recht

4/24
www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

42. Jahrgang

Inhalt

189 *Anna Coninx*
Eine Frau wird im Nebenzimmer vergewaltigt, und niemand hilft ihr

201 *David Ballmer*
Ergänzungen zur Lehre der Vertragsergänzung

214 *Renata Trajkova*
Energiewende und Solarausbau in der Landschaft: Quo vadis, Raumplanungsrecht?

223 *Arnold F. Rusch*
Formvorschriften zur Kündigung in AGB

Bemerkenswerte Urteile

229 *Dario Galli/Markus Vischer*
In Verwaltungsratsprotokollen enthaltene Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags

Universitäres

241 *Cyrill A. H. Chevalley/Raphael Dummermuth*
Die zweite Tagung des Schweizerischen Nachwuchsforums Privatrecht (SNAP)

Stämpfli Verlag

Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.com

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inseratauftäge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.
Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2024
AboPlus
(Zeitschrift + Onlinezugang)
Schweiz: Normalpreis CHF 261.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 190.–
Ausland: Europa CHF 271.–
Welt CHF 287.–
Onlineabo: CHF 216.–
Einzelheft: CHF 68.– (exkl. Porto)
Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.
Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente:
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
zeitschriften@staempfli.com

Inserate:
Tel. 031 300 63 82, mediavermarktung@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2024
Gesamtherstellung: Stämpfli Kommunikation, Bern
Printed in Switzerland
ISSN 0253-9810 (Print), e-ISSN 2504-1487 (Online)



Der Schreiber steht für unseren Anspruch, gemeinsam mit unseren Autorinnen und Autoren relevante und herausragende Inhalte zu produzieren.

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

TANJA DOMEJ
Professorin für Zivilprozessrecht, Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Zürich

SUSAN EMMENEGGER
Professorin für Privatrecht und Bankrecht, Universität Bern

WOLFGANG ERNST
Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER
Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Universität Basel

ALEXANDRA JUNGO
Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG
Professor für Privatrecht, Universität Basel

PETER V. KUNZ
Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern

ROGER ZÄCH
Professor em. für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER
Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Universität Zürich

STEFAN MAEDER
Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Fribourg

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI
Ordinaria für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Universität Luzern

MARKUS KERN
Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht, Universität Bern

BERNHARD RÜTSCHE
Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern

DANIELA THURNHERR
Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht und öffentliches Prozessrecht, Universität Basel

Dario Galli/Markus Vischer

In Verwaltungsratsprotokollen enthaltene Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags

Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A_74/2024 vom 20. Juni 2024

In seinem Urteil 4A_74/2024 vom 20. Juni 2024 erblickte das Bundesgericht in einem von allen an einer Verwaltungsratssitzung anwesenden Parteien eines Vorvertrags unterzeichneten Protokoll dieser Verwaltungsratssitzung gültige Willenserklärungen zur entschädigungslosen Aufhebung dieses Vorvertrags. Das Bundesgericht scheint sich damit nach langjähriger Slalomfahrt nun endgültig dafür entschieden zu haben, dass in Protokollen aktienrechtlicher Organe unter gewissen Voraussetzungen Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags enthalten sein können.

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt
1. Involvierte Personen
2. Verkaufsprozess
3. Prozessgeschichte
4. Grafische Darstellung des Sachverhalts
II. Erwägungen des Bundesgerichts
1. Einleitung
2. Abgabe einer Willenserklärung von H.B für die Kaufinteressentin
3. Objektive Auslegung der Willenserklärung von H.B für die Kaufinteressentin
III. Bemerkungen
1. Einleitung
2. Unklarer Sachverhalt
3. Bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags in Protokollen
4. Kernaussagen des besprochenen Bundesgerichtsurteils
5. Würdigung des referierten Urteils
6. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt

1. Involvierte Personen

Das Aktionariat der Ab AG (nachfolgend: Zielgesellschaft) bestand bis zum 26. 10. 2018 aus B.B, C.B, D.B, der Erbengemeinschaft des D.D sel. (bestehend aus F.D und E.D) und aus E.D, E.B, F.B, G.B (Beklagte und Beschwerdegegner, nachfolgend: Beklagte) sowie H. B. H.B war Einzelaktionär und einziges Mitglied des Verwaltungsrats der Aa AG (Kaufinteressentin, Klägerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend: Kaufinteressentin).[1]

