. 52), N 274; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 512; BK-Riemer (Fn. 31), Art. 54/55 ZGB N 45; Rolf Watter, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest (Rechnungslegung 2011), Art. 1–3 ÜBest (GAFI 2014), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 718 N 34; a.M. wohl Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 50), § 30 N 130.

<sup>56</sup> Christoph B. Bühler, in: Tanner Brigitte/Bühler Christoph B./Handschin Lukas/Haas Ulrich et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 718a OR N 34.

##### 1.1.1 Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Aktien der X. AG werden je zur Hälfte von A. und B. gehalten. Die beiden Aktionäre befanden sich in einem anhaltenden und unlösbaren Konflikt, sodass die Generalversammlung keine der in ihre Zuständigkeit fallenden Beschlüsse mehr fassen konnte. Auf Begehren von B. setzte das erstinstanzliche Genfer Gericht mit Urteil vom 19. Januar 2015 U. als Sachwalter ein. In einem zweiten Verfahren verlangte B. im Januar 2016 gemeinsam mit der C. GmbH (Gläubigerin) die Abberufung des Sachwalters. Zusätzlich verlangten sie die Übertragung der Aktien von A. auf B. zum Preis von CHF 452 650.00. A. beantragte seinerseits die Auflösung und Liquidation der X. AG nach den Regeln über den Konkurs.

Das erstinstanzliche Genfer Gericht folgte keinem der beiden Anträge, sondern ordnete stattdessen gestützt auf Art. 731b Abs. 1 OR die Versteigerung der Aktien der X. AG unter den Aktionären A. und B. an. Die zweite Instanz bestätigte das vorinstanzliche Urteil, worauf B. und die C. GmbH an das Bundesgericht gelangten.

##### 1.1.2 Erwägungen

Das Bundesgericht führte aus, der Richter könne zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands (Organisationsmangel) im Einzelfall auch andere als die ausdrücklich in Art. 731b Abs. 2 OR genannten Massnahmen ergreifen, soweit diese dem Prinzip der Verhältnismässigkeit genügen. Mit den beiden Vorinstanzen erachtete das Bundesgericht bei einer Zweimanngesellschaft mit paritätischem Aktionariat eine Versteigerung unter den Aktionären als geeignete Massnahme zur Lösung der Blockade im Aktionariat.<sup>57</sup>

##### 1.1.3 Organisationsmängel und Pattsituation

Die Anwendung von Art. 731b Abs. 1 OR setzt einen Organisationsmangel voraus. Art. 731b Abs. 1 OR bezieht sich sowohl auf das Fehlen als auch auf die nicht rechtmässige Zusammensetzung gesetzlich vorgeschriebener Gesellschaftsorgane. Der nicht rechtmässigen Zusammensetzung eines Organs kommt die

<sup>57</sup> BGer 4A\_51/2017 vom 30. Mai 2017, E. 5.

fehlende Handlungsfähigkeit eines Organs gleich.<sup>58</sup> Eine Pattsituation (sog. *Deadlock*) im Aktionariat kann das Funktionieren der Gesellschaft in Frage stellen.<sup>59</sup> Paritätische Zweipersonengesellschaften sind besonders anfällig für einen *Deadlock*. In Aktiengesellschaften mit einer grösseren Zahl von Aktionären ist eine Pattsituation zwar nicht vollständig ausgeschlossen, sie dürfte aber eher selten eintreten.<sup>60</sup> Die Pattsituation im Aktionariat ist für sich allein noch kein Organisationsmangel. Werden sich die beiden Aktionäre beispielsweise nicht über die Höhe der auszuschüttenden Dividende einig und kommt der entsprechende Generalversammlungsentscheid deswegen nicht zustande, so liegt kein Organisationsmangel vor und zwar selbst dann nicht, wenn sich die Pattsituation in dieser Frage über längere Zeit an jeder Generalversammlung ergibt. Führt die Pattsituation demgegenüber zur Nichtwahl bzw. Nichtwiederwahl der Verwaltungsratsmitglieder, so zieht sie einen Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b Abs. 1 OR nach sich.

Das Gesetz sieht zur Behebung von Organisationsmängeln verschiedene in Art. 731b Abs. 2 OR nicht abschliessend aufgeführte Massnahmen vor. Bei der Anordnung der erforderlichen Massnahmen kommt dem Gericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu, den es unter Wahrung der konkreten Interessenlage im Einzelfall pflichtgemäss auszuüben gilt.<sup>61</sup> Von zentraler Bedeutung ist dabei das Verhält-

nismässigkeitsprinzip. Lässt sich der Organisationsmangel durch mildere Massnahmen gleichwertig beheben, ist von einer Auflösung der Gesellschaft abzu- sehen.<sup>62</sup> Der Richter ist bei der Auswahl der Massnahme nicht an die Parteibegehren gebunden, sondern hat mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles eine angemessene und verhältnismässige Massnahme zu treffen; es gilt die *Offizialmaxime*.<sup>63</sup>

#### 1.1.4 Private Versteigerung unter den Aktionären und ihre Alternativen

Seit BGE 138 III 294 ist höchstrichterlich anerkannt, dass das Gericht im Fall eines Organisationsmangels, der auf eine andauernde Pattsituation zurückgeht, die Übernahme der Aktien des einen Aktionärs im Rahmen einer privaten Versteigerung anordnen kann.<sup>64</sup> Das Bundesgericht hat sich seither in mehreren Entscheiden mit diesem Verfahren zur Lösung einer Blockade im Aktionariat auseinandergesetzt.<sup>65</sup>

Auch im vorliegenden Fall hatte sich das Bundesgericht mit der soeben erwähnten Thematik zu beschäftigen und sich für die private Versteigerung als Massnahme zur Lösung einer dauerhaften Blockade im Aktionariat ausgesprochen. Insbesondere hatte es in diesem Zusammenhang auch den Antrag des B. und der C. GmbH zu prüfen, anstelle einer Versteigerung hätte A. die Aktien B. zu einem festgesetzten Preis zu verkaufen.<sup>66</sup> Dabei war zu klären, ob sachliche Gründe gegen eine private Versteigerung und stattdessen für die Anordnung eines Auskaufs einer der beiden Aktionäre sprechen können. Das Bundesgericht wies dieses Ansinnen zurück: Beide Aktionäre seien gleich zu behandeln und es komme keinem der Aktionäre in Bezug auf den Erwerb der Aktie des anderen ein Vorzugsrecht zu.<sup>67</sup> Der Entscheid schafft in einer wichtigen Frage Rechtssicherheit, indem er klarstellt, dass es beim Organisationsmangelverfahren einzig darum geht, die Ursache für den Organisationsmangel zu beseitigen. Die Preisbestimmung im

<sup>58</sup> BGer 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012 mit Hinweis auf die Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002 3232; siehe auch BGE 140 III 349, E. 2.1 S. 351; BGer 4A\_71/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.2.

<sup>59</sup> Vgl. auch BGE 140 III 349, E. 2.1 S. 351; 138 III 294, E. 3.1.5 S. 299.

<sup>60</sup> *Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone*, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 84 (2012), 461–476, 468; *Pascal Zysset/Dario Galli*, Los- oder Stichentscheid? – Wahl zwischen Pest und Cholera, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, recht (2017) 2, 125–136, 128 f.; *Markus Vischer/Pascal Zysset*, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_51/2017 vom 30. Mai 2017, B., C. GmbH gegen A., X. AG und U., Organisationsmangel, private Versteigerung unter den Aktionären, AJP (2017), 1147–1152, 1149.

<sup>61</sup> Vgl. auch *Marcel Schönbächler*, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich 2013, 46; BGer 4A\_51/2017 vom 30. Mai 2017, E. 5; BGE 142 III 629, E. 2.3.1 S. 631 f.

<sup>62</sup> Die Auflösung der Gesellschaft ist *ultima ratio*; BGer 4A\_51/2017 vom 30. Mai 2017, E. 5.

<sup>63</sup> Art. 58 Abs. 2 ZPO; BGE 142 III 629, E. 2.3.1 S. 632; 138 III 294, E. 3.1.3 S. 298 (m.w.H.).

<sup>64</sup> Vgl. dazu die Besprechung des Entscheids von *Trautmann/von der Crone* (Fn. 60), 461 ff.

<sup>65</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.6; 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.1.3; BGE 142 III 629, E. 2.3.1 S. 632.

<sup>66</sup> BGer 4A\_51/2017 vom 30. Mai 2017, E. 6.

<sup>67</sup> BGer 4A\_51/2017 vom 30. Mai 2017, E. 6.

