

Kommentar zu: Urteil: [4A\\_279/2018](#) vom 2. November 2018  
Sachgebiet: Haftpflichtrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Gesellschaftsrecht und Finanzmarktrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Nichtige Generalversammlungsbeschlüsse

### Autor / Autorin

Letizia Schlegel, Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**PETER & KIM**  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil 4A\_279/2018 vom 2. November 2018 entschied das Bundesgericht, dass Beschlüsse einer aktienrechtlichen Universalversammlung im Sinne von Art. 701 OR nichtig seien, wenn nicht alle Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien anwesend sind.*

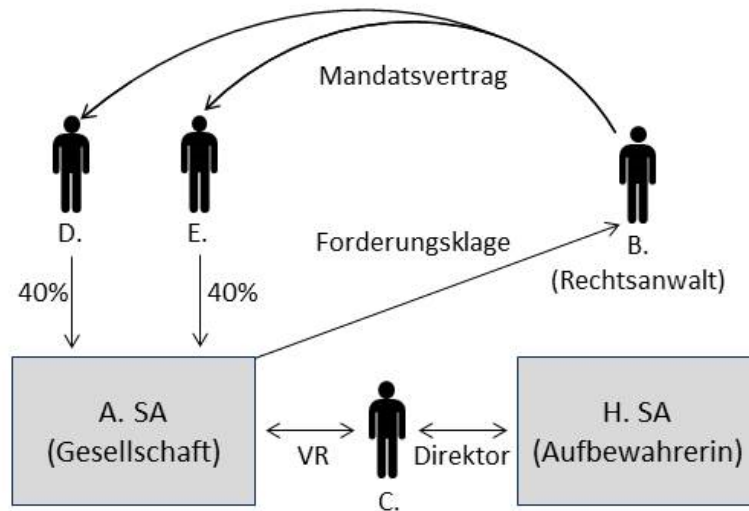
### Sachverhalt

[1] Im Juli 2011 ergaben sich Differenzen zwischen C., eingetragen im Handelsregister als einziges Mitglied des Verwaltungsrats (VR) der A. SA (Gesellschaft, Klägerin, Beschwerdeführerin, nachfolgend Gesellschaft), und D. und E. Letztere behaupteten, Mehrheitsaktionäre und faktische Organe der Gesellschaft zu sein, und beanspruchten in dieser Eigenschaft, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen sowie Zugriff auf das Bankkonto der Gesellschaft bei der F. SA in Lugano zu haben. Aufgrund des Widerstands von C. informierten D. und E. die Kunden der Gesellschaft, dass Zahlungen zugunsten der Gesellschaft fortan auf ein neues Konto bei G. zu leisten seien. Das neue Konto bei G. war auf den Namen des Rechtsanwalts B. (Beklagter, Beschwerdegegner, nachfolgend Rechtsanwalt) von D. und E. in Zürich eröffnet worden. Der Rechtsanwalt führte in der Folge zahlreiche Gutschriften im Auftrag seiner zwei Klienten aus (Sachverhalt Teil A).

[2] Im November und im Dezember 2011 zeigten D. und E. C. wegen Betrugs, Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsbesorgung an. Am 1. Dezember 2011 entzogen D. und E. C. das VR-Mandat und forderten ihn auf, ihnen die Aktien der Gesellschaft zurückzugeben. C. wiederum zeigte D. und den Rechtsanwalt wegen qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung, Betrugs, Veruntreuung und Geldwäscherei an. Im Rahmen dieser nach wie vor laufenden Strafverfahren wurden die Aktien der Gesellschaft bei der H. SA, deren Direktor C. ist, beschlagnahmt (Sachverhalt Teil B).

[3] Mit Eingabe vom 19. Februar 2014 klagte die Gesellschaft, vertreten durch C., vor dem Bezirksrichter von Lugano («*Pretore di Lugano*») gegen den Rechtsanwalt und beantragte, der Rechtsanwalt sei zu verpflichten, die aufgrund des Strafverfahrens eingezogenen Geldbeträge in Höhe von CHF 418'273.87 zuzüglich Zins zurückzuerstatten. Das erstinstanzliche Gericht hiess die Klage am 31. August 2016 teilweise gut und verpflichtete den Rechtsanwalt zur Zahlung des eingeklagten Betrags, korrigierte jedoch die Berechnung des Zinses. Gegen das erstinstanzliche Urteil erhob der Rechtsanwalt Berufung. Die II. Zivilkammer des Tessiner Appellationsgerichts («*Il Camera civile del Tribunale di appello ticinese*») hiess mit Urteil vom 29. März 2018 die vom Rechtsanwalt erhobene Berufung gut und wies die Klage der Gesellschaft ab, soweit sie darauf eintrat (Sachverhalt Teil C).