2. Verkaufsprozess

Im Frühjahr 2017 war sich das Aktionariat einig, einen Käufer für sämtliche Aktien der Zielgesellschaft zu suchen. E.E (nachfolgend: Käuferinvertreter) unterbreitete am 27. 6. 2018 ein erstes Kaufangebot über CHF 47 596 000.– und am 20. 7. 2018 ein zweites über CHF 50 009 404.40. Am 29. 7. 2018 fand eine Sitzung der Aktionäre der Zielgesellschaft statt. Anlässlich dieser Sitzung wurde das Angebot des Käuferinvertreters vorbehältlich der weiteren Vertragsverhandlungen einstimmig angenommen. Im Anschluss daran unterbreitete H.B den Anwesenden das Angebot, die Aktien zum gleichen Preis selbst zu kaufen. Auch diesem Angebot stimmten die anwesenden Aktionäre zu.[2]

Der Käuferinvertreter erhöhte daraufhin sein Angebot auf CHF 55 Mio. Mit Schreiben vom 16. 9. 2018 teilte der Aktionär G.B dem Käuferinvertreter die Preisvorstellung der Aktionäre der Zielgesellschaft in der Höhe von CHF 62,5 Mio. mit. Anlässlich einer Besprechung vom 27. 9. 2018 wurde dem Käuferinvertreter mitgeteilt, dass die Aktionäre mit einem Angebot von CHF 62 Mio. einverstanden seien. Am 4. 10. 2018 fand eine weitere Sitzung der Aktionäre der Zielgesellschaft statt, an der sämtliche Aktionäre über den Verhandlungsverlauf informiert wurden und entschieden wurde, die Verhandlungen mit dem Käuferinvertreter weiter und wenn möglich zu Ende zu führen. Am 20. 10. 2018 fand eine weitere Sitzung der Aktionäre der Zielgesellschaft statt.[3]

Am 26. 10. 2018 wurde der Aktienkaufvertrag zwischen den Aktionären der Zielgesellschaft und der Ehefrau des Käuferinvertreters, F.E (nachfolgend: Käuferin), mit einem Kaufpreis von CHF 62 Mio. abgeschlossen und vollzogen.[4]

Dr. iur. Dario Galli, LL. M., und Dr. iur. Markus Vischer, LL. M., sind Rechtsanwälte bei der Walder Wyss AG, Zürich.

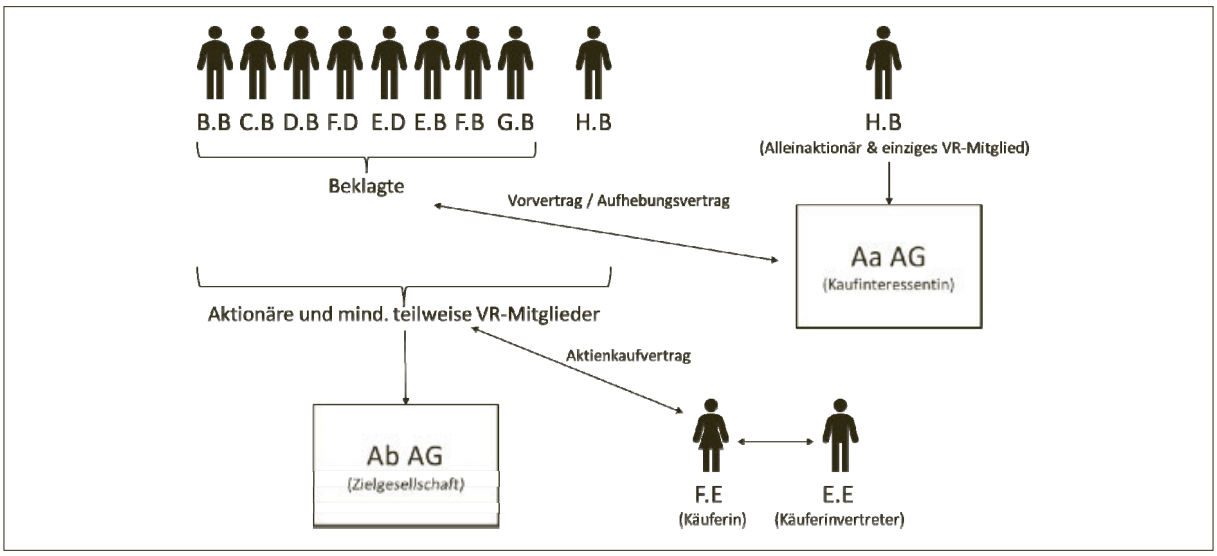
[1] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, Sachverhalt Teil A. a.