Rahmen der Versteigerung schafft unter den Parteien den notwendigen Interessensausgleich.<sup>68</sup> Zugleich enthebt sich das Gericht der kaum lösbaren und durch viele subjektive Faktoren beeinflussten Suche nach dem «besseren» Aktionär. Das Bundesgericht erteilt damit der von der Lehre zur Lösung von dauerhaften Blockaden vorgeschlagenen Möglichkeit der richterlich angeordneten Übertragung des Aktienpakets einer Partei von der anderen zu einem bestimmten Preis<sup>69</sup> ausdrücklich eine Absage. Das auch aus der Rechtsprechung und Lehre zum Miteigentum bekannte Verfahren der privaten Versteigerung berücksichtigt die Nähe der Beteiligten zum Versteigerungsobjekt, hier also zur Aktiengesellschaft.<sup>70</sup> Wenn es schon zu einem Auskauf kommt, so soll er primär unter den bisher partnerschaftlich verbundenen Parteien stattfinden. Positiv dürfte sich in dieser Konstellation auswirken, dass die beiden paritätischen Aktionäre typischerweise über gute Informationen über die Gesellschaft verfügen sollten, was ihnen eine angemessene Preisstellung auch ohne aufwendige Unternehmensprüfung (*Due Diligence*) erlauben sollte. Negativ allerdings können Finanzierungsprobleme ins Gewicht fallen. Zwar sollte es technisch durchaus möglich sein, die Aktien der Gesellschaft als Sicherheit für einen Bankkredit zu verwenden, auf den bei Steigerungserfolg zurückgegriffen werden kann. Banken werden nicht kotierte Aktien allerdings nur mit grosser Zurückhaltung als Sicherheit (*collateral*) für einen Bankkredit akzeptieren. Letztlich ist eine freie Preisbildung unter den beiden paritätischen Aktionären deshalb nur dann gewährleistet, wenn diese ausserhalb ihrer Beziehung zur Aktiengesellschaft über genügend Mittel verfügen, um das ihnen in der Sache angemessene Angebot zu finanzieren. Mit

Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit erscheint eine private Versteigerung unter den Aktionären deshalb nur dann angemessen, wenn beide Seiten finanziell in der Lage sind, ein Angebot zu unterbreiten. Macht einer der beiden paritätischen Aktionäre potentielle Schwierigkeiten bei der Finanzierung des Steigerungsangebots geltend, so kommt jedenfalls, analog zur Rechtsprechung zur Versteigerung von Miteigentumsanteilen, unter den Beteiligten nur eine Versteigerung mit Mindestpreis in Frage. Der Mindestpreis wäre in diesem Fall durch das Gericht bzw. durch eine vom Gericht eingesetzte Person zu ermitteln, wobei sich das Verfahren an den Regeln über die Festsetzung des wirklichen Wertes bei der Vinkulierung nicht kotierter Aktien gegen Einräumung eines Verkaufsrechts i.S.v. Art. 685b Abs. 5 OR orientieren könnte. Der Mindestpreis entspricht in diesem Fall dem Wert einer 50%igen Beteiligung an der Aktiengesellschaft, einer Beteiligung also, die zwar eine Sperrminorität, nicht aber die Kontrolle über die Gesellschaft vermittelt. In der Regel dürfte der Mindestpreis deshalb unter dem hälftigen Verkehrswert der ganzen Aktiengesellschaft liegen (Paketabschlag). Wird der Mindestpreis nicht erreicht, ist in einer zweiten Runde eine öffentliche Versteigerung ohne Mindestpreis vorzusehen.<sup>71</sup> Sinnvollerweise sieht das Urteil von vornherein für den Fall des Scheiterns der privaten Versteigerung eine nachfolgende öffentliche Versteigerung vor.<sup>72</sup> Erscheint ein zweistufiges Vorgehen, beispielsweise mit Blick auf die Zeitverhältnisse, nicht zweckmässig, muss es dem Gericht freistehen, direkt eine öffentliche Versteigerung anzuordnen.

Als Alternative zur privaten oder allenfalls öffentlichen Versteigerung wird in der Lehre teilweise ein Stichentscheid des Präsidenten in der Generalversammlung vorgeschlagen. Das Bundesgericht hatte sich in einem neueren und bereits eingehend besprochenen Entscheid<sup>73</sup> mit diesem Ansatz auseinan-

<sup>68</sup> Hans Caspar von der Crone, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 89 (1993), 37–44, 43.

<sup>69</sup> Florian S. Jörg, Richterliche Entscheide bei Organisationsmängeln, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 257–348, 322.

<sup>70</sup> Vgl. BGer 5A.618/2012 vom 27. Mai 2013, E. 7.3.1 bezüglich Aktien eines Familienbetriebs; vgl. auch Bernhard Schnyder, Entscheid Kantonsgericht Wallis vom 17.4.2000, BR (2001), 81–82, 82; Entscheid Kantonsgericht, Zivilgerichtshof I, vom 27. März 2000 i.S. J. c/B., auszugsweise in ZBGR 83/2002, 140 ff., 145 f.; siehe auch Christoph Brunner/Jürg Wichterlmann, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 651 N 14.

<sup>71</sup> Von der Crone (Fn. 68), 44; siehe auch Vischer/Zysset (Fn. 60), 1152.

<sup>72</sup> Vgl. BGer 5A.618/2012 vom 27. Mai 2013, E. 7.3.1.

<sup>73</sup> BGE 143 III 120; vgl. dazu Merens Cahannes/Hans Caspar von der Crone, Der Stichentscheid in der Generalversammlung unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung, SZW 89 (2017), 381–395, 381 ff.; insb. 383 ff.; Zysset/Galli (Fn. 60), 125 ff.; Markus Vischer, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR (2017), 81–94, 81 ff.; Stephan Werlen/

dergesetzt. Im konkreten Fall kam es zum Schluss, der statutarisch eingeführte Stichentscheid verstosse im Fall der Wahl der Revisionsstelle gegen Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR und sei deshalb nichtig. Zudem erachtete es die nachträgliche Einführung eines Stichentscheids als Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung. Letzteres ist allerdings vor dem Hintergrund zu betrachten, dass die besagte Gesellschaft bereits über einen Lösungsmechanismus für den Fall der Stimmgleichheit (*in casu* Losverfahren) verfügte und diese nachträglich durch den Stichentscheid abgelöst werden sollte. U.E. verstösst der Stichentscheid in der Generalversammlung an sich gegen das Mehrheitsprinzip;<sup>74</sup> bei Stimmgleichheit ist die Wahl oder Abstimmung nach Art. 703 OR gescheitert, was eine anschliessende Korrektur durch einen Stichentscheid ausschliesst. Ein entsprechender Generalversammlungsbeschluss wäre folglich nicht nur anfechtbar, sondern nichtig i.S.v. Art. 706b Ziff. 3 OR. Nicht entscheidend, anders aber das Bundesgericht, ist dabei die Unterscheidung zwischen einer erstmaligen Einführung eines statutarischen Stichentscheids und der Änderung eines bereits in den Statuten verankerten Verfahrens bei Stimmgleichheit. Aus dem gleichen Grund abzulehnen ist daher auch die bisweilen angesprochene Möglichkeit, im Rahmen eines Organisationsmängelverfahrens dem Vorsitzenden gerichtlich den Stichentscheid zuzuweisen.<sup>75</sup>

## 1.2 Abberufung gerichtlich eingesetzter Organe (BGer 4A\_237/2016 vom 30. Juni 2016)

### 1.2.1 Sachverhalt und Erwägungen

Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

B. und A. halten je eine 50%-Beteiligung an der X. AG. Mit Ablauf der vorgesehenen Amtsdauer endeten deren ursprünglich parallel ausgeübte Funktionen des Verwaltungsratspräsidenten bzw. -sekretärs.

*Pascal Stocker*, Stichentscheid in der Generalversammlung, Besprechung des Urteils 4A\_579/2016 des Bundesgerichts vom 28. Februar 2017 (BGE 143 III 120 ff.), GesKR (2017), 361–366, 361 ff.; *Rolf Sethe/Meltem Cetinkaya*, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/ Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 113 (2017), 522–527, 523 f.

<sup>74</sup> Das Mehrheitsprinzip ist Teil der Grundstruktur der Aktiengesellschaft; *Trautmann/von der Crone* (Fn. 60), 473; a.M. *Vischer* (Fn. 73), 86.

<sup>75</sup> *Jörg* (Fn. 69), 321.

Eine Wiederwahl derselben oder eine Wahl Dritter als Verwaltungsratsmitglieder fand nicht statt. Auf Begehren von B. ernannte das Gericht in erster Instanz in Genf mit Entscheid vom 19. Januar 2015 Rechtsanwalt U. für den Zeitraum eines Jahres als Verwaltungsrat der X. AG. Dieses Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Nachdem dem Antrag von B., im Namen der X. AG die gerichtliche Abberufung von U. zu verlangen, mangels Erreichung des erforderlichen absoluten Mehrs nicht entsprochen wurde, beantragte er in eigenem Namen beim erstinstanzlichen Gericht die Abberufung von U. sowie die Ernennung eines Sachwalters für die X. AG. Die beiden kantonalen Instanzen lehnten das Gesuch wegen fehlender Aktivlegitimation von B. ab. Daraufhin gelangte B. mit Beschwerde an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht wies das Begehren von B. ab, ohne dabei auf die Aktivlegitimation zur Gesuchstellung einzugehen. Es erwog, die Generalversammlung der X. AG leide zwar aufgrund einer Pattsituation im Aktionariat an einer funktionellen Störung, dies stelle aber keinen wichtigen Grund i.S.v. Art. 731b Abs. 3 OR dar.