[4] Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 8. Mai 2018 beantragte die Gesellschaft die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (Sachverhalt Teil D).



## Erwägungen

[5] Kernfrage der vorliegenden Streitigkeit sei, so das Bundesgericht, die Gültigkeit der Vertretungsbefugnis von C. Die Vorinstanz habe die Eingabe als unzulässig abgewiesen, weil C. zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit und in den kantonalen Verfahren die «Vertretungsbefugnis» nicht besessen habe (E. 1.2).

[6] Die Vorinstanz habe festgestellt, dass D. und E. die Mehrheitsaktionäre der Gesellschaft waren. Die Gesellschaft rüge, diese Feststellung verletze ihr Recht auf rechtliches Gehör, da sie unbegründet sei und auf einer willkürlichen Beweiswürdigung beruhe. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Rüge der ungenügenden Begründung offenkundig unbegründet sei. Wie der Rechtsanwalt richtigerweise hervorhebe, habe die Vorinstanz erläutert, dass D. und E. mittels C. je 40% des Aktienkapitals der Gesellschaft zum Preis von je CHF 8'000 erworben hätten. Zudem hätten D. und E. die Aktientitel C. bis zur Deckung der Kontokorrentschuld zur Verwahrung überlassen. Die Tessiner Richter hätten diese Feststellungen hauptsächlich auf die von C. im Verlauf des Strafverfahrens abgegebenen Erklärungen gestützt. Die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung sei unzulässig, da die Gesellschaft sich darauf beschränke, sich auf Willkür zu berufen, und behaupte, dass D. und E. nicht Aktionäre seien und das Eigentum an den Aktien nicht auf sie übergegangen sei. Die Gesellschaft setze sich jedoch nicht mit den vorinstanzlichen Ausführungen auseinander und gebe nicht an, auf welche unangefochtenen Beweise sich ihre Behauptungen stützen würden (E. 3, 3.1 und 3.2).

[7] Aufgrund der Aktionärs-eigenschaft von D. und E. habe die Vorinstanz die Eingabe der Gesellschaft abgewiesen, weil C. als einziges VR-Mitglied der Gesellschaft nicht zu deren Vertretung befugt gewesen sei. Die Vorinstanz habe festgestellt, dass D. und E. am 1. Dezember 2011 C. das VR-Mandat entzogen hätten. Zudem hätten D. und E. C. aufgefordert, zurückzutreten, die Aktien auszuhändigen und sich nicht mehr um die Geschäfte der Gesellschaft zu kümmern. C. habe jedoch diesen Anweisungen nicht Folge geleistet und die Einberufung einer Generalversammlung (GV) verhindert, anlässlich derer der Entzug seiner Vertretungsbefugnis bestätigt worden

wäre. Stattdessen habe C. sogar gegen den Willen der Mehrheitsaktionäre im Namen der Gesellschaft die zur Diskussion stehende Zivilklage eingereicht, obschon überdies zu diesem Zeitpunkt die statutarische dreijährige Amtsperiode für VR-Mitglieder abgelaufen war (E. 4).

[8] Nach Ansicht der Tessiner Richter habe C. durch sein Verhalten seine bei Einreichung der Klage noch im Handelsregister eingetragene, aber nach Art. 710 Abs. 1 [OR](#) bereits dahingefallene Vertretungsbefugnis klar missbraucht. C. könne sich, so die Vorinstanz, auch nicht darauf berufen, dass anlässlich der Universalversammlungen vom 14. Oktober 2014 und vom 15. Dezember 2016 die Verlängerung seines VR-Mandats und seine Entlastung beschlossen worden seien, da die tatsächlichen Mehrheitsaktionäre weder eingeladen worden noch anwesend gewesen seien und diese Beschlüsse folglich nichtig seien. Die Gesellschaft mache geltend, dass die Klage ausschliesslich den ausservertraglichen Entschädigungsanspruch gegen den Rechtsanwalt zum Gegenstand habe. Nicht Gegenstand der Klage seien nach Ansicht der Gesellschaft hingegen die Vertretungsbefugnis von C. und die Gültigkeit der zwei nicht angefochtenen GVs, deren Nichtigkeit nur gemäss den im Urteil des Bundesgerichts [4A\\_364/2017](#) vom 28. Februar 2018 in E. 7.2.2 aufgestellten strengen Voraussetzungen von Amtes wegen festgestellt werden könne (E. 5).