[2] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, Sachverhalt Teil A. b.

[3] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, Sachverhalt Teil A. b.

[4] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, Sachverhalt Teil A. b.

Traduction automatique : lisez l'article en français sur www.recht.recht.ch.



3. Prozessgeschichte

Mit Zwischenentscheid vom 14. 11. 2022 stellte das Bezirksgericht Laufenburg fest, dass zwischen den Parteien am 29. 7. 2018 ein Vorvertrag betreffend Kauf der Aktien der Zielgesellschaft gültig zustande gekommen sei. Es stellte zudem fest, dass der Kaufinteressentin grundsätzlich ein Schadenersatzanspruch zustehe, da die Beklagten die vorvertragliche Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrags verletzt hätten.[5]

Dagegen erhoben die Beklagten Berufung beim Obergericht des Kantons Aargau. Mit Entscheid vom 11. 12. 2023 hiess das Obergericht die Berufung gut, hob den Zwischenentscheid der Erstinstanz auf und wies die Klage ab.[6]

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Kaufinteressentin dem Bundesgericht im Wesentlichen, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und die Sache zur neuen und weiteren Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.[7]

4. Grafische Darstellung des Sachverhalts

(siehe Grafik oben)

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Einleitung

Das Bundesgericht hielt fest, Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens habe die Frage gebildet, ob der Kaufinteressentin aus einer behaupteten Verletzung des Vorvertrags zum Abschluss eines Aktienkaufvertrags ein Schadenersatzanspruch gegen die Beklagten zustehe. Die Vorinstanz habe vorab den Standpunkt der Beklagten geprüft, ob die Parteien den Vorvertrag im Rahmen der Sitzung vom 20. 10. 2018 einvernehmlich aufgehoben haben. Strittig sei dabei die Auslegung folgender Passage in dem von den Parteien unterzeichneten Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 20. 10. 2018:[8]

> «Der ursprünglich vereinbarte Verkauf an H.B. wurde im gegenseitigen Einvernehmen storniert.»[9]

Die Beklagten machen geltend, sie hätten damit den (umstrittenen) Vorvertrag entschädigungslos auflösen wollen. Die Kaufinteressentin hält dagegen, sie habe bloss auf die Realerfüllung verzichten und sich Schadenersatz vorbehalten wollen.[10]

2. Abgabe einer Willenserklärung von H.B für die Kaufinteressentin

Die Kaufinteressentin bringe vor, sie habe mit der Unterzeichnung des Protokolls durch H.B keine Willenserklärung abgegeben, die Gegenstand einer objektiven Vertragsauslegung eines Aufhebungsvertrags bilden könne. Die gegenteilige Feststellung der Vorinstanz sei willkürlich und verletze Art. 55 Abs. 1 ZPO.[11]

Das Bundesgericht erwog, ein Vertrag – und damit auch die Änderung oder Aufhebung eines Vertrags – komme durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung zustande (Art. 1 OR,

[5] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, Sachverhalt Teil B. b.
[6] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, Sachverhalt Teil B. c.
[7] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, Sachverhalt Teil C und E. 5.
[8] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 2.
[9] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 2.
[10] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 2.
[11] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 3 Ingress.

