Ergebnis der medizinischen Begutachtung in ein bestimmtes (allenfalls elektronisch zu führendes) Register hinterlegt wird, wird diese zusätzliche Inhaltskontrolle gewährleistet. Entsprechende Vorschläge sind seit einiger Zeit gemacht worden (Jeger/Murer, Kieser, Riemer-Kafka)[2]. Sie haben bislang in die politische Diskussion nicht Eingang gefunden. Deshalb ist zu begrüssen, dass mit dem hier zu würdigenden Entscheid ein konkreter Weg eröffnet wird, eine solche Ergebnisüberprüfung auf einem weiteren Weg vorzunehmen.

Was lässt sich aus den konsultierten Gutachten ableiten? Offensichtlich schwierig zu beantworten ist die weitere Frage, was aus einer im Quervergleich festgestellten Diskrepanz abzuleiten ist. Es muss wohl zwischen zwei Ebenen unterschieden werden. Zum einen ist denkbar, dass seitens des auftraggebenden Versicherungsträgers bei erheblichen Abweichungen mit der betreffenden sachverständigen Person Kontakt aufgenommen wird, um die unterschiedlichen Resultate einordnen zu können. Zum anderen kann – wohl nur im Zusammenhang mit weiteren Einwänden – im konkreten Fall ein Gutachten im Rahmen der Beweiswürdigung einen geringen Beweiswert oder gar keinen Beweiswert erhalten, wenn die betreffende sachverständige Person statistisch ausgewiesen klar anders einordnet als in Vergleichsfällen. Das Mass der Abweichung kann kaum quantifiziert werden. Es kann immerhin darauf hingewiesen werden, dass im Rahmen der Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung in der Krankenversicherung ein Abweichen im Vergleich zur (zutreffend zusammengesetzten) Vergleichsgruppe nicht mehr toleriert wird, wenn – ausgehend von einem Wert von 100 % für die Vergleichsgruppe – bezogen auf den Überprüfungsfall ein Wert von über 130 % resultiert.[3]

Insgesamt liegt ein begrüssenswertes Urteil vor, welches zwar nicht direkt auf die Frage der zutreffenden Sachverhaltsfeststellung im Sozialversicherungsrecht gerichtet ist, indessen einen Weg eröffnet, welcher massgebend dazu beitragen kann, die Sachverhaltsermittlung im Bereich der Sozialversicherung zu festigen.

[2] Vgl. dazu die umfassende Diskussion bei Anna Böhme, Der medizinische Sachverständigenbeweis in der obligatorischen Unfallversicherung, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2018, 355 ff.; zu den genannten Autoren vgl. Jörg Jeger/Erwin Murer, Medizinische Begutachtung, in: Erwin Murer (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der medizinischen Begutachtung, Bern 2010, 247 ff.; Ueli Kieser, Begutachtungen im Versicherungsrecht, in: Stephan Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht – Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, 303 ff.; Gabriela Riemer-Kafka, Versicherungsmedizinische Gutachten, 3. A., Bern 2017.

[3] Vgl. BGE 137 V 43 E. 2.2.

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/ Droit des sociétés – en général

3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

BGer 4A_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_645/2017 vom 22. August 2018, *Aa1._AG.* gegen *B._AG*, Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung.

Markus Vischer*

Ein Handeln eines Vertreters einer juristischen Person im Interessenkonflikt ist von der Vertretungsmacht des Organs gedeckt, wenn der Vertreter gleichzeitig Alleinaktionär ist, da unter diesen Umständen zwingend zu folgern ist, das Handeln entspreche zugleich dem Willen der Generalversammlung.

I. Sachverhalt

B. war mit Wirkung ab 1. Januar 2002 bei der Aa1._AG («Aa1») als CFO und als Mitglied der operativen Geschäftsleitung der Aa._Gruppe tätig. Diese bestand aus der Aa1 und deren 100 %iger Tochtergesellschaft, der Aa2._AG («Aa2»). Die Aa1 wurde zu 100 % von der Aa._Europe AG («Aa Europe») gehalten, welche ihrerseits von der Aa._Holding AG («Aa Holding») gehalten wurde. 2003 wurde der Arbeitsvertrag zwischen B. und Aa1 auf die Aa2 übertragen.

Am 26. Januar 2006 kauften B. und D. mittels Aktienkaufvertrag von E._AG («E.») 4'364'486 Aktien und damit alle Aktien der Aa Holding und ein subordiniertes Darlehen der E. an Aa Holding von CHF 24'562'849 zum Preis von EUR 1. Am 26. Januar 2006 wurde zwischen B. und D. auf der einen Seite und Ab._International Corporation AG («Ab International») auf der anderen Seite ein Optionsvertrag abgeschlossen, wonach Ab International die Option erhielt, anstelle von B. und D. in den Aktienkaufvertrag einzutreten.

Am 6. März 2006 wurden die Arbeitsverträge von B. und D. mit Aa2 insofern geändert, als sowohl B. als auch D. eine Abgangsentschädigung von zwei Jahresgrundgehältern versprochen wurde, wenn das betreffende Arbeits-

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

verhältnis von der Arbeitgeberin, d.h. der Aa2, vor dem 1. März 2009 aufgelöst wird. D. bzw. B. unterschrieben diese Änderungen für die Aa2 für den jeweils anderen, zusammen mit der HR-Verantwortlichen von Aa2, C., welche für die Aa2 Kollektivunterschrift zu zweien hatte. D. war Verwaltungsrat der Aa2 mit Einzelunterschrift (und auch Verwaltungsrat der Aa1 und, zusammen mit B., Verwaltungsrat der Aa Holding). Die Änderung der Arbeitsverträge wurde in einer Generalversammlung der Aa2 genehmigt, welche am 6. März 2006 von D. als Verwaltungsrat der Aa2 und von B. als Vertreter der Alleinaktionärin, der Aa1, abgehalten wurde.

Am 15. Juni 2006 gingen B. und D. eine Bürgschaft zugunsten der Aa1 im Höchstbetrag von CHF 390'000 ein.

Am 6. November 2006 übte die Ab International die Option gemäss Optionsvertrag aus und erwarb von B. und D. 95'794 Aktien der Aa Holding zum Preis von EUR 1'285'000.

Am 11. Dezember 2006 wurde das Arbeitsverhältnis von B. seitens der Aa2 auf den 31. Dezember 2007 gekündigt und er wurde sofort freigestellt. Die Parteien stritten sich in der Folge über den Abfindungsanspruch von zwei Jahresgehältern und darüber, welches Ersatzeinkommen sich B. an den Lohnfortzahlungsanspruch während der Kündigungsfrist anrechnen lassen müsse. Die Arbeitgeberin, Aa2, verlangte ihrerseits von B. die Rückzahlung von EUR 180'000 für von diesem zu Unrecht bezogene Darlehenszinsen.