### 1.2.2 Abberufung aus wichtigem Grund

Wird das fehlende Organ durch richterlichen Entscheid ernannt, obliegt es auch dem Richter, die Ausführungsdetails festzulegen. Die vom Richter einmal getroffenen Anordnungen sind – selbst durch einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss – unabänderbar und unwiderruflich.<sup>76</sup> Relativiert wird dieser Grundsatz durch Art. 731b Abs. 3 OR, auf welche Bestimmung sich auch der Antrag des B. auf Ab-

<sup>76</sup> Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3148 ff., 3232; BGE 126 III 283, E. 3b/cc S. 287; *Schönbächler* (Fn. 61), 199 f.; *Beat M. Barthold/Florian S. Jörg*, Kleine Aktienrechtsrevision, Revision des Aktienrechts im Schatten der GmbH-Revision, ST (2006) 8, 494–498, 496; *Wolfgang Müller/Silvia Margraf*, in: Roberto Vito/Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften, Art. 530–771 OR, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 731b OR N 8; *Rolf Watter/Charlotte Pamer-Wieser*, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest (Rechnungslegung 2011), Art. 1–3 ÜBest (GAFI 2014), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 731b N 17.

berufung des U. sowie Ernennung eines Sachwalters im vorliegenden Bundesgerichtsurteil stützte. Gemäss dieser Bestimmung kann die Gesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vom Richter die Abberufung von Personen verlangen, welche durch diese eingesetzt wurden.

Bei der Bestimmung des wichtigen Grundes hat das Gericht seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen (Art. 4 ZGB). Im vorliegenden Entscheid hatte das Bundesgericht den wichtigen Grund mit einer negativen Definition erfasst:<sup>77</sup> Eine Abberufung eines gerichtlich eingesetzten Gesellschaftsorgans ist dann nicht gerechtfertigt, wenn es alle ihm durch Gesetz oder Statuten vorgeschriebenen Aufgaben erfüllt. Ein Organ muss formell korrekt besetzt und handlungsfähig sein, um seine Aufgaben im Interesse der Gesellschaft wahrnehmen zu können. Weil die X. AG über keinen Verwaltungsrat verfügte, die Gesellschaft folglich an einem Organisationmangel litt, wurde U. durch den Richter zum Verwaltungsrat ernannt. Damit wurde sichergestellt, dass die einem bestimmten Organ zwingend zugewiesenen Kompetenzen dauerhaft vom dafür zuständigen Organ erfüllt werden.<sup>78</sup> Darüber hinausgehende Funktionen hat der gerichtlich eingesetzte Verwaltungsrat aber nicht zu erfüllen.<sup>79</sup> Anders dagegen wäre es wohl, wenn eine unabhängige Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen durch das Organ, beispielsweise durch einen Interessenkonflikt des Verwaltungsrats, verunmöglicht wäre. Positiv formuliert können als wichtige Gründe nur solche qualifizieren, bei deren Vorliegen die Interessen der Gesellschaft oder auch der Aktionäre erheblich gefährdet oder verletzt sind, sodass die Führung durch den eingesetzten Mandatsträger für die Gesellschaft nicht mehr zumutbar ist. Die vom Gericht eingesetzten Personen können sodann immer auch ohne Angabe von wichtigen Gründen von sich aus den Rücktritt erklären.<sup>80</sup>

Das Bundesgericht hat daher vorliegend zu Recht die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Rüge verworfen, wonach die Organisation der X. AG, wenn-

gleich formell statutenkonform, an einem funktionellen Mangel leide, da der Generalversammlung aufgrund der Pattsituation im Aktionariat ein Entscheidungsstillstand drohe, welchen U. aufgrund seines fehlenden Stimmrechts nicht zu beheben vermöge. Solange das eingesetzte Gesellschaftsorgan die ihr obliegenden Aufgaben korrekt bzw. im Interesse der Gesellschaft ausübt, gibt es keinen Grund, das Organ abzuberufen. Insofern ist es ohne Belang, ob es unter den Aktionären zu einer Blockade (Patt) kommt, solange die gesetzlich vorgeschriebenen Organe bestellt sind. Denn eine Pattsituation fällt für sich allein noch nicht unter Art. 731b OR.<sup>81</sup> Zudem wird die Generalversammlung nicht bestellt, sondern von der zuständigen gesellschaftlichen Instanz einberufen. Entsprechend kann das Gericht die Generalversammlung nicht nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR ernennen oder einzelnen Personen zu neuen Aktionären machen bzw. mit zusätzlichen Stimmrechten ausstatten, um so einer Pattsituation im Aktionariat entgegenzuwirken.<sup>82</sup>

### 1.2.3 Aktivlegitimation von Aktionären i.S.v. Art. 731b Abs. 3 OR

Vom Bundesgericht ungeklärt blieb die Frage, ob der Antrag i.S.v. Art. 731b Abs. 3 OR notwendigerweise von der Gesellschaft ausgehen muss oder ob es genügt, wenn ein Antrag eines Aktionärs vorliegt.<sup>83</sup> Es gibt Stimmen in der Lehre, die auch einzelnen Aktionären die Legitimation zur Gesuchstellung i.S.v. Art. 731b Abs. 3 OR zugestehen wollen.<sup>84</sup> Das Gesetz sieht vor, dass der Antrag auf Abberufung gerichtlich eingesetzter Personen von der Gesellschaft erhoben werden kann und muss, diese somit aktivlegitimiert ist. Für den Fall einer blockierten Zweimanngesellschaft rechtfertigt es sich allerdings, die Aktionäre als aktivlegitimiert zu betrachten. Im vorliegenden Fall ist die X. AG mit zwei Aktionären paritätisch be-

<sup>77</sup> Vgl. BGer 4A\_237/2016 vom 30. Juni 2016, E. 7.

<sup>78</sup> Vgl. Lukas Müller/Pascal Müller, Organisationsmängel in der Praxis, AJP (2016), 42–58, 43.

<sup>79</sup> Vgl. BGer 4A\_237/2016 vom 30. Juni 2016, E. 7.

<sup>80</sup> Pascal Müller, in: Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Aktienrecht, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Zürich 2016, Art. 731b N 15; Müller/Müller (Fn. 78), 55.

<sup>81</sup> Vgl. bereits vorn III.1.1.3.

<sup>82</sup> Schönbächler (Fn. 61), 218 f.; vgl. auch BGer 4A\_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3 in Bezug auf die Genossenschaft sowie Cahannes/von der Crone (Fn. 73), 381 ff. Zulässig ist allerdings die fiduziarische Übertragung je einer Aktienstimme eines jeden Aktionärs an einen unabhängigen Dritten, Jörg (Fn. 69), 322; Trautmann/von der Crone (Fn. 60), 474.

<sup>83</sup> BGer 4A\_237/2016 vom 30. Juni 2016, E. 7.

<sup>84</sup> Müller/Müller (Fn. 78), 55; OFK-Aktienrecht-Müller (Fn. 80), Art. 731b N 15; a.M. CHK-Müller/Margraf (Fn. 76), Art. 731b OR N 8.

herrscht, d.h., beide Aktionäre halten je 50% der Beteiligung der X. AG. Dies bedeutet, dass die Gesellschaft in ihrer Willensbildung sehr stark eingeschränkt ist, weil alle Beschlüsse *de facto* nur einstimmig gefasst werden können.<sup>85</sup> Die Abberufung eines gerichtlich eingesetzten Organs wäre daher selbst bei Vorliegen wichtiger Gründe nicht möglich. Aufgrund dieser besonderen Konstellation muss u.E. der Antrag eines Aktionärs ausreichen.

## 2. Wiederherstellung im Organisationsmängelverfahren

### 2.1 BGE 141 III 43

Mit dem Leitentscheid BGE 141 III 43 hält das Bundesgericht erstmals ausdrücklich fest, dass ein nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR rechtskräftiger Auflösungsentscheid nicht gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 195 Abs. 1 SchKG (Konkurswideruf) widerrufen werden kann, falls der Organisationsmangel nachträglich wegfällt.<sup>86</sup> Vorbehalten bleibt nur der Weg über die Revision. Für den Fall des Sitzverlustes gilt nichts anderes.<sup>87</sup> Wird eine Gesellschaft von Amtes wegen nach Art. 153b HRegV wegen fehlenden Domizils aufgelöst, ist die Verfügung des zuständigen Handelsregisteramts nach Ablauf von drei Monaten (Art. 153b Abs. 3 HRegV) wie ein Auflösungsentscheid mit Eintritt der formellen Rechtskraft unwiderruflich bzw. definitiv.<sup>88</sup>

Im Zuge der Revision des Handelsregisterrechts wird Art. 731b Abs. 1 OR dahingehend ergänzt, als nunmehr auch das fehlende Rechtsdomizil als Mangel in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation erfasst wird.<sup>89</sup> Zukünftig wird bei fehlendem Rechtsdomizil neu der Richter (nicht mehr das Handelsregisteramt) über die erforderlichen Massnahmen entscheiden müssen.