[9] Aufgrund der für das Bundesgericht festgestellten verbindlichen Tatsachen verstosse, so das Bundesgericht, die Beurteilung des Verhaltens von C. durch die Vorinstanz nicht gegen Bundesrecht. Die Frage gehe überhaupt nicht über den Klagegegenstand hinaus: Die Eigenschaft von C. als einzigem VR-Mitglied und seine daraus resultierende Befugnis, im Namen der Gesellschaft eine Schadenersatzklage einzureichen, seien Fragen, die offensichtlich im Zusammenhang mit dem Verfahrensgegenstand stünden (E. 5.1).

[10] Das Bundesgericht erwog, dass der Rechtsprechung zufolge die von einer nicht ordnungsgemäss konstituierten GV gefassten Beschlüsse nichtig seien. Nicht ordnungsgemäss konstituiert seien insbesondere durch ein unzuständiges Organ einberufene GVs oder GVs, zu denen nicht alle Aktionäre eingeladen worden seien oder bei denen Nicht-Aktionäre (*«non azionisti»*) teilgenommen hätten. Solche Beschlüsse würden die Grundstrukturen des Aktienrechts verletzen, sodass sich auch Dritte, also Nicht-Aktionäre, auf die Nichtigkeit berufen könnten, sofern sie daran ein rechtliches Interesse hätten. Auf die Nichtigkeit könne man sich ausnahmsweise auch zur Bestreitung eines Anspruchs berufen, wenn dieser Anspruch sich auf den mangelhaften GV-Beschluss abstütze. Die Gesellschaft bestreite nicht, dass D. und E., die gemäss verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen 80% des Aktienkapitals gehalten haben, weder an den zwei fraglichen GVs teilgenommen hätten noch zu diesen eingeladen worden seien. Für die ordnungsgemässe Konstituierung der GVs, die Universalversammlungen gewesen seien, sei die Grundvoraussetzung der Anwesenheit oder Vertretung sämtlicher Aktionäre nicht erfüllt gewesen (Art. 701 Abs. 1 OR). Somit seien die von der Rechtsprechung aufgestellten Nichtigkeitsvoraussetzungen erfüllt. Soweit die Gesellschaft die eigene Handlungsfähigkeit auch aus diesen GV-Beschlüssen ableite, habe der Rechtsanwalt daher vorgängig die Nichtigkeit dieser Beschlüsse einwenden können (E. 5.3).

[11] Folglich verstosse die Schlussfolgerung der Vorinstanz nicht gegen Bundesrecht, wonach die Eingabe infolge fehlender Vertretungsmacht des C. für die Gesellschaft unzulässig sei (E. 5.4). Die Beschwerde sei somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (E. 6).

### **Kurzkommentar**

[12] Das vorliegende Urteil drehte sich im Grundsatz um die Vertretungsbefugnis von C., dem einzigen VR-Mitglied der Gesellschaft. Damit zusammenhängend beschäftigte sich das Bundesgericht mit der Frage der Nichtigkeit von formell mangelhaften GV-Beschlüssen (s. auch die detaillierte Urteilsbesprechung von [MARKUS VISCHER/DARIO GALLI/LETIZIA SCHLEGEL](#), BGer 4A\_279/2018: Nichtige Universalversammlungen, AJP 2019, S. 743 ff., S. 743 ff.). Es scheint, als ob das Bundesgericht seine diesbezügliche Rechtsprechung geändert hätte (unten Rz. 13). Zudem scheint das Bundesgericht die umstrittene Frage entschieden zu haben, ob das VR-Mandat auch endet, falls anlässlich einer gültigen GV keine Wiederwahl der VR-Mitglieder traktandiert und/oder durchgeführt wurde oder falls die Wiederwahl des VR-Mitglieds ungültig ist (unten Rz. 14).