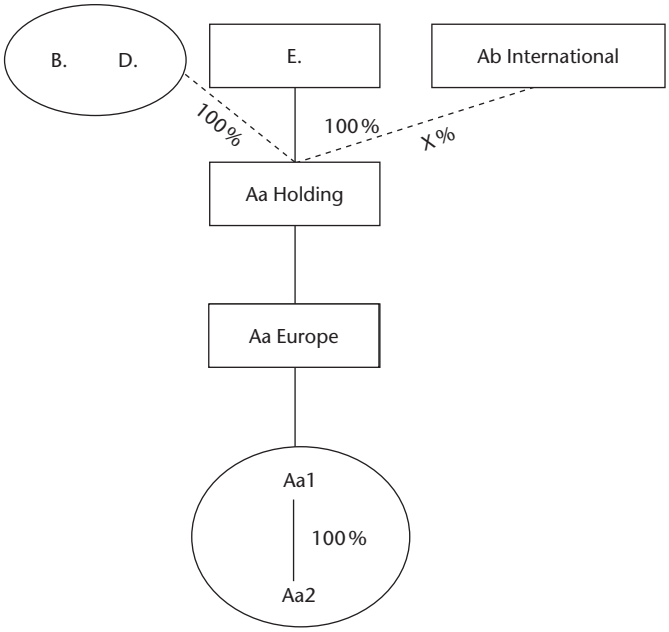
Im Jahr 2008 fusionierten die Aa1 und die Aa2 und firmierten neu unter Aa1.

Mit Klage vom 15. Februar 2007 beim Bezirksgericht Uster und später geänderten Rechtsbegehren verlangte B., die Aa1 sei zu verpflichten, ihm CHF 500'000 zuzüglich Zinsen zu bezahlen. Aa1 erhob Widerklage und beantragte, B. sei zu verpflichten, ihr den Betrag von EUR 180'000 zuzüglich Zinsen zu bezahlen.

Mit Urteil vom 23. Mai 2016 wies das Bezirksgericht Uster die Hauptklage ab und schützte die Widerklage in einem Teilumfang.

Gegen dieses Urteil erhob B. Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 19. Oktober 2017 schützte das Obergericht die Berufung des Klägers teilweise. Die Widerklage schrieb es ab. Das Obergericht stellte fest, dass dem Kläger grundsätzlich die Abgangsentschädigung von CHF 500'000 sowie ein Betrag von CHF 152'238.30 als Lohnfortzahlung zustehe. Andererseits sei der Rückerstattungsanspruch von Aa1 über EUR 180'000 ebenfalls zu bejahen, was in Summe zu einem Betrag von CHF 432'872.30 zugunsten von B. führe. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 4. Dezember 2017 an das Bundesgericht beantragte Aa1 im Wesentlichen, die Klage sei abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen.

Eine grafische Darstellung der betroffenen Gesellschaften und eine Darstellung der wesentlichen Ereignisse auf der Zeitachse finden sich nachstehend:



1. 1. Januar 2002 (Wirkung): Arbeitsvertrag zwischen B. und Aa1.
2. 2003: Übertragung des Arbeitsvertrags zwischen B. und Aa1 von Aa1 auf Aa2.
3. 26. Januar 2006: Aktienkaufvertrag zwischen E. auf der einen Seite und B. und D. auf der anderen Seite über Kauf von E. durch B. und D. von 4'364'486 Aktien der Aa Holding (= 100% der Aktien der Aa Holding) und eines subordinierten Darlehens von CHF 24'562'849 von E. an Aa Holding zum Preis von EUR 1.
4. 26. Januar 2006: Optionsvertrag zwischen Ab International auf der einen Seite und B. und D. auf der anderen Seite über Option von Ab International, B. und D. als Partei im Aktienkaufvertrag zu ersetzen.
5. 6. März 2006: Ergänzung Arbeitsvertrag zwischen B. und Aa2: Abgangsentschädigung für B. bei Auflösung seitens Aa2 vor 1. März 2009; Ergänzung unterzeichnet durch D. (= VR Aa2 mit Einzelunterschrift) und C. (= Verantwortliche HR Aa2 mit Kollektivunterschrift zu zweien).
   6. März 2006: Ergänzung Arbeitsvertrag zwischen B. und Aa2 genehmigt durch Generalversammlung Aa2, mit Anwesenheit von D. als VR und von B. als Vertreter des Alleinaktionärs (= Aa1).
6. 6. März 2006: Ergänzung Arbeitsvertrag zwischen D. (= CEO Aa2) und Aa2: Gleiche Abgangsentschädigung wie B.; Ergänzung unterzeichnet durch B. und C.
   6. März 2006: Ergänzung genehmigt durch bereits genannte Generalversammlung.

7. 15. Juni 2006: Bürgschaft von B. und D. zugunsten Aa1 im Höchstbetrag von CHF 390'000.
8. 6. November 2006: Ausübung der Option gemäss Optionsvertrag durch Ab International und Kauf von 95'794 Aktien der Aa Holding durch Ab International von B. und D. zum Preis von EUR 1'285'000.
9. 11. Dezember 2006: Kündigung des Arbeitsvertrags zwischen B. und Aa2 durch Aa2 auf 31. Dezember 2007 und Freistellung.
10. 15. Februar 2007: Klage von B. gegen Aa2 beim Bezirksgericht Uster.
11. 2008: Fusion von Aa1 und Aa2.
12. 23. Mai 2016: Urteil des Bezirksgerichts Uster.
13. 19. Oktober 2017: Urteil des Obergerichts.
14. 22. August 2018: Urteil des Bundesgerichts.

II. Begründung

Das Bundesgericht führte aus, dass das Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig sei und zur Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts führe, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung sei nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst besonders ermächtigt bzw. das Geschäft nachträglich genehmigt. Das gelte auch für die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch ihre Organe. In diesem Fall bedürfe es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein übergeordnetes oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung bestehe. Das Bundesgericht wende diese Rechtsprechung unter Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Dritter auch auf Fälle an, wo nicht eigentliches Selbstkontrahieren, jedoch sonst ein Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und den handelnden Organen vorliege. Denn grundsätzlich sei davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesse, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erwiesen. Ein Schutzbedürfnis der vertretenen Gesellschaft entfalle aber, wenn der mit sich selbst kontrahierende Vertreter zugleich Alleinaktionär sei, da unter diesen Umständen zwingend zu folgern sei, der Abschluss des betreffenden Geschäfts entspreche zugleich dem Willen der Generalversammlung und werde deshalb von der Vertretungsmacht des Organs gedeckt (E. 5.1).