Der nachträgliche Widerruf eines rechtskräftigen Auflösungsentscheids ist nach dem Gesagten nicht zulässig. Die Frage, ob auch eine Wiederherstellung nach Art. 148 f. ZPO ausgeschlossen ist, ist in

der Lehre umstritten.<sup>90</sup> Das Bundesgericht hat sich nie ausdrücklich zu dieser Frage geäußert. Immerhin hat es in drei Urteilen die Möglichkeit der Stellung eines Fristwiederherstellungsgesuchs in Aussicht gestellt.<sup>91</sup> Auch im vorliegenden Fall stellte die A. AG am 11. Oktober 2012 beim Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern erfolglos ein Wiederherstellungsgesuch nach Art. 148 f. ZPO infolge versäumter Gesuchantwortfrist. Die A. AG verzichtete auf einen Weiterzug an das Bundesgericht.

Derweil mussten sich die kantonalen Instanzen bereits mehrfach mit dieser Thematik auseinandersetzen.<sup>92</sup> Als Beispiel sei ein aktuelleres Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 21. Januar 2016 (HSU.2016.1) erwähnt, auf welches nachfolgend detaillierter einzugehen ist.

Grundsätzlich möglich und gesetzlich vorgesehen ist ein Widerruf nur im Fall von Art. 153b Abs. 3 HRegV, d.h. bei fehlendem Rechtsdomizil. Gemäss dieser Bestimmung kann das Handelsregisteramt selbst die Auflösungsverfügung widerrufen, wenn die zur Anmeldung verpflichteten Personen innerhalb von drei Monaten nach dem Eintrag der Auflö-

<sup>90</sup> Für die Zulässigkeit eines Wiederherstellungsgesuchs: *Andreas Schneuwly*, Die Wiederherstellung nach Art. 148 f. ZPO im Organisationsmängelverfahren, REPRAX (2016) 2, 28–41, 37; *Franco Lorandi*, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften zufolge Organisationsmangel (Art. 731b OR), BLSchK (2012), 41–50, 44; *Lukas Berger/David Rüetschi/Florian Zihler*, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX (2012) 1, 1–29, 25 f.; *Michael Gwelessiani*, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 154 N 536a; *Rino Siffert/Florian Zihler*, Handelsregisterrecht, Entwicklungen 2011, Bern 2012, 106 ff.; *Schönbächler* (Fn. 61), 210 ff. und 440 f.; gegen die Zulässigkeit: *Müller/Müller* (Fn. 78), 57; unklar: *Olivier Hari*, Carences dans l'organisation d'une société (art. 731b CO) et liquidation forcée en application des règles du droit de la faillite, GesKR (2015), 272–277, 276.

<sup>91</sup> Urteile des Bundesgerichts 4D\_94/2011 vom 11. Januar 2012; 4A\_676/2011 vom 6. Januar 2012; 4A\_368/2012 vom 17. Juli 2012 betreffend Wiederherstellung nach Art. 50 Abs. 1 BGG.

<sup>92</sup> Vgl. ZR 117 (2018) Nr. 22; ZR 115 (2017) Nr. 9; ZR 114 (2015) Nr. 68, wo jeweils das Gesuch um Wiederherstellung gutgeheissen wurde; abgelehnt wurde das Wiederherstellungsgesuch demgegenüber in ZR 111 (2012) Nr. 23; Entscheid des Bezirksgerichts Frauenfeld vom 14. Oktober 2011 (Z2.2011.134); Urteil des Handelsgerichts St. Gallen vom 31. August 2011 (HG.2011.207-HGP); vgl. dazu auch die Kommentierungen von *Siffert/Zihler* (Fn. 90), 106 ff.

<sup>85</sup> *Von der Crone* (Fn. 68), 37; *Trautmann/von der Crone* (Fn. 60), 468.

<sup>86</sup> BGE 141 III 43, E. 2.5 S. 45 ff.

<sup>87</sup> BGE 143 I 328, E. 3.6 S. 334 f.

<sup>88</sup> BGE 141 III 43, E. 2.6 S. 48.

<sup>89</sup> Entwurf zum Obligationenrecht (Handelsregisterrecht) vom 17. März 2017, BBl 2017 2433, 2441.

sung das neue Rechtsdomizil rechtskonform zur Eintragung anmelden. Ein Widerruf kommt aber nur innerhalb der dreimonatigen Verwirkungsfrist<sup>93</sup> in Frage. *De lege ferenda* dürfte die Widerrufsmöglichkeit durch das Handelsregisteramt aber bei Auflösungsbeschlüssen zufolge fehlenden Rechtsdomizils ausgeschlossen sein.<sup>94</sup>

## 2.2 Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 21. Januar 2016 (HSU.2016.1)

### 2.2.1 Sachverhalt

A. ist einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der B. GmbH und einzelzeichnungsberechtigt. Im Sommer 2012 verlegte A. seinen Wohnsitz ins Ausland. Über die B. GmbH führte er weiterhin mehrere Verwaltungsrats- und Beratungsmandate in der Schweiz. Das Rechtsdomizil der B. GmbH befindet sich am früheren Wohnort des A.; dieser war dort im Handelsregister als Organ der B. GmbH eingetragen. Das Handelsgericht mutierte den Wohnort von A. im Sommer 2015 in unbekanntem Aufenthalt. Im darauffolgenden, vom Handelsregisteramt eingeleiteten Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR konnten Gerichtsurkunden der B. GmbH nicht zugestellt werden. Nachdem die B. GmbH auch nach erfolgter öffentlicher Publikation mit der Erstattung der Gesuchantwort säumig blieb und ein Organisationsmangel vorlag (Nichterfüllung des gesetzlichen Wohnsitzfordernisses [Art. 814 Abs. 3 OR]), wurde die B. GmbH androhungsgemäss vom Vizepräsidenten des Handelsgerichts des Kantons Aargau aufgelöst und ihre Liquidation nach den Regeln des Konkurses angeordnet. Der Entscheid erwuchs in Rechtskraft.

Nachdem A. von der Auflösung der B. GmbH und deren Liquidation erfuhr, wandten sich A. und die B. GmbH mit einem Gesuch an das Handelsgericht und beantragten die Wiederherstellung der Frist zur Erstattung der Gesuchantwort im Organisationsmängelverfahren. Der Vizepräsident hiess das Gesuch der B. GmbH gut, wies aber jenes von A. ab.<sup>95</sup>

### 2.2.2 Wiederherstellung einer Frist nach Art. 148 f. ZPO

Die ZPO sieht vor, dass das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt wird (vgl. Art. 147 Abs. 2 ZPO). Gemildert wird dieser Grundsatz durch Art. 148 Abs. 1 ZPO. Gemäss dieser Bestimmung kann das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei u.a. eine Nachfrist gewähren, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Aktivlegitimiert zur Stellung eines Wiederherstellungsgesuchs ist die Partei, welche im entsprechenden Verfahren säumig ist.

#### (1) Voraussetzungen

Die Möglichkeit der Wiederherstellung versäumter Fristen oder Termine setzt begriffsnotwendig eine Säumnis voraus. Nach Art. 147 Abs. 1 ZPO ist eine Partei säumig, wenn sie u.a. eine Prozesshandlung entgegen ihrem Willen, d.h. unfreiwillig und irrtumsfrei<sup>96</sup> nicht fristgerecht vornimmt. Zudem muss die Partei über die Fristansetzung korrekt in Kenntnis gesetzt worden sein (insb. korrekte Zustellung der Gerichtsurkunde), andernfalls sie gar nicht säumig sein kann.<sup>97</sup> In materieller Hinsicht ist eine Wiederherstellung nur dann möglich, wenn eine Partei an der Säumnis kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Die Zustimmung der Gegenpartei ist weder Voraussetzung für die Gutheissung eines Wiederherstellungsgesuchs noch eine Alternative für das leichte Verschulden.<sup>98</sup> Etwas anderes lässt sich auch nicht aus Art. 149 ZPO ableiten; diese Bestimmung begründet lediglich eine Anhörungspflicht bzw. ein Anhörungsrecht. Die Abgrenzung zwischen leichtem und grobem Verschulden beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, wobei dem Ge-

<sup>93</sup> Christian Champeaux, in: Siffert Rino/Turin Nicholas (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013, Art. 153b HRegV N 12.