[13] Das Bundesgericht scheint seine Rechtsprechung betreffend die Nichtigkeit von Beschlüssen einer GV, an der Nicht-Aktionäre teilgenommen haben (s. zu dieser Problematik im Allgemeinen: MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 2019, S. 5 ff., S. 5 ff.), geändert zu haben. Bis anhin nahm das Bundesgericht Nichtigkeit der GV-Beschlüsse an, wenn die GV durch ein unzuständiges Organ einberufen worden war oder wenn nicht alle Aktionäre eingeladen worden waren (Urteil des Bundesgerichts [5A\\_205/2013](#) vom 16. August 2013 E. 4; Urteil des Bundesgerichts [5A\\_590/2011](#) vom 27. Februar 2012 E. 3.1). Im referierten Urteil erachtete das Bundesgericht zusätzlich auch die Teilnahme von Nicht-Aktionären an der GV und zwar unabhängig von deren «entscheidenden Mitwirkung» (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts [4C.107/2005](#) vom 29. Juni 2005 E. 2.1; BGE [115 II 468](#) E. 3b S. 473) als Nichtigkeitsgrund für die entsprechenden GV-Beschlüsse. In diesem Zusammenhang ist auch auf das kürzlich ergangene Urteil des Bundesgerichts [4A\\_501/2018](#) vom 3. Dezember 2018 (s. zu diesem Urteil KEVIN M. HUBACHER, Legitimationsrechtliche Natur der Kraftloserklärung eines Inhaberpapiers, GesKR 2019, S. 304 ff., S. 304 ff.) hinzuweisen. Wie diesem Urteil entnommen werden kann, haben die Vorinstanzen (Zivilkreisgericht Basel Landschaft West und Kantonsgericht Basel-Landschaft) die Beschlüsse einer GV, zu der die Aktionärin – die 50% des Aktienkapitals vertritt – weder eingeladen noch an dieser vertreten war, als nichtig qualifiziert (s. Urteil des Bundesgerichts [4A\\_501/2018](#) vom 3. Dezember 2018 E. 3; die Frage der Nichtigkeit der GV-Beschlüsse war jedoch nicht Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens, da die Beschwerdeführerin das vorinstanzliche Urteil in diesem Punkt nicht angefochten hatte).

[14] Ferner beantwortete das Bundesgericht im vorliegenden Urteil implizit die Frage, welches die Rechtsfolgen einer unterbliebenen Wiederwahl eines VR-Mitglieds mit Bezug auf dessen Amt als VR-Mitglied sind. Die Rechtslage ist – im Gegensatz zur Nicht-Wiederwahl eines VR-Mitglieds an einer gültigen GV, an der die Wahl des VR traktandiert wurde (BGE [140 III 349](#) E. 2.6 S. 354) – unklar. Indem das Bundesgericht vorliegend die Vertretungsbefugnis von C. für die Gesellschaft verneint hat, scheint es implizit entschieden zu haben, dass ein VR-Mitglied nach Ablauf der Amtsdauer *eo ipso* sein Amt verliert (s. zur Übersicht über die Lehrmeinungen und zur Problematik im Allgemeinen: MARKUS VISCHER/DOMINIK HOHLER/FABRICE ECKERT, Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats, GesKR 2014, S. 405 ff., 408 f.) Es wird sich zeigen, ob das Bundesgericht auch in künftigen Urteilen diese Meinung vertritt.

[15] Schliesslich hat das Bundesgericht möglicherweise seine ständige Rechtsprechung, wonach der Mantelgesellschaftshandel nichtig i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR sei, geändert (einlässlich hierzu VISCHER/GALLI/SCHLEGEL, a.a.O., S. 748): Es ist nämlich erstaunlich, dass das Bundesgericht im referierten Urteil diese Thematik nicht aufgriff, obwohl der Mantelgesellschaftshandel im vorinstanzlichen Verfahren indirekt Gegenstand des Urteils bildete. Allenfalls hat sich das Bundesgericht stillschweigend einer jüngeren Lehrmeinung angeschlossen, wonach der Mantelgesellschaftshandel zivilrechtlich zulässig und nicht nichtig i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR ist (GASPARD COUCHEPIN, Le transfert d'actions d'une société dormante (manteau d'actions): situation actuelle perspectives, SJ 2014 II, S. 197 ff., S. 203; MARKUS VISCHER, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, S. 563 ff., S. 571; DURIF. PRADER, Die Vorrats- oder Mantelgesellschaft im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Freiburg 1995, S. 65, 131 ff. und 144). In diesem Zusammenhang sei jedoch auf den Entwurf zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses ([BBI 2019 5221](#)) hingewiesen, gemäss welchem die langjährige bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Mantelgesellschaftshandel nichtig ist, mindestens teilweise kodifiziert werden soll (Art. 684a und Art. 787a E-OR).

MLaw LETIZIA SCHLEGEL, LL.M., Substitutin, Walder Wyss AG.

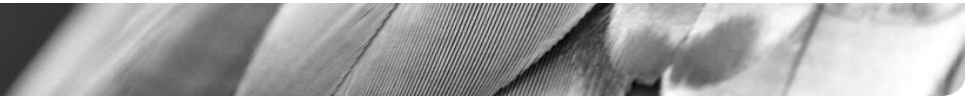
MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

**Zitiervorschlag:** Letizia Schlegel / Dario Galli / Markus Vischer, Nichtig Generalversammlungsbeschlüsse, in: dRSK, publiziert am 3. September 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**



**Weblaw AG** | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**