Im vorliegenden Fall liege eine vergleichbare Situation wie in BGE 126 III 361 mit einem Alleinaktionär vor, weil B. und D. alle Aktien der Aa Holding besässen und insofern wie ein Alleinaktionär zu behandeln seien. In einem solchen Fall bedürfe es infolge Identität der begünstigten Personen und des Alleinaktionärs gemäss BGE 126 III 361 keiner zusätzlichen Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ bzw. werde eine solche stillschweigend angenommen. Das beziehe sich sowohl auf die Generalversammlung der Enkelgesellschaft (hier der Arbeitgeberin, Aa2) wie auf die Generalversammlung der Muttergesellschaft (Aa1) (E. 5.3.1).

BGE 126 II 361 sei zwar in der Lehre teilweise auf Kritik gestossen. Es gebe aber auch zustimmende Stimmen. Würde man aber im Sinne der BGE 126 III 361 kritisierenden Lehre am Erfordernis einer Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ auch bei fehlendem Interessengegensatz zwischen Aktionären und handelnden Organen festhalten, würde dies auf ein rein fiktives Erfordernis hinauslaufen. Mit der ausdrücklichen Zulassung der Einpersonengesellschaft durch Art. 625 OR und der Regelung gemäss Art. 718b OR betreffend Verträge zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter (Schrifterfordernis), die im Rahmen der (kleinen) Aktienrechtsreform als Teil der Revision des GmbH-Rechts mit Wirkung ab 1. Januar 2008 in das Aktienrecht eingefügt worden sei, habe der Gesetzgeber bestätigt, dass Insichgeschäfte unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht grundsätzlich unzulässig seien. Entsprechend bestehe für das Bundesgericht kein Anlass, vom genannten Präjudiz abzuweichen. Beim Abschluss der Änderungsverträge vom 6. März 2006 sei die Aa1 damit gültig vertreten gewesen (E. 5.3.2).

Eine andere Frage sei, ob die Abgangsentschädigung wegen ihres Inhalts gesellschaftsrechtlich unzulässig sei (E. 6 Ingress).

Abgangsentschädigungen seien oft an Kontrollwechsel gebunden. Entsprechend habe für Übernahmesituationen börsenkotierter Aktiengesellschaften bereits im Zeitpunkt der vorliegenden Transaktion gemäss aArt. 35 Abs. 2 lit. c UEV-UEK ein Verbot für den Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Verwaltungsrats oder der obersten Geschäftsleitung bestanden, welche «unüblich hohe Entschädigungen für den Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft» vorsahen. Vorliegend seien die börsenrechtlichen Regeln nicht anwendbar. Die Interessenlage sei aber derjenigen in einer eigentlichen Übernahmesituation insofern vergleichbar, als wegen der eingeräumten Kaufoption ein Machtwechsel unmittelbar drohte, womit auch die Position von B. bedroht gewesen sei. In der Lehre werde die Auffassung vertreten, dass «Goldene Fallschirme», mit denen Verwaltungsräten oder dem Management sehr hohe Abgangsentschädigungen zugestanden würden, nicht nur börsen-, sondern auch aktienrechtlich unzulässig seien, da sie gegen das Gesellschaftsinteresse (Art. 717 OR) verstossen würden. Die Frage müsse hier aber nicht grundsätzlich entschieden werden, liege doch eine besondere Situation vor, weil die Vereinbarung der Abgangsentschädigung ei-

nen Anspruch der beiden Alleinaktionäre begründet habe. Analog der vertretungsrechtlichen Beurteilung in BGE 126 III 361 sei deshalb das Gesellschaftsinteresse mit dem Interesse der beiden Alleinaktionäre gleichzusetzen. Die Vereinbarung der Abgangsentschädigung könne somit auch nicht allgemein wegen des Verstosses gegen Gesellschaftsinteressen gestützt auf Art. 717 OR als ungültig qualifiziert werden. Ob sich die Vorinstanz widersprüchlich verhalte, wenn sie die Vereinbarung der Abgangsentschädigung schütze, gleichzeitig aber davon ausgehe, B. sei wegen der angespannten Liquiditätslage nicht befugt gewesen, Darlehenszinse über EUR 180'000 zu kassieren, müsse ebenfalls nicht geprüft werden, weil B. das vorinstanzliche Urteil nicht angefochten habe (E. 6.3).

In der Lehre werde weiter darauf hingewiesen, dass ein Eigengeschäft, mit dem sich ein Vertreter der Gesellschaft selbst begünstige, als «Griff in die Gesellschaftskasse» allenfalls eine unstatthafte verdeckte Gewinnausschüttung (Art. 678 f. OR) oder Kapitalrückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) beinhalten könne, was das fragliche Geschäft nichtig mache. Dass der Änderungsvertrag bzw. dessen Genehmigung durch die Generalversammlung geradezu nichtig im Sinn von Art. 706b Ziff. 3 OR gewesen wäre, hätte Aa1 nicht bzw. nicht rechtsgenüglich geltend gemacht. Ihr Hinweis auf Art. 725 OR sei unsubstanziiert. Das gelte auch für eine mögliche Begründung der Unzulässigkeit der Abgangsentschädigung gestützt auf Art. 678 OR. Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne (E. 6.4, 8).

III. Bemerkungen

A. Vorbemerkung

Das hier diskutierte Urteil wurde in einer Fünferbesetzung gefällt. Das ist die Ausnahme. So wurden 2017 lediglich 8,31 % aller Urteile des Bundesgerichts in Fünferbesetzung gefällt.[1] Die Fünferbesetzung lässt nach Art. 20 Abs. 2 BGG vermuten, dass es sich nach Meinung des Bundesgerichts beim hier diskutierten Urteil um einen Entscheid über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt. Zudem wurde die amtliche Publikation des hier diskutierten Urteils angeordnet. Das ist bei Urteilen in Fünferbesetzung nicht zwingend der Fall, wurden doch 2017 nur weniger als die Hälfte der Urteile in Fünferbesetzung amtlich publiziert.[2] Auch das lässt in Verbindung mit Art. 58 Abs. 1 BGerR[3] darauf schliessen, dass es sich beim hier diskutierten Urteil nach Meinung des Bundesgerichts um einen Entscheid von grundsätzlicher Bedeutung handelt.