<sup>94</sup> Vgl. vorn III.2.1.

<sup>95</sup> Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 21. Januar 2016 (HSU.2016.1), publiziert in: CAN 2016 Nr. 55, 154 ff., 154.

<sup>96</sup> Vgl. auch Barbara Merz, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 148 N 14; Urs H. Hofmann-Nowotny, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 148 N 3.

<sup>97</sup> DIKE Komm-ZPO-Merz (Fn. 96), Art. 147 N 14 und Art. 148 N 5; KUKO ZPO-Hofmann-Nowotny (Fn. 96), Art. 148 N 4.

<sup>98</sup> Gl.M. KUKO ZPO-Hofmann-Nowotny (Fn. 96), Art. 149 N 2 und Art. 148 N 12a; Lorandi (Fn. 90), 45; a.M. Siffert/Zihler (Fn. 90), 106 ff.

richt ein Ermessenspielraum zusteht.<sup>99</sup> Gefragt ist somit ein objektivierter Sorgfaltsmassstab. Danach ist entscheidend, ob die Säumnis auch bei der von der säumigen Partei zu erwartenden Sorgfalt unter den gegebenen Umständen nicht hätte abgewendet werden können.<sup>100</sup> In zeitlicher Hinsicht muss die Wiederherstellung innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes (relative Frist) bzw. innerhalb von sechs Monaten seit Eintritt der Rechtskraft (absolute Frist) verlangt werden. Schliesslich darf die Wiederherstellung für den Prozessausgang nicht offensichtlich unerheblich sein. Ansonsten mangelt es der säumigen Prozesspartei an einem Rechtsschutzinteresse.<sup>101</sup>

Die Begründung des Handelsgerichts Aargau im vorliegenden Urteil, weshalb nur ein leichtes Verschulden der B. GmbH vorliegen soll, ist überzeugend. Im konkreten Fall hatte das Gericht erwogen, A. habe als Organ der B. GmbH bei seinem Wegzug ins Ausland alle notwendigen Vorkehrungen<sup>102</sup> getroffen, um für die B. GmbH erreichbar zu sein. Von einem juristischen Laien könne nicht erwartet werden, dass er den feinen, aber erheblichen Unterschied des Zustellverfahrens bei Gerichtsurkunden kennen müsse. Zudem sei die Säumnis gerade auf die Unkenntnis einer öffentlichen Publikation zurückzuführen: A. sei abwesend gewesen und habe vom hängigen Verfahren nicht wissen und damit mit der gerichtlichen Zustellung nicht rechnen müssen.<sup>103</sup> Insgesamt konnte die B. GmbH glaubhaft machen, dass sie nur ein leichtes Verschulden an der Säumnis trifft, weshalb dem Wiederherstellungsgesuch entsprochen wurde.<sup>104</sup>

## (2) Wiederherstellung im Organisationsmängelverfahren

Das Bundesgericht hat im BGE 141 III 43, E. 2.5.5 S. 47 Folgendes festgehalten:

«[Denn] zum einen sieht die ZPO mit dem Grundsatz der formellen Rechtskraft von Summarentscheiden eine Regelung vor, welche einen Widerruf des Organisationsmängelentscheids ausserhalb einer Revision nach Art. 328 ff. ZPO ausschliesst. Zum anderen ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine nachträgliche Widerrufbarkeit des Auflösungsentscheids gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR stillschweigend ausgeschlossen hat. Damit besteht kein Raum für eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG.»

In BGE 141 III 43 geht es um den Widerruf, die Aufhebung bzw. Abänderung eines rechtskräftigen Organisationsmängelentscheids, da der Organisationsmangel nachträglich behoben wurde, während es beim Wiederherstellungsgesuch nach Art. 148 f. ZPO um eine rein zivilprozessuale Frage innerhalb des Organisationsmängelverfahrens geht.<sup>105</sup> Die Wiederherstellung hat denn auch nur den Zweck, die versäumte Prozesshandlung zu wiederholen; es geht nicht darum, einen richterlichen Entscheid inhaltlich neu zu überprüfen,<sup>106</sup> denn der Organisationsmangel kann auch nach einer Wiederherstellung noch vorliegen. Dass ein allenfalls bereits rechtskräftiger Entscheid im Fall der Wiederherstellung nach Art. 148 f. ZPO aufgehoben werden muss, ist logische Konsequenz aus Art. 148 Abs. 3 ZPO. Der Widerruf nach Art. 195 SchKG und die Wiederherstellung nach Art. 148 f. ZPO sind mithin zwei Paar verschiedene Schuhe.

Soweit entschuld bare Verhinderungsgründe vorgebracht werden, ist u.E. eine Wiederherstellung i.S.v. Art. 148 f. ZPO auch im Organisationsmängelverfahren möglich.<sup>107</sup> Somit sind Auflösungsentscheide gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR vorbehaltlich einer Revision nach Art. 328 ff. ZPO und Wiederherstellung nach Art. 148 f. ZPO definitiv und

<sup>99</sup> BGer 1C\_878/2013 vom 16. Mai 2014, E. 4.1; *Niccolò Gozzi*, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 148 N 11.

<sup>100</sup> BSK ZPO-*Gozzi* (Fn. 99), Art. 148 N 11.

<sup>101</sup> DIKE Komm-ZPO-*Merz* (Fn. 96), Art. 148 N 13; BSK ZPO-*Gozzi* (Fn. 99), 148 N 32.

<sup>102</sup> U.a. Beauftragung des Mieters an der Geschäftsadresse der B. GmbH zur Überwachung und Leerung des Briefkastens, Meldung des neuen Wohnorts gegenüber der Einwohnergemeinde, Notifikation der Steuerämter, wichtigsten Kunden etc., Einrichtung einer Swiss Post Box, Instruktion des Postamts und Aufgabe eines Nachsendeauftrags zur neuen physischen Adresse, vgl. dazu CAN 2016 Nr. 55, 156.

<sup>103</sup> Vgl. auch BGE 107 V 190, E. 2 S. 191.

<sup>104</sup> CAN 2016 Nr. 55, 154 ff., 156 f.

<sup>105</sup> Ebenso *Schneuwly* (Fn. 90), 36 f.

<sup>106</sup> *Adrian Staehelin*, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 148 ZPO N 4; *Schneuwly* (Fn. 90), 30.

<sup>107</sup> So auch *Schneuwly* (Fn. 90), 37 ff.; *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 90), 26; *Lorandi* (Fn. 90), 44 f.; *Franco Lorandi*, Organisationsmängel von Gesellschaften mit tückischen Folgen, Kleine Ursache mit grosser Wirkung, ST (2009) 1–2, 89–91, 91.



unwiderrufbar. Das leichte Verschulden darf aber nicht leichthin angenommen werden, wobei jeweils die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.<sup>108</sup> Ein leichtes Verschulden kann nicht mehr angenommen werden, wenn das ungenützte Verstreichenlassen der angesetzten Frist mindestens in Kauf genommen wird, der Gesellschaft somit vorsätzliches bzw. mindestens eventualvorsätzliches Verhalten vorzuwerfen ist.<sup>109</sup> In der Regel tendieren die kantonalen Instanzen<sup>110</sup> allerdings eher zu einer extensiven Auslegung von Art. 148 Abs. 1 ZPO und gewähren zu grosszügig eine Fristwiederherstellung.<sup>111</sup> Eine Wiederherstellung darf u.E. insbesondere nicht schon dann erfolgen, wenn das Handelsregisteramt (namentlich, weil der Organisationsmangel zwischenzeitlich behoben wurde) zustimmt, ohne dass die materiellen Voraussetzungen von Art. 148 Abs. 1 ZPO erfüllt sind.<sup>112</sup> Zudem gilt der Offizialgrundsatz, der einen Vergleich über den Streitgegenstand ausschliesst. Ob der Mangel in der zwingenden Organisation in der Zwischenzeit behoben wurde oder die Mängelbehebung ernsthaft angestrebt wird, ist für die Prüfung eines Wiederherstellungsgesuchs somit irrelevant. Die vorliegend vertretene Auffassung steht auch im Einklang mit der Konzeption des Organisationsmängelverfahrens sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Die Wiederherstellung einer Frist wegen Abwesenheit vom Zustellort ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts dann gerechtfertigt, wenn der Adressat vom hängigen Verfahren keine Kenntnis hatte.<sup>113</sup> Auch das Handelsgericht Aargau hat in sei-

nem Entscheid auf diese Rechtsprechung Bezug genommen.<sup>114</sup> Wie in den meisten Fällen wird – wie im vorliegenden Urteil des Handelsgerichts Aargau – das Organisationsmängelverfahren durch das Handelsregister eingeleitet (Art. 941a OR i.V.m. Art. 154 Abs. 3 HRegV und Art. 731b Abs. 1 OR).<sup>115</sup> Bevor das Organisationsmängelverfahren beim Gericht hängig gemacht wird, muss das Verfahren vor dem Handelsregisteramt nach Art. 154 HRegV durchlaufen werden.<sup>116</sup> Fraglich ist, ob die betroffene Rechtseinheit durch das Verfahren vor dem Handelsregisteramt mit einer Zustellung rechnen musste, ihr die Berufung auf die fehlende Kenntnis eines hängigen Verfahrens somit verwehrt wird. Gemäss einem Teil der Lehre müsse die mangelbehaftete Gesellschaft aufgrund der vorangegangenen Aufforderung durch das Handelsregisteramt gemäss Art. 154 HRegV mit einer Zustellung rechnen.<sup>117</sup> Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Zur Beurteilung der Frage, ob der Empfänger mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen musste, ist auf die Rechtsprechung zu Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO («Zustellfiktion»)<sup>118</sup> zu verweisen und auf die vorliegende Konstellation *per analogiam* zu übertragen.<sup>119</sup> Das Bundesgericht vertritt eine eher restriktive Interpretation von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO und setzt die Rechtshängigkeit eines Prozessrechtsverhältnisses voraus, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten.<sup>120</sup> Das Organisationsmängelverfahren stellt im Verhältnis zu den