Art. 115 OR). Eine Willensäusserung sei eine private Kundgabe eines Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. Gegenseitigkeit bedeute, dass die Vertragsannahme als Antwort auf die (an den Annehmenden adressierte) Offerte wiederum dem Offerenten gegenüber erklärt werde. Die Erklärungen müssten aufeinander bezogen sein. Es sei nach dem Vertrauensprinzip zu bestimmen, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliege. Es sei demnach zu beurteilen, ob ein bestimmtes Erklärungsverhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben als Willensäusserung verstanden werden durfte, rechtsgeschäftlich tätig zu werden und sich ihm gegenüber rechtlich zu verpflichten.[12]

H.B habe gemäss den Feststellungen der Vorinstanz zusammen mit dem restlichen Aktionariat bzw. dem Gesamtverwaltungsrat der Zielgesellschaft das Protokoll der Sitzung vom 20. 10. 2018 unterzeichnet. H.B werde im streitgegenständlichen Wortlaut des Protokolls explizit erwähnt. Gemäss Wortlaut soll eine bestimmte Wirkung auf «den ursprünglich vereinbarten Verkauf» im «gegenseitigen Einvernehmen» beabsichtigt gewesen sein. Dieser Satz sei Teil der Ziffer 3 des Protokolls mit dem Titel «Verkauf der Gesellschaft», worin Informationen über die Vereinbarung mit dem Käuferinvertreter den Verwaltungsräten zur Kenntnis gebracht werden und über die Genehmigung des Verkaufs Beschluss gefasst werde. Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr durften und mussten die Beklagten – so das Bundesgericht – die Unterzeichnung des Protokolls durch H.B so verstehen, dass er vom Inhalt des Protokolls Kenntnis hatte und mit der Unterzeichnung sein Einverständnis mit dem Inhalt des Protokolls zum Ausdruck bringen wollte. Der Inhalt des streitgegenständlichen Wortlauts des Protokolls könne auch im Zusammenhang mit dem restlichen Abschnitt des Protokolls nicht anders verstanden werden, als dass der namentlich genannte H.B seinen Willen hinsichtlich einer Rechtsfolge mit Bindungswirkung gegenüber den mitunterzeichnenden Beklagten äussern wollte und sich die Willenserklärungen aufeinander beziehen und inhaltlich übereinstimmen sollten. Entgegen der Kaufinteressentin änderten die Form als Protokoll sowie die darin überwiegend enthaltenen Verwaltungsratsbeschlüsse als gleichgerichtete Willenserklärungen daran nichts. In Anwendung des Vertrauensprinzips sei es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Unterzeichnung des Protokolls hinsichtlich der darin enthaltenen, streitgegenständlichen Erklärung als Willenserklärung qualifiziert habe.[13]

Die Kaufinteressentin wende zu Unrecht ein, ihr könne die Willenserklärung von H.B als Verwaltungsrat und Aktionär der Zielgesellschaft nicht zugerechnet werden, da er diese nicht «als Privatperson» abgegeben habe. Die Kaufinteressentin – so das Bundesgericht – lasse dabei ausser Acht, dass ihre Organe ihrem Willen Ausdruck verleihen und sie nach aussen vertreten (Art. 55 Abs. 1 ZGB, Art. 718 Abs. 1 OR). Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz sei H.B Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat der Kaufinteressentin. Zudem sei unbestritten, dass sich der Wortlaut des Protokolls auf den streitgegenständlichen Vorvertrag beziehe, aus dem die Kaufinteressentin ihre Ansprüche ableite. Die Vorbringen der Kaufinteressentin würden darauf hinauslaufen, dass H.B in seiner Funktion als Verwaltungsrat und Aktionär mit der ihn betreffenden Erklärung im Protokoll einverstanden war, nicht jedoch in seiner Funktion als Organ der Kaufinteressentin, deren Rechtsverhältnis die Erklärung aber unbestrittenermassen betraf. Die Kaufinteressentin scheine sich für die Begründung des geltend gemachten Anspruchs und den Abschluss des strittigen Vorvertrags auf die Willenserklärungen von H.B als ihr Organ zu berufen, wolle indes seine Willenserklärungen für die Aufhebung des Rechtsverhältnisses nicht gegen sich gelten lassen. Dies sei widersprüchlich und verdiene keinen Rechtsschutz. Eine solche Aufspaltung des Willens entbehre jeglicher Grundlage. Die Beklagten hätten nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass H.B hinsichtlich des Kaufs der Aktien der Zielgesellschaft mit seinen Willenserklärungen die Kaufinteressentin beim Abschluss des Vorvertrags gleichermassen binden wollte wie bei der strittigen Aufhebung des Rechtsverhältnisses.[14]