Der Leser des hier diskutierten Urteils wird allerdings etwas enttäuscht, wird doch in diesem Urteil ohne grosse Begründung im Resultat das Präjudiz in BGE 126 III 361 lediglich bestätigt. Zwar wird darauf hingewiesen, dass BGE 126 III 361 in der Lehre teilweise auf Kritik gestossen ist. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass gemäss der Datenbank «swisslex» der Datenbankbetreiberin «SWISSLEX – Schweizerische Juristische Datenbank AG» BGE 126 III 361 in 442 Publikationen der Rechtsprechung und der Lehre erwähnt wird. Eine Auseinandersetzung mit dieser Kritik findet aber nicht wirklich statt. Letztlich findet sich die ganze Auseinandersetzung mit BGE 126 III 361 bzw. der Kritik an BGE 126 III 361 im hier diskutierten Urteil in einem Satz in E. 5.3.2: «Würde man im Sinn der BGE 126 III 361 kritisierenden Lehre am Erfordernis einer Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ auch bei fehlendem Interessengegensatz zwischen Aktionären und handelnden Organen festhalten, würde dies auf ein rein fiktives Erfordernis hinauslaufen.» Dabei darf über das Wort «fiktiv» gerätselt werden. «Fiktiv» bedeutet nach dem Duden «nur angenommen; erdacht, erdichtet, frei erfunden».[4] Wahrscheinlich wollte das Bundesgericht mit dem Wort «fiktiv» entgegen dem eigentlichen Wortsinn des Wortes ausdrücken, dass das von der BGE 126 III 361 kritisierenden Lehre (z.T.) postulierte Erfordernis einer Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ auch bei fehlendem Interessengegensatz zwischen Aktionären und handelnden Organen rein formalistisch und damit überflüssig sei. An der Aussage der letztlich fehlenden Auseinandersetzung mit der BGE 126 III 361 kritisierenden Lehre im hier diskutierten Urteil ändert auch die Tatsache nichts, dass das Bundesgericht im Nachgang zum zitierten Satz auf die GmbH-Reform verweist und behauptet, die dadurch Recht gewordene ausdrückliche Zulassung der Einpersonengesellschaft in Art. 625 OR und die Regelung in Art. 718b OR betreffend Verträge zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter (Schrifterfordernis) spreche für die Aufrechthaltung des vor Inkrafttreten der GmbH-Reform ergangenen BGE 126 III 361. Das ist eine doch recht kühne Argumentation, weil sich in den Materialien überhaupt keine Ansatzpunkte dafür finden lassen. Auch objektiv kann aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber die in der Praxis verbreitete und längst als zulässig erkannte Einpersonengesellschaft mit der GmbH-Reform gesetzlich sanktionierte und für Verträge zwischen

[1] Ulrich Meyer, Vom Vierwaldstättersee an den Lac Léman – Wegmarken einer juristischen Reise, ZBJV 2018, 319 ff., 325.
[2] Meyer (FN 1), 325.
[3] Reglement vom 20. November 2006 für das Bundesgericht (BGerR; SR 173.110.131).
[4] https://www.duden.de/rechtschreibung/fiktiv (Abruf 7.10.2018).

der Gesellschaft und ihren Vertretern die Schriftform verlangte, nicht abgeleitet werden, Interessenkonflikte zwischen der Gesellschaft und ihren Vertretern seien bei der Einpersonengesellschaft irrelevant. Daran ändert auch nichts, dass Art. 718b OR gemäss dem Vorentwurf eine Regelung vorsah, die nur für Einpersonengesellschaften und nicht für alle Gesellschaften wie nach Art. 718b OR in der heutigen Fassung (und gemäss Entwurf) gelten sollte.[5]

So lässt das hier diskutierte Urteil von grundsätzlicher Bedeutung vor allem Fragen zurück.

B. Fragen

1. Unterscheidung von Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis sinnvoll?

Im Rahmen von Art. 718a OR unterscheidet die herrschende Lehre und das Bundesgericht zwischen Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis. Die Vertretungsmacht umfasst alle Rechtshandlungen, die ein Organ im Aussenverhältnis für die Gesellschaft eingehen kann (rechtliches Können). Dieses rechtliche Können geht sehr weit und deckt alle Rechtshandlungen, die durch den Zweck der Gesellschaft nicht direkt ausgeschlossen werden. Die Vertretungsbefugnis definiert dagegen diejenigen Rechtshandlungen, welche ein Organ nach den internen Regeln für die Gesellschaft eingehen kann (rechtliches Dürfen). Das Handeln ausserhalb des rechtlichen Dürfens, aber innerhalb des rechtlichen Könnens, kann gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden.[6]

Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass das unzulässige Selbst- und Doppelkontrahieren eines Organs die Vertretungsmacht beschlägt, während das unzulässige Handeln eines Organs in einem Interessenkonflikt lediglich die Vertretungsbefugnis betrifft, also unbeachtlich bleibt, wenn dies vom Vertragspartner gutgläubig nicht erkannt wird.[7]

Es ist offensichtlich, dass beim unzulässigen Selbst- und Doppelkontrahieren immer Bösgläubigkeit des Vertragspartners vorliegt, diese Bösgläubigkeit also «notorisch» ist, weshalb die Einordnung des unzulässigen Selbst- und Doppelkontrahierens bei der Vertretungsmacht oder bei der -befugnis etwas akademisch ist.[8] Auch in vielen Fällen des zulässigen Handelns eines Organs in einem Interessenkonflikt ist die Frage akademisch, weil wie im hier diskutierten Fall Bösgläubigkeit des Vertragspartners vorliegt.[9]

Das Bundesgericht hatte deshalb im konkreten Fall keinen Anlass, die Frage zu beantworten, ob die auch von ihm getroffene Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis sinnvoll ist. Denn eigentlich ist Fakt, dass das Gesetz in Art. 718a OR nicht zwischen Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis unterscheidet, sondern nur von Vertretungsbefugnis spricht. Watter schlägt deshalb vor, die Unterscheidung aufzugeben und das Können auf das Dürfen zu beschränken, aber dem schützenswerten (d.h. gutgläubigen) Dritten u.U. einen Vertragsanspruch zu geben, wenn das Organ ausserhalb seines Dürfens handelt.[10] Das hätte den Vorteil, dass die Fälle des unzulässigen Selbst- und Doppelkontrahierens und des unzulässigen Handelns in einem Interessenkonflikt entgegen der erwähnten herrschenden Lehre und Rechtsprechung einheitlich behandelt werden könnten.[11]

2. Genehmigung eines unzulässigen Handelns in einem Interessenkonflikt durch die Generalversammlung rechtlich möglich?

Die herrschende Lehre und das Bundesgericht gehen davon aus, dass die Generalversammlung ein unzulässiges Handeln des Verwaltungsrats in einem Interessenkonflikt als übergeordnetes Organ genehmigen könne.[12]

Diese Meinung beschlägt zum einen die Frage, welche Interessen der Verwaltungsrat zu verfolgen hat. Hat er auch andere Interessen als die Aktionärsinteressen zu verfolgen, so ist eine Genehmigung eines unzulässigen Handelns des Verwaltungsrats in einem Interessenkonflikt durch die Ge-

---

5 Zu Art. 718b OR gemäss Entwurf und Vorentwurf für eine Revision des GmbH-Rechts s. Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2001 3148 ff., 3230; s. auch III.B.3.

6 Zum Ganzen z.B. Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 217 f.; BGer, 4A_645/2017, 22.8.2018, E. 5.1.

7 BGer, 4A_645/2017, 22.8.2018, E. 5.1; BGE 126 III 361 E. 3a; differenzierend Rolf Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, 375 ff., 379.