<sup>108</sup> Wohl a.M. *Siffert/Zihler* (Fn. 90), 108 f.

<sup>109</sup> Vgl. ZR 114 (2015) Nr. 68.

<sup>110</sup> Vgl. ZR 111 (2012) Nr. 23; vgl. auch *Adrian Tagmann/Florian Zihler*, Zwei Grundsatzentscheide des Bundesgerichts zur Rückerstattung von Agio und zum Konkurswiderruf in Verfahren auf Behebung von Organisationsmängeln, *REPRAX* (2015) 2, 13–22, 21.

<sup>111</sup> Vgl. ZR 11 (2012), Nr. 22; Entscheid des Bezirksgerichts Frauenfeld vom 14. Oktober 2011 (Z2.2011.134); Urteil des Handelsgerichts St. Gallen vom 31. August 2011 (HG.2011.207-HGP); in diese Richtung auch *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 90), 26.

<sup>112</sup> Gl.M. *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 90), 26; *KUKO ZPO-Hofmann-Nowotny* (Fn. 96), Art. 148 N 2; *Stahelin* (Fn. 106), Art. 148 ZPO N 7; *Schneuwly* (Fn. 90), 40 Fn. 75; a.M. *BSK ZPO-Gozzi* (Fn. 99), Art. 148 N 33 f.; vgl. *DIKE Komm-ZPO-Merz* (Fn. 96), Art. 148 N 26; Urteil des Handelsgerichts St. Gallen vom 31. August 2011 (HG.2011.207-HGP).

<sup>113</sup> Vgl. BGE 107 V 190, E. 2 S. 190 f.

<sup>114</sup> Vgl. CAN 2016 Nr. 55, 154 ff., 156 f.

<sup>115</sup> Vgl. *Schneuwly* (Fn. 90), 33.

<sup>116</sup> Aktionäre und Gläubiger können gestützt auf Art. 731b Abs. 1 OR direkt an das Gericht gelangen und die Behebung des Organisationsmangels beantragen. Der Nachteil für den privaten Kläger liegt darin, dass sie für den Kostenvorschuss aufkommen müssen, wogegen dem Handelsregisteramt keine Kostenvorschüsse und Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen (Art. 154 Abs. 3 HRegV).

<sup>117</sup> *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 90), 16; a.M. *Schneuwly* (Fn. 90), 34 f.

<sup>118</sup> BGE 130 III 396, E. 1.2.3 S. 399 f.; 138 III 225, E. 3.1 ff. S. 227 ff.

<sup>119</sup> Vgl. auch *KUKO ZPO-Hofmann-Nowotny* (Fn. 96), Art. 148 N 5.

<sup>120</sup> Vgl. BGE 138 III 225, E. 3.1 S. 227 f.; 130 III 396, E. 1.2.3 S. 399; *Lukas Huber*, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), *Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO*, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 138 N 53; *Roger Weber*, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 138 N 7.

vorangegangenen, verwaltungsrechtlichen Verfahrensschritten vor dem Handelsregisteramt ein separates Verfahren dar. Das Verfahren vor dem Handelsregisteramt begründet folglich kein Prozessrechtsverhältnis; erst durch den Antrag des Handelsregisteramts wird das Organisationsmängelverfahren vor Gericht hängig.<sup>121</sup>

### 2.2.3 Auswirkungen der Wiederherstellung auf das Organisationsmängelverfahren

Wird eine Wiederherstellung beantragt und bewilligt, so ist die verpasste Prozesshandlung nachzuholen. Ist bereits ein rechtskräftiger Entscheid ergangen, so muss dieser ebenfalls aufgehoben werden. Eine Fristwiederherstellung nach Art. 148 f. ZPO im Verfahren betreffend Organisationsmängel würde einer säumigen und aufgelösten Rechtseinheit erlauben, den Organisationsmangel selbst nach rechtskräftigem Auflösungsentscheid zu beseitigen und beim Gericht die Wiederherstellung der Eingabefrist zu verlangen. Im Prinzip wird mit der Wiederherstellung nach Art. 148 f. ZPO die Möglichkeit einer nachträglichen Aufhebung eines rechtskräftigen Auflösungsentscheids nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR geschaffen. Aus diesem Grund darf die Hürde für die Annahme eines leichten Verschuldens, wie erwähnt,<sup>122</sup> nicht zu tief angesetzt werden.

## IV. Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden

### 1. BGer 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016

Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens war eine Verantwortlichkeitsklage der C. AG gegen ihre ehemaligen Verwaltungsratsmitglieder D. (Verwaltungsratspräsident und einzelzeichnungsberechtigt), A., B. und E. (alle kollektivzeichnungsberechtigt). Die kantonalen Vorinstanzen erkannten bei sämtlichen in Frage stehenden Geschäftsvorgängen auf eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass jeweils ein Interessenkonflikt bestanden, ein Insichgeschäft vorgelegen habe oder

der Entscheid gestützt auf eine mangelhafte Informationsbasis getroffen wurde. Nach Ansicht des Bundesgerichts ging die Vorinstanz zu Recht von mangelhaften bzw. nicht einwandfreien Entscheidprozessen aus, bei deren Überprüfung keine Zurückhaltung verlangt ist.

Bezüglich der Beweislast für die Pflichtwidrigkeit hielt das Bundesgericht fest, dass diese – und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit – die Verantwortlichkeitsklägerin trage. Es hebt weiter hervor, dass bei einem nachgewiesenen Interessenkonflikt allerdings eine pflichtwidrige Geschäftsführung vermutet werde. Diesfalls trage aber nicht das beklagte Verwaltungsratsmitglied die Beweislast, sondern es habe den Gegenbeweis zu erbringen. Das Bundesgericht kommt zum Ergebnis, dass den beklagten Verwaltungsratsmitgliedern der Gegenbeweis nicht gelungen sei, weshalb aufgrund der tatsächlichen Vermutung die Pflichtwidrigkeit erstellt sei.

## 2. Bemerkungen

### 2.1 Kernfragen

Für das Bundesgericht stellten sich im vorliegenden Urteil u.a. folgende Hauptfragen: Unter welchen Voraussetzungen hat sich das Gericht Zurückhaltung bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden aufzuerlegen? Wie wirkt sich das bloße Bestehen eines Interessenkonflikts auf die Beweislast für die Pflichtwidrigkeit aus? In welchem Verhältnis stehen interne Geschäftsführung und externe Vertretung?

### 2.2 Nachträgliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden

#### 2.2.2 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Das Bundesgericht beginnt seine Erwägungen mit grundlegenden Ausführungen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und zur Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen. Es führte aus, dass nach Art. 754 Abs. 1 OR die Mitglieder des Verwaltungsrates – nebst anderen – für den Schaden verantwortlich seien, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben. Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung, wonach sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von

<sup>121</sup> So auch *Schneuwly* (Fn. 90), 34 f.; Urteil des Obergerichts Zug vom 6. August 2014, E. 2.2 publiziert in: GVP 2014, 290 ff., 292.

<sup>122</sup> Vgl. vorn III.2.2.2.(2).

Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind.<sup>123</sup>

### 2.3 Beweislast für die Pflichtwidrigkeit und Interessenkonflikt

Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, dass eine tatsächliche Vermutung der Pflichtwidrigkeit eine Umkehr der Beweislast bewirke und infolgedessen die beklagten Verwaltungsratsmitglieder die Beweislosigkeit zu tragen haben. Dass dem nicht so ist, hat das Bundesgericht im vorliegenden Urteil zutreffend dargestellt.<sup>124</sup>

Die Haftungsvoraussetzungen im Verantwortlichkeitsprozess hat der Verantwortlichkeitskläger zu beweisen.<sup>125</sup> Befindet sich der Verwaltungsrat in einem Interessenkonflikt führt dies nicht ohne weiteres zur Annahme einer Pflichtverletzung.<sup>126</sup> Liegt indessen ein nachgewiesener Interessenkonflikt vor, entfällt die sonst geltende Vermutung zu Gunsten pflichtgemässer Geschäftsführung und das Bundesgericht geht stattdessen von einer tatsächlichen Vermutung für ein pflichtwidriges Handeln aus.<sup>127</sup> Es handelt sich dabei um Wahrscheinlichkeitsfolgerungen, die aufgrund der Lebenserfahrung gezogen werden.<sup>128</sup> Bei einem Interessenkonflikt ist zu befürchten, dass *«beim fraglichen Entscheid die Interessen der Gesellschaft nicht an erster Stelle stehen und nicht allein diese gewahrt werden»*.<sup>129</sup> Die beweisbelastete Partei kann den ihr obliegenden Beweis, konkret die Pflichtwidrigkeit, unter Berufung auf diese tatsächliche Vermutung erbringen, was ihre konkrete Beweisführungslast erleichtert. Das Gericht schliesst mit anderen Worten von einer bewiesenen Hilfsatsache (Interessenkonflikt) auf die entscheidende Haupttat-

sache, die Pflichtverletzung.<sup>130</sup> Die tatsächliche Vermutung ist Teil der Beweiswürdigung und lässt die Beweislastverteilung unberührt. Die Verantwortlichkeitsklägerin trägt nach wie vor den Hauptbeweis für die Pflichtwidrigkeit. Greift die tatsächliche Vermutung, kann das beklagte, nicht beweisbelastete Verwaltungsratsmitglied den Gegenbeweis antreten und den Hauptbeweis, d.h. die tatsächliche Vermutung, zum Erschüttern bringen,<sup>131</sup> indem es zeigt, dass im konkreten Fall trotz des Interessenkonflikts pflichtgemäss bzw. im Gesellschaftsinteresse entschieden worden ist.<sup>132</sup> Dabei genügt der Nachweis von Zweifeln an der Richtigkeit der Indizien und der daraus gezogenen Schlussfolgerung;<sup>133</sup> es braucht nicht den Beweis des Gegenteils zu erbringen, der seinerseits ein Hauptbeweis ist, für welchen das entsprechende Beweismass gilt.<sup>134</sup> Wird der Gegenbeweis aber nicht erbracht, greift die tatsächliche Vermutung, und die Pflichtwidrigkeit gilt als erstellt.<sup>135</sup> Gelingt der Gegenbeweis, so ist der Beweis gescheitert. Es liegt Beweislosigkeit vor und deren Folgen treffen die Verantwortlichkeitsklägerin.

Das Bundesgericht war bei der Sorgfaltspflichtverletzung zwar im Ergebnis, aber nicht in der Begründung, der Vorinstanz gefolgt. Der Entscheid des Bundesgerichts ist zu begrüssen. Es schafft Klarheit bezüglich der Frage, wer im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses bei Vorliegen eines Interessenkonflikts welche Tatsachen mit welchem Beweismass zu beweisen hat. Das Vorliegen eines Interessenkonflikts führt zwar zu einer tatsächlichen Vermutung für eine Pflichtwidrigkeit, aber nicht zu einer Beweislastumkehr. Die beklagten Verwaltungsratsmitglieder müssen nur aber immerhin den Gegenbeweis erbringen.

#### 2.3.1 Vertretung und Geschäftsführung

Für das Bestehen einer genügenden Informationsbasis brachten die Beschwerdeführer vor, es handle sich

<sup>123</sup> BGer 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1; eingehender zur gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden *Hans Caspar von der Crone/Melanie Gottini*, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Aktienrecht, SZW 88 (2016), 512–525, 512 ff.

<sup>124</sup> BGer 4A\_259/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.2 (m.w.H.); bestätigt in BGer 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1.

<sup>125</sup> BGE 132 III 564, E. 4.2 S. 572.

<sup>126</sup> Vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1; 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.2.

<sup>127</sup> BGer 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.2.

<sup>128</sup> Vgl. BGE 130 II 482, E. 3.2 S. 486.

<sup>129</sup> BGer 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.2.

<sup>130</sup> *Meier* (Fn. 11), 281.

<sup>131</sup> BGE 120 III 393, E. 4b S. 397; 130 III 321, E. 3.4 S. 326.

<sup>132</sup> Vgl. auch BGer 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2016, E. 2.5.3.

<sup>133</sup> BGE 135 II 161, E. 3 S. 166; vgl. auch *Karin Müller/Simon Leu*, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht – Teil 1, Jusletter vom 30. April 2018, Rz 57.

<sup>134</sup> Vgl. BGE 120 II 393, E. 4b S. 397.

<sup>135</sup> BGer 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.2; für ein Beispiel, wo der Gegenbeweis gelang: BGer 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.2.

um einen Geschäftsführungsentscheid, den der einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratspräsident habe fällen können.<sup>136</sup> Mit dieser Argumentation übersehen die Beschwerdeführer, dass zwischen der externen Vertretung und der internen Geschäftsführung zu unterscheiden ist.

Art. 716 Abs. 2 OR und Art. 718 OR erklären den Verwaltungsrat als grundsätzlich für die Geschäftsführung sowie Vertretung der Aktiengesellschaft zuständig: Der Verwaltungsrat vertritt die Gesellschaft nach aussen (Art. 718 Abs. 1 OR) und führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat (Art. 716 Abs. 2 OR).

Jedes Tätigwerden für die Gesellschaft fällt unter den Begriff der Geschäftsführung im weiteren Sinn, das wiederum aufgeteilt werden kann in die Geschäftsführung im engeren Sinne, die interne geschäftsführende Funktion des Verwaltungsrats, sowie die Vertretung, das rechtsgeschäftliche Handeln der Gesellschaft gegen aussen.<sup>137</sup>

### 2.3.2 Interne Geschäftsführung

Unter dem Begriff der Geschäftsführung nach Art. 716 Abs. 2 OR ist die Geschäftsführung im engeren Sinne zu verstehen. Es geht um die interne Leitung der Gesellschaft, d.h. um die Willensbildung der Gesellschaft.<sup>138</sup> Die dem Verwaltungsrat auferlegte Geschäftsführung betrifft somit die Stellung der Geschäftsführer und die Auswirkungen ihrer Tätigkeit im Verhältnis zur Gesellschaft. Davon abzugrenzen ist die externe Seite der Geschäftsführung im weiteren Sinn, die Vertretung, die gesondert in Art. 718 ff. OR geregelt ist.

Nach Art. 716b Abs. 3 OR steht die operative Geschäftsführung dem Verwaltungsrat vermutungsweise gesamthaft zu, es sei denn, sie wurde befugterweise übertragen. Für eine befugte Delegation der Geschäftsführung ist erstens eine statutarische Grundlage notwendig. Zweitens ist der Erlass eines Organisations-

reglements zwingend vorgeschrieben.<sup>139</sup> Letzteres ist erfüllt, wenn zumindest ein protokollierter Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrats vorliegt, der die Grundzüge<sup>140</sup> der Organisation der Geschäftsführung regelt.<sup>141</sup> Liegt eine unbefugte Delegation der Geschäftsführung vor, können sich die Verwaltungsräte in einem Verantwortlichkeitsprozess nicht auf die Haftungsbeschränkung berufen, und ihnen steht der Sorgfaltsbeweis gemäss Art. 754 Abs. 2 OR nicht offen.<sup>142</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts hat der Verwaltungsrat seine Entscheide im Rahmen eines «*einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden [...] Entscheidungsprozess[es]*» zu fällen.<sup>143</sup> Sorgfältiges Entscheiden stellt eine Geschäftsführungshandlung und nicht einen Akt der Vertretung<sup>144</sup> dar. Entsprechend hatte im vorliegenden Urteil die unbefugte Delegation zur Folge, dass dem besagten Geschäftsentscheid gerade kein einwandfreier Entscheidungsprozess des Gesamtverwaltungsrats (aufgrund von Art. 716b Abs. 3 OR) zugrunde lag. Auch wenn die subsidiär gesamthafte Geschäftsführung wohl in der Praxis eher die Ausnahme darstellt, zeigt der Entscheid die Wichtigkeit der Unterscheidung zwischen der internen Geschäftsführung und der externen Vertretung bei Geschäftsentscheiden auf.

### 2.3.3 Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis

Nach Art. 718 Abs. 1 OR vertritt der Verwaltungsrat die Gesellschaft nach aussen. Die Vertretung betrifft die gesellschaftsexternen Aufgaben der Geschäftsführer und somit die Auswirkungen ihrer Tätigkeit im Verhältnis gegenüber Dritten. In Bezug auf die Vertretung unterscheiden die herrschende Lehre sowie die Rechtsprechung zwischen der intern wirkenden Vertretungsbefugnis (rechtliches Dürfen) und der externen Vertretungsmacht (rechtliches Können).<sup>145</sup>

<sup>136</sup> BGer 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1.