8 Gl.M. wohl Patric Alessander Brand, Aspekte der Fremdfinanzierung im Schweizer Aktienrechtskonzern, Jusletter vom 22.8.2011, N 87.

9 BGer, 4A_645/2017, 22.8.2018, E. 5.3.1, erster Satz.

10 BSK OR II-Watter, Art. 718a N 13, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser), i.V. BSK OR I-Watter, Art. 33 N 13, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser); gl.M. Markus Vischer, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-Verfasser), Art. 678 OR N 13; Markus Vischer, Ausschüttung stiller Reserven bei der Aktiengesellschaft, ST 2013, 202 ff., 205; Markus Vischer, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, 563 ff., 568 f., insb. Fn 62.

11 BSK OR I-Watter (FN 10), Art. 33 N 13.

12 Z.B. BSK OR II-Watter (FN 10), Art. 718 N 21, Art. 718a N 2, 12b; BGer, 4A_645/2017, 22.8.2018, E. 5.1.

neralversammlung von vornherein rechtlich nicht möglich, weil die Generalversammlung bzw. die Aktionäre keine Treuepflicht haben und so nur den eigenen Interessen verpflichtet sind.[13] Diese Frage betrifft die Auslegung des Begriffs des Gesellschaftsinteresses in Art. 717 Abs. 1 OR. In der Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, was unter diesem Begriff zu verstehen ist und dabei insbesondere, ob der Verwaltungsrat sich primär an den Interessen der Aktionären (sog. Shareholder-Value-Ansatz) oder auch an denjenigen der Gläubiger, Arbeitnehmer, Kunden, Lieferanten und des Gemeinwesens (sog. Stakeholder-Value-Ansatz) zu orientieren habe.[14]

Die erwähnte Meinung beschlägt aber auch das Verhältnis zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung, welches insgesamt kontrovers ist.[15] Die herrschende Lehre neigt aufgrund von Art. 698 Abs. 2 OR und Art. 716a Abs. 1 OR zum Paritätsprinzip, wonach jedem Organ bestimmte unentziehbare Aufgaben zukommen, und damit nicht zur Omnipotenztheorie, nach welcher die Generalversammlung sämtliche Entscheide fällen kann.[16] Das Bundesgericht ist zumindest nicht gegen das Paritätsprinzip.[17] Allerdings befürworten die herrschende Lehre und die Rechtsprechung eine Durchbrechung des Paritätsprinzips und der damit einhergehenden aktienrechtlichen Kompetenzen in ausserordentlichen Situationen, z.B. bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, und lassen damit wie gezeigt bei unzulässigem Handeln in einem Interessenkonflikt eine Genehmigung durch die Generalversammlung (als in diesem Punkt übergeordnetes Organ) zu.[18]

Das Bundesgericht sah im konkreten Fall keinen Anlass, erneut der Frage nachzugehen, ob die Genehmigung eines unzulässigen Handelns des Verwaltungsrats in einem Interessenkonflikt[19] durch die Generalversammlung[20] rechtlich möglich ist. Es begnügte sich mit dem Hinweis auf das Präjudiz von BGE 126 III 361, gemäss welchem das Gesellschaftsinteresse und das Aktionärsinteresse deckungsgleich sind und das Paritätsprinzip in diesem Punkt durchbrochen werden kann.

Das ist nicht nur in der Begründung,[21] sondern auch in der Substanz bedauerlich, weil die rigorose Gleichsetzung von Gesellschaftsinteresse und Aktionärsinteresse nicht wirklich einleuchtet. Vielmehr ist von einem eigenen Interesse der Gesellschaft auszugehen, das nicht in der Summe anderer Interessen liegt und das zudem nicht nur von Aktionärsinteressen, sondern auch von anderen Interessen wie von Gläubigerinteressen bestimmt wird.[22] Alles andere würde eine Diskrepanz zum Verantwortlichkeitsrecht schaffen, wo sich der Verwaltungsrat bei Verletzung der Normen zum Schutz des Aktienkapitals, welche auch dem Gläubigerschutz dienen, also z.B. von Art. 725 OR,[23] und bei Verletzung von anderen Gläubigerschutznormen, z.B. von solchen, die nur dem Gläubigerschutz dienen,[24] verantwortlich machen kann. Ebenso leuchtet nicht wirklich ein, warum das Paritätsprinzip in diesem einen Punkt durchbrochen werden und die Generalversammlung zwar nicht generell, aber in diesem einen Punkt zur Entscheidung ge-

---

13 Dazu im Allgemeinen z.B. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 3 N 25 ff., § 16 N 208, 274.

14 Z.B. BSK OR II-Watter/Roth-Pellanda (FN 10), Art. 717 N 1a; s. auch zum zwischen Shareholder- und Stakeholder-Value-Ansatz hin und her schlagenden Pendel Daniel Daeniker, Uneasy lies the head that wears a crown – Zur Rolle des Verwaltungsrates in schweizerischen Publikumsgesellschaften, SZW 2018, 317 ff., 320 f., und Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 13), § 2 N 77.

15 Salim Rizvi, Die Kompetenzen der Generalversammlung im Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats, Diss. Zürich, Bern 2011, N 375.

16 Z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 13), § 16 N 468; Peter Nobel, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017 (zit. BK-Nobel), § 4 N 294 ff.

17 Rizvi (FN 15), N 375.

18 Zum Ganzen Markus Vischer, «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, 1485 ff., 1491.

19 In concreto von D.

20 In concreto die Generalversammlung der Aa2, wobei das Bundesgericht in E. 5.3.1 ohne Begründung auch die Generalversammlung der Aa1 als relevantes übergeordnetes Organ betrachtet.

21 S. dazu III.A.

22 Gl.M. Daeniker (FN 14), 319: «Trotzdem ist der Verwaltungsrat von Gesetzes wegen nicht – oder ausschliesslich – verpflichtet, die Interessen der Aktionäre wahrzunehmen»; Sethe (FN 7), 377: «Das Unternehmensinteresse kann jedenfalls nicht immer mit dem Aktionärsinteresse und schon gar nicht mit dem Interesse der Mehrheit gleichgesetzt werden […]»; Dorothea Herren, Harmonie und Kollision beim verwaltungsrechtlichen Umgang mit den Gesellschaftsinteressen, AJP 2015, 205 ff., 212; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 598: «Zwar ist die Aktiengesellschaft in Ausrichtung auf die Aktionärsinteressen zu leiten, es ist aber nach Schweizer Recht (und allgemein nach kontinentaleuropäischem Recht) unzulässig, eine vereinfachende Gleichsetzung ‹Gesellschaftsinteresse = Aktionärsinteresse› vorzunehmen. Eine Aktiengesellschaft ist keineswegs ausschliesslich ein Durchlauferhitzer für Aktionäre, und zwar weder wirtschaftlich noch rechtlich»; s. bezüglich Gläubigerinteressen BGE 50 II 168, welcher durch BGE 126 III 361 revidiert wurde; s. auch BGE 100 II 384 E. 4: «Dieses Recht des Aktionärs wird indessen durch das weitgehende Ermessen der Gesellschaft, welche neben der Gewinnerzielung auch andere Interessen (z.B. Existenzsicherung der Arbeitnehmer, Investitionen) wahrzunehmen hat, eingeschränkt.»

23 Z.B. BGE 136 III 14 E. 2.4; 128 III 180 E. 2c; OFK-Amstutz/Gohari (FN 10), Art. 754 OR N 33.

24 Z.B. OFK-Amstutz/Gohari (FN 10), Art. 754 OR N 31; s. auch Vischer (FN 18), AJP 2016, 1494 f., zur umstrittenen Rechtsgrundlage der Klage eines Gläubigers bei direkter Schädigung.

eignet sein soll, zumal wie gesagt die Generalversammlung bzw. die Aktionäre keine Treuepflicht trifft.

Ist die Gesellschaft aufgrund eines anderweitig nicht behebbaren Interessenkonflikts handlungsunfähig, liegt die Lösung deshalb nicht in der gänzlichen oder teilweisen Übernahme von Verwaltungsratsaufgaben durch die Generalversammlung,[25] sondern in Art. 731b OR, wonach der Richter einen unabhängigen Verwaltungsrat oder einen Sachwalter ernennen oder eine andere geeignete Massnahme anordnen kann.[26]

3. Informelle und implizite Genehmigung eines unzulässigen Handelns in einem Interessenkonflikt durch Alleinaktionär rechtlich möglich?

Die wohl herrschende Lehre und das Bundesgericht sind der Meinung, dass eine informelle und implizite Genehmigung eines unzulässigen Handelns in einem Interessenkonflikt durch den Alleinaktionär rechtlich möglich ist.[27]

Das Bundesgericht sah im konkreten Fall keinen Anlass, dieser Frage der informellen und impliziten Genehmigung eines unzulässigen Handelns eines Verwaltungsrats in einem Interessenkonflikt[28] durch den Alleinaktionär[29] erneut nachzugehen. Vielmehr begnügte es sich wie ausgeführt damit, auf das Präjudiz von BGE 126 III 361 hinzuweisen und anzufügen, dass die Forderung nach einer Genehmigung in einem förmlichen Generalversammlungsbeschluss auf einen reinen Formalismus hinauslaufe und ein förmlicher Generalversammlungsbeschluss deshalb überflüssig sei.[30] Das ist erneut nicht nur bezüglich Begründung,[31] sondern auch materiell einigermassen erstaunlich, läuft das doch im Resultat auf eine Gleichsetzung von Aktionär und Gesellschaft und damit einen grundsätzlich verpönten Durchgriff[32] hinaus.[33] Denn die selbständige und von den Gesellschaftern verschiedene rechtliche Existenz einer Gesellschaft bildet einen ehernen Grundsatz des Gesellschaftsrechts, der nur ausnahmsweise durchbrochen werden kann. Dieser eherne Grundsatz gilt grundsätzlich selbst dann, wenn die Gesellschafter und die Gesellschaft wirtschaftlich identisch sind.[34] Es liegt nämlich gerade auch bei Einpersonengesellschaften eine Verdoppelung der Rechtspersönlichkeit nach dem Motto «eine Person, zwei Persönlichkeiten» vor.[35] Das ist im Gesellschaftsrecht ein akzeptiertes Faktum, ob man nun der Fiktions- oder der Realitätstheorie folgt.[36]

Die Regeln über die Einberufung und die Durchführung einer Generalversammlung, auch einer Universalversammlung i.S.v. Art. 701 OR, sind zudem keine bloss fakultativ einzuhaltenden Wunschvorstellungen des Gesetzgebers. Es macht «durchaus einen Unterschied, ob ein formell korrekter, protokollierter, aufbewahrter und […] edierbarer GV-Beschluss gefasst wurde oder ob der Verwaltungsrat einfach ‹draufloshandelt›. Die Protokollierungspflicht (Art. 202 Abs. 2 OR) fungiert nicht nur als Mittel zur Nachweisbarkeit des getroffenen Entscheides, sondern der Zwang zur Einhaltung von Entscheidformalien stellt auch sicher, dass Entscheide bewusst und überlegt gefasst werden, […].»[37] «Entsprechende Überlegungen führten auch zur Einführung des Schriftlichkeitserfordernisses für Insichgeschäfte […] in Art. 718b OR: […].»[38] Die Existenz von Art. 718b

---

25 A.M. Sethe (FN 7), 381, wonach die Genehmigung durch die Generalversammlung «der einzig verfügbare Weg zur Bewältigung eines Interessenkonflikts» sei, s. dann aber doch 382 mit dem Hinweis auf Art. 706a Abs. 2 OR und Art. 731b OR.

26 Christoph Bühler, Organisationsmängel: Typische Anwendungsfälle von Art. 731b OR und gesondert geregelte Konstellationen, SJZ 2018, 441 ff., 447; Markus Vischer, Die Verantwortlichkeit des im Organisationsmängelverfahren eingesetzten Verwaltungsratsmitglieds und Sachwalters, HAVE 2017, 362 ff., 363; für einen Anwendungsfall: BGer, 4A_717/2014, 29.6.2015, mit der Ernennung eines Sachwalters in einem Interessenskonfliktfall; s. auch Art. 706a Abs. 2 OR.

27 Z.B. von der Crone (FN 6), § 4 N 71; BGer, 4A_645/2017, 22.8.2018, E. 5.1.

28 In concreto von D.

29 In concreto eigentlich durch die Aa1, wobei das Bundesgericht im vorliegenden Fall z.B. in E. 6.3 aber auch von B. und D. als Alleinaktionären spricht.

30 S. dazu III.A.

31 S. dazu III.A.

32 Zum Durchgriff im Allgemeinen, auch zur Herleitung durch Auslegung der in Frage stehenden Norm bzw. aus Art. 2 ZGB, z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 13), § 2 N 54 ff.; BK-Nobel (FN 16), § 1 N 141, § 4 N 272 ff.; Martin Monsch/Hans Caspar von der Crone, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, SZW 2013, 445 ff., 449 ff.