<sup>137</sup> Vgl. BSK OR II-Watter (Fn. 55), Art. 718 N 1; vgl. auch BGE 127 III 332, E. 2b/bb S. 335.

<sup>138</sup> BGE 127 III 332, E. 2b/bb S. 335; BGer 4A\_248/2009 vom 27. Oktober 2009, E. 6.3.1; Jeannette K. Wibmer, in: Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Aktienrecht, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Zürich 2016, Art. 718 OR N 1.

<sup>139</sup> BGer 4A\_501/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.2.

Vgl. Art. 716b Abs. 2 OR.

<sup>140</sup> BGer 4A\_501/2007 vom 2. Februar 2008, E. 3.2.2.

<sup>141</sup> BGer 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 7.

<sup>142</sup> BGE 139 III 24, E. 3.2 S. 26 (m.w.H.); Urteile des Bundesgerichts 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1; 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1; 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

<sup>143</sup> Zur Vertretung siehe unten IV.2.2.2.

<sup>144</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 50), § 30 N 79 ff.; BGer 4A\_357/2007 vom 8. April 2008, E. 4.

Die einzelnen Organmitglieder können alle Rechtshandlungen vornehmen, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 718a Abs. 1 OR). Dies betrifft grundsätzlich sowohl die Vertretungsbefugnis als auch die Vertretungsmacht.

Inwieweit jemand berechtigt ist, für die Aktiengesellschaft Rechtsgeschäfte abzuschliessen, ist eine Frage der Vertretungsbefugnis.<sup>146</sup> Die Vertretungsbefugnis ist damit die interne Ermächtigung, die Aktiengesellschaft gegen aussen zu vertreten.<sup>147</sup> Das Gesetz sieht vor, dass jedes Verwaltungsratsmitglied vermuthungsweise einzelzeichnungsberechtigt ist (Art. 718 Abs. 1 OR). Dies im Unterscheid zur Geschäftsführung: Im internen Bereich gilt vermuthungsweise ein gesamthaftes Geschäftsführungsrecht (Art. 716 Abs. 2 OR).

Der Umfang der externen Vertretungsmacht legt fest, welche rechtsgeschäftlichen Handlungen der Organe sich die Gesellschaft anrechnen lassen muss. Die Vertretung kann an ein oder mehrere Mitglieder oder Dritte delegiert werden (Art. 718 Abs. 2 OR). Zur Übertragung der Vertretung bedarf es – im Unterschied zur Geschäftsführung im engeren Sinne – von Gesetzes wegen keiner besonderen Vorkehrungen. Der Verwaltungsrat hat jedoch die zur Vertretung befugten Personen im Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 720 OR). Damit wird zum Ausdruck gebracht, wer gegenüber Dritten die Gesellschaft verpflichtet bzw. zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist.<sup>148</sup>

Im Innenverhältnis, auf der Ebene der Vertretungsbefugnis, kann das Vertretungsrecht beliebig eingeschränkt werden.<sup>149</sup> Solche internen Beschränkungen haben gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung (Art. 718a Abs. 1 Satz 1 OR). Handlungen, die von gemäss Handelsregistereintrag zur Vertretung befugten Personen im Rahmen des Gesellschaftszwecks, aber in Missachtung einer gesellschaftsinternen Zuständigkeitsregelung getroffen werden, sind der Gesellschaft im Verhältnis gegenüber gutgläubigen Dritten ohne weiteres zuzurech-

nen.<sup>150</sup> Dieser Gutgläubens- bzw. Verkehrsschutz dient dazu, bei Zweifelsfällen bezüglich der Vertretungsverhältnisse Klarheit zu schaffen.<sup>151</sup> Interne Beschränkungen der Vertretungsbefugnis, sei es in Organisationsreglementen, Weisungen oder Arbeitsverträgen<sup>152</sup>, haben keine externe Wirkung; die Vertretungsmacht im Aussenverhältnis bleibt davon unberührt.<sup>153</sup> Die handelnde Person macht sich dann aber intern gegenüber der Gesellschaft verantwortlich.<sup>154</sup>

Interne Schranken der Vertretungsbefugnis vermögen die Vertretungsmacht nur dann zu begrenzen, wenn sie im Handelsregister eingetragen sind (Art. 718a Abs. 2 OR).<sup>155</sup> Das Bundesgericht hat in einem aktuellen Entscheid anerkannt, dass auch Kollektivunterschriften, bei denen die zur gemeinsamen Unterzeichnung befugten Personen namentlich bezeichnet werden, in das Handelsregister eingetragen werden können.<sup>156</sup> Eine unterlassene Eintragung hat zur Konsequenz, dass die gesetzliche Vermutung von Art. 718 Abs. 1 OR wieder greift, d.h., dass jedes Verwaltungsratsmitglied im Rahmen des Gesellschaftszwecks einzelzeichnungsberechtigt ist.<sup>157</sup> Ausserhalb eines Handelsregistereintrags sind weitere Beschränkungen der Vertretungsmacht nur wirksam, soweit sie kundgegeben wurden.<sup>158</sup>

Das Bundesgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass die Konzepte der Vertretungsbefugnis und -macht konsequent zu unterscheiden sind.<sup>159</sup> Letztlich zählt aber – dies zeigt sich auch aus dem ersten zitierten Urteil des Bundesgerichts zur Wis-

<sup>146</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 50), § 30 N 80.

<sup>147</sup> *ZK-Bühler* (Fn. 56), Art. 718a OR N 1.

<sup>148</sup> BGer 2F\_27/2016 vom 15. Juni 2017, E. 5.2.

<sup>149</sup> *Krneta* (Fn. 53), N 1977. Vgl. dazu auch BGer 4A\_357/2007 vom 8. April 2008 sowie die Entscheidbesprechung von *Peyer* (Fn. 24), 384.

<sup>150</sup> BGer 4A\_617/2013 vom 13. Juni 2014, E. 5.2; vgl. auch BGer 2F\_27/2016 vom 15. Juni 2017, E. 5.3; *Krneta* (Fn. 53), N 1981.

<sup>151</sup> *Krneta* (Fn. 53), N 1981.

<sup>152</sup> Vgl. auch BGer 2F\_27/2016 vom 15. Juni 2017, E. 5.3 f.

<sup>153</sup> BGer 2F\_27/2016 vom 15. Juni 2017, E. 5.2; so auch schon BGer 4A\_357/2007 vom 8. April 2008, E. 4.

<sup>154</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 50), § 2 N 115.

<sup>155</sup> Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Geschäftsbereich der Haupt- oder Zweigniederlassung oder Kollektivunterschrift; vgl. auch Art. 933 Abs. 2 OR; BGE 120 II 5, E. 2c S. 9.

<sup>156</sup> BGE 142 III 204, E. 2 S. 205 ff.

<sup>157</sup> BGE 126 III 361, E. 3a S. 363 f.; OFK-Aktienrecht-*Wibmer* (Fn. 138), Art. 718b OR N 3.

<sup>158</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 50), § 30 N 97; vgl. auch BGE 126 III 361, E. 3a S. 363 f.

<sup>159</sup> Urteile des Bundesgerichts 2F\_27/2016 vom 15. Juni 2017, E. 5.3; 4A\_357/2007 vom 8. April 2008, E. 4.2.

senszurechnung<sup>160</sup> – allein der gute Glaube des Dritten: Bei der Vertretung der Gesellschaft durch ihre Organe kommt es einzig darauf an, ob der Vertreter die erforderliche Vertretungsmacht besitzt und der Dritte bezüglich der Vertretungsbefugnis gutgläubig ist bzw. war. Wie weit das Bundesgericht bei der Vermutung der Gutgläubigkeit geht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. In einem früheren Urteil erachtete das Bundesgericht für die Vermu-

tung der Gutgläubigkeit des Dritten allerdings nicht als notwendig, dass der Vertragspartner von den zur Vertretung befugten Personen einer Gesellschaft einen entsprechenden Verwaltungsratsbeschluss verlangen müsste.<sup>161</sup> Liegt allerdings ein Missbrauch der Vertretungsmacht vor, lässt schon eine geringe Nachlässigkeit (in Bezug auf die gebotene Aufmerksamkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 2 ZGB) auf den bösen Glauben schliessen.<sup>162</sup>

<sup>160</sup> Vgl. vorn II.1.3.2.

<sup>161</sup> BGer 4A\_357/2007 vom 8. April 2008; siehe dazu auch die Urteilsbesprechung von Peyer (Fn. 24), 382 ff.

<sup>162</sup> BGE 119 II 23, E. 3c/aa; vgl. eingehender dazu vorn II.1.3.2.