33 Vischer (FN 18), AJP 2016, 1493.

34 Z.B. Markus Vischer, BGer 4A_10/2017: Vertrag mit Verwaltungsrat: Kein Arbeitsvertrag, AJP 2017, 1528 ff., 1530; BSK OR II-Baudenbacher (FN 10), Art. 625 N 24; s. auch BGE 141 IV 104 E. 3.2: «Die Aktiengesellschaft ist auch in der Form einer Einpersonen-AG selbständige Vermögensträgerin, und ihr Vermögen ist nicht nur nach aussen, sondern auch im Verhältnis zu den einzelnen Gesellschaftsorganen ein fremdes. Die Einpersonen-AG ist auch für den sie als einziger Verwaltungsrat beherrschenden Alleinaktionär jemand anderer.» Es ist allerdings zu diesem Urteil kritisch anzufügen, dass das Bundesgericht in Bezug auf das freie Eigenkapital für die Zwecke von Art. 158 StGB unter dem Titel «eingeschränkte Gesellschaftstheorie» im Resultat dann zu Unrecht doch einen Durchgriff vornimmt; dazu Vischer (FN 34), AJP 2017, 1530, Fn 13; Vischer (FN 18), AJP 2016, 1493 f.

35 Sandro Germann, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich, Zürich 2015, 162 f.; s. auch BSK OR II-Baudenbacher (FN 10), Art. 625 N 22.

36 Vischer (FN 34), AJP 2017, 1530; zur Fiktions- und Realitätstheorie im Allgemeinen z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 13), § 2 N 11 ff.; BK-Nobel (FN 16), § 1 N 125 ff.

37 Herren (FN 22), AJP 2015, 211; s. auch Markus Vischer, Kritische Sicht auf die vom Bundesgericht im Verantwortlichkeitsrecht verwendete Business Judgement Rule (BJR), SJZ 2018, 53 ff., 55: «[…] hängt die Qualität eines Geschäftsentscheids von der Qualität des Entscheidprozesses ab.»

38 Herren (FN 22), AJP 2015, 211.

OR spricht damit nicht für die These des Bundesgerichts, sondern dagegen.[39]

Die genannten Regeln über die Einberufung und Durchführung einer Generalversammlung gelten auch für die Einpersonengesellschaft. Auch bei dieser haben die Beteiligten das Spiel der Aktiengesellschaft zu spielen, was eben auch heisst, dass auch bei Einpersonengesellschaften Generalversammlungen nach den Regeln des Aktienrechts einzuberufen und durchzuführen sind und nicht einfach fingiert werden dürfen.[40]

Das anerkennt das Bundesgericht an sich auch, wenn es bei Gesellschaften mit Minderheitsaktionären fordert, dass die Genehmigung eines unzulässigen Handelns eines Verwaltungsrats in einem Interessenkonflikt nicht informell und implizit erfolgen könne, sondern in einem anfechtbaren Generalversammlungsbeschluss erfolgen müsse.[41] Entsprechend ist es unlogisch, bei Gesellschaften ohne Minderheitsaktionäre eine informelle und implizite Genehmigung des Alleinaktionärs zuzulassen.[42]

Die Theorie des Alleinaktionärs in quasi permanenter Universalversammlung[43] ist entsprechend zurückzuweisen.[44] Sie passt auch nicht zu Art. 695 OR, wonach bei der Décharge nur Aktionäre stimmen dürfen, die nicht in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben.[45] Sie beruht zudem insgesamt auf einer nicht gerechtfertigten wirtschaftlichen Betrachtungsweise, welche die vom Alleinaktionär verschiedene Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft ignoriert, was gerade im konkreten Fall eklatant ist, greift doch das Bundesgericht letztlich nicht nur durch die Aa2, sondern auch durch die Aa1, die Aa Europe und die Aa Holding durch. Am Durchgriff durch die Aa Europe und damit am Durchgriff auch durch eine ausländische Gesellschaft ändert nichts, dass das Bundesgericht die Rolle der Aa Europe herabspielt[46] und entsprechend die Aa2 als Enkelgesellschaft der Aa Holding bezeichnet, während sie in Tat und Wahrheit eine Urenkelgesellschaft der Aa Holding ist.[47]

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Aktienrecht mag nach dem erstinstanzlichen Urteil des Kantonsgerichts Zug A3 2015 27 i.S. Sika vom 27. Oktober 2016 en vogue sein.[48] Sie ist aber trotzdem nur dort angezeigt, wo sie durch die Auslegung der entsprechenden Norm bzw. durch Art. 2 ZGB gerechtfertigt ist.[49] Keinesfalls rechtfertigt sie aber einen Durchgriff durch juristische Personen bei jeder sich bietenden Gelegenheit, schon gar nicht dort, wo sich wie im vorliegenden Fall der Alleinaktionär auf den Durchgriff beruft.[50]

Die informelle und implizite Genehmigung eines unzulässigen Handelns des Verwaltungsrats in einem Interessenkonflikt durch den Alleinaktionär ist deshalb rechtlich irrelevant.[51]

4. Ungültigkeit bei Verstoss des Handelns gegen die Gesellschaftsinteressen?

Bekannt ist, dass sich Verwaltungsräte gemäss Art. 754 OR u.U. verantwortlich machen, wenn sie ihre Pflichten verletzen, wozu namentlich die Treuepflicht gemäss Art. 717 OR, d.h. die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren, gehört.[52]

---

39 S. bereits III.A.

40 Vischer (FN 18), AJP 2016, 1492; zum Spiel der Aktiengesellschaft im Allgemeinen z.B. Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Aktionärsbindungsverträge, Zürich/Basel/Genf 2015, N 115, N 283, Fn 105, N 359, Fn 2, N 790; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 62 N 40; s. schon BGE 67 II 29: «La possession de toutes les actions d'une société anonyme ne confère pas à l'actionnaire le droit de disposer à sa guise de l'actif social; il faut que les actes de disposition soient faits dans les formes prescrites par la loi et les statuts et qu'ils aient une cause juridique valable»; bestätigt z.B. in BGE 86 II 171 E. 1d: «Denn der Inhaber aller Aktien hat nach allgemein anerkannter Auffassung die von Gesetz und Statuten vorgeschriebenen Formen zu beachten und kann daher nicht wie ein Privatmann nach Belieben über die Aktiven der ihm gehörenden Gesellschaft verfügen […].»

41 BGE 126 III 361 E. 5 unter Zurückweisung der anderslautenden Meinung von Zäch, in: Roger Zäch, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, Bern 1990, Art. 33 OR N 81.

42 Gl.M. Herren (FN 22), AJP 2015, 211; offensichtlich a.M., aber ohne Begründung, z.B. Sethe (FN 7), 382.

43 So z.B. Urs Bertschinger, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, BGE 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999; SemJud 1999, 481 ff., SZW 2000, 197 ff., 199.

44 Vischer (FN 18), AJP 2016, 1492, Fn 87; Böckli (FN 22), § 12 N 58.

45 S. auch Vischer (FN 18), AJP 2016, 1491.

46 Sachverhalt A: «Vollumfängliche Aktionärin der Aa1.[…] AG war sodann die Aa.[…] Holding AG mit zwischen geschalteter Aa.[…] Europe Ltd.»

47 E. 5.3.2: «Das bezieht sich sowohl auf die Generalversammlung der Enkelgesellschaft – hier also der Arbeitgeberin [Aa2] […].»

48 Zu diesem Urteil z.B. Walter A. Stoffel/Arnaud Constantin, Das Gesellschaftsrecht 2016/2017, SZW 2018, 287 ff., 295; BK-Nobel (FN 16), § 7 N 270 ff.; Peter Nobel, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht, SJZ 2017, 457 ff., 467.

49 S. zur Herleitung des Durchgriffs, dem «wohl prominentesten Beispiel einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Privatrecht» (Raphael Lanz, Von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Privatrecht, ZBJV 2001, 1 ff., 10), schon FN 32.

50 S. BGE 97 II 289 E. 3, das erste Urteil, in dem das Bundesgericht das Wort «Durchgriff» benützt: «Dass in dieser Weise auf den Alleinaktionär ‹durchgegriffen› werde, können jedoch nur Dritte verlangen; der Alleinaktionär selbst – im vorliegenden Fall also der Kläger – muss die von ihm gewählte Organisationsform gegen sich gelten lassen […].»

51 S. auch BGE 141 IV 104 E. 3.2 im Zusammenhang mit Art. 158 StGB: «Die Einwilligung des Alleinaktionärs ist nicht relevant»; s. zu diesem Urteil bereits FN 34.

52 Z.B. BSK OR II-Gericke/Waller (FN 10), Art. 754 N 29.

Die im vorliegenden Urteil vom Bundesgericht vertretene These, wonach eine Vereinbarung u.U. «allgemein wegen Verstoss gegen Gesellschaftsinteressen gestützt auf Art. 717 OR als ungültig qualifiziert werden» kann,[53] wurde bis jetzt m.W. nicht vertreten. Worauf sie sich stützt, kann angesichts der fehlenden Begründung im hier diskutierten Urteil nicht rekonstruiert werden.

5. Rechtsfolge eines Verstosses gegen Art. 678 und Art. 680 Abs. 2 OR?

Es ist in der Lehre umstritten, ob Art. 678 OR und Art. 680 Abs. 2 OR einen deckungsgleichen oder einen verschiedenen Schutzbereich haben.[54] Ebenso ist umstritten, ob Verträge, die gegen Art. 678 OR bzw. Art. 680 Abs. 2 OR verstossen, nichtig sind oder nicht.[55]

Das Bundesgericht weicht im hier besprochenen Urteil der Frage aus, weil die Aa2 die Frage der Anwendbarkeit von Art. 678 OR und Art. 680 Abs. 2 OR nicht rechtsgenüglich und nicht substanziiert aufgeworfen habe.[56] Wie dies allerdings mit dem Grundsatz «iura novit curia» (Art. 106 Abs. 1 BGG) und mit dem Grundsatz, wonach die Nichtigkeit i.S.v. Art. 20 OR (traditionellerweise) von Amtes wegen zu berücksichtigen ist,[57] in Einklang zu bringen ist, beantwortet das Bundesgericht nicht. So oder so übersieht das Bundesgericht, dass die von ihm erwähnte Bestimmung von Art. 706b Ziff. 3 OR primär nur Generalversammlungsbeschlüsse erfasst und damit für die Rechtsfolge eines Verstosses gegen Art. 678 OR und Art. 680 Abs. 2 OR nicht einschlägig ist. Natürlich kann die Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses, welcher einen in einem unzulässigen Interessenkonflikt abgeschlossenen Vertrag[58] genehmigt, auf die Gültigkeit des genehmigten Vertrags zurückwirken (wenn man denn entgegen der hier vertretenen Meinung der Auffassung ist, die Generalversammlung könne unzulässiges Handeln eines Verwaltungsrats in einem Interessenkonflikt genehmigen).

[53] BGer, 4A_645/2017, 22.8.2018, E. 6.3.

[54] Für erstere Meinung z.B. OFK-Vischer (FN 10), Art. 678 OR N 25, Art. 680 OR N 12; für letztere Meinung z.B. BSK OR II-Vogt (FN 10), Art. 680 N 29.

[55] Für erstere Meinung z.B. OFK-Vischer (FN 10), Art. 678 OR N 21, Art. 680 OR N 15; BSK OR II-Vogt (FN 10), Art. 678 N 34, bezüglich Art. 678 OR, soweit der Verstoss gegen Art. 678 OR auf einem nichtigen Beschluss basiert, Art. 680 N 17b, 25, bezüglich Art. 680 Abs. 2 OR; für zweitere Meinung BSK OR II-Vogt (FN 10), Art. 678 N 34a, bezüglich Art. 678 OR, soweit der Verstoss gegen Art. 678 OR auf einen nur anfechtbaren Beschluss basiert.

[56] BGer, 4A_645/2017, 22.8.2018, E. 6.4.

[57] Dazu im Allgemeinen z.B. BSK OR I-Huguenin/Meise (FN 10), Art. 20 N 53: «Die Nichtigkeit wirkt ex tunc, […], sie ist absolut und unheilbar. […] Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten […].»

[58] In concreto den Änderungsvertrag zwischen B. und Aa2.

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

6.4. Zivilprozessrecht/Procédure civile

BGer 4A_442/2017: Zulässigkeit der alternativen objektiven Klagenhäufung bei Teilklagen

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_442/2017 vom 28. August 2018 (zur Publikation vorgesehen), *A. X. Limited* gegen *B., C. m.b.H., D. AG,* aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Teilklage.

Marc Russenberger*

Marc Wohlgemuth**

Das Bundesgericht vollzieht nach knapp zwei Jahren eine Kehrtwende und lässt die alternative objektive Klagenhäufung – wie bereits vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO – bei Teilklagen wieder zu. Die müssige Frage, wie viele Lebenssachverhalte einer objektiv gehäuften und lediglich teilklageweise anhängig gemachten Klage zugrunde liegen (sowie einer entsprechenden Prüfungsreihenfolge), braucht künftig nicht mehr beantwortet zu werden, womit eine Prozessbarriere entfällt. In gewissen Fällen empfiehlt es sich jedoch weiterhin, eine Prüfungskaskade in der Klageschrift vorzusehen.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die A. X. Limited (Klägerin und Beschwerdeführerin), Gläubigerin im Konkursverfahren über die F. AG, hob beim Handelsgericht des Kantons Aargau eine Teilklage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit im Betrag von CHF 3'000'000 gegen die Organe der F. AG, namentlich B., C. m.b.H. und D. AG (Beklagte und Beschwerdegegner), an. Die Klägerin ortete sechs Schadensposten/Teilansprüche, welche durch verschiedene Pflichtverletzungen der Beklagten als Verwaltungsrat (Beklagter B.), Revisions-

* Marc Russenberger, Dr. iur., Rechtsanwalt, RKR Rechtsanwälte.
** Marc Wohlgemuth, MLaw, Inhaber des Zürcher Notarpatents, RKR Rechtsanwälte.