Nach dem Gesagten sei bundesrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Unterzeichnung des Protokolls durch H.B als Willenserklärung der Kaufinteressentin qualifizierte.[15]

3. Objektive Auslegung der Willenserklärung von H.B für die Kaufinteressentin

Die Kaufinteressentin beanstandete vor Bundesgericht die objektive Auslegung des Inhalts der Willenserklärungen der Vorinstanz.[16]

Das Bundesgericht erwog, im Wortlaut der auszulegenden Willenserklärung handle es sich beim Prädikat «stornieren» nicht um einen juristischen Fachbegriff, sondern gemäss Duden um einen Be-

[12] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 3.1.
[13] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 3.2.1.
[14] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 3.2.2.
[15] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 3.3.
[16] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 4 Ingress.

griff der Kaufmannssprache. Etymologisch entstamme er dem italienischen *stornare,* was «rückgängig machen» bedeute. Synonyme seien «absagen», «annullieren», «aufheben» oder «auflösen». In Verbindung mit dem Objekt des Satzes könne und müsse mit dem Prädikat nur eine aufhebende oder auflösende Rechtswirkung gemeint sein. Das Objekt «ursprünglich vereinbarter Verkauf» beziehe sich gemäss unbestrittener Feststellung der Vorinstanz auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien hinsichtlich des Verkaufs der Aktien der Zielgesellschaft an die Kaufinteressentin. Anhand des Wortlauts lasse sich das Aufhebungsobjekt jedoch nicht weiter präzisieren. Eine Differenzierung danach, ob die Rechtswirkung nur die Forderung der Kaufinteressentin auf Realerfüllung des vorvertraglich vereinbarten Verkaufs betreffen solle oder sich auf das gesamte Schuldverhältnis inklusive eines angeblichen Entschädigungsanspruchs beziehe, lasse sich dem Wortlaut nicht entnehmen. So wurde der Wortlaut namentlich weder mit einer Saldoklausel noch mit einem expliziten Vorbehalt präzisiert.[17]

Zu den Umständen, wie es zu der Abgabe der Willenserklärungen im Protokoll vom 20. 10. 2018 kam, habe die Vorinstanz Folgendes festgestellt: Die Kaufinteressentin habe versucht, vorgängig zur Unterzeichnung des Protokolls eine einvernehmliche Regelung hinsichtlich des umstrittenen Schadenersatzanspruchs zu finden, und habe ein konkretes Angebot über CHF 1,2 Mio. abgegeben. Dieses hätten die Beklagten mit Empörung abgelehnt. Auf Wunsch der Kaufinteressentin sei es zu einer Diskussion unter den Teilnehmern der Sitzung gekommen, ob der Wortlaut des Protokolls anzupassen oder so zu unterzeichnen sei. Die Kaufinteressentin habe darauf gedrängt, den Wortlaut anzupassen, und habe explizit erwähnt, dass der Vorvertrag nicht einvernehmlich storniert werde. G.B habe erwähnt, dass mit der Verweigerung der Unterschrift H.B bzw. die Kaufinteressentin den Verkauf an den Käuferinvertreter zu Fall bringen könnte. Die Kaufinteressentin habe daraufhin ihren Widerstand aufgegeben, weil sie durch die verweigerte Unterschrift den Verkauf an den Käuferinvertreter nicht habe gefährden wollen. Anschliessend habe die Kaufinteressentin ohne weitere Änderungswünsche am Wortlaut sowie bedingungslos das Protokoll unterzeichnet.[18]

Gemäss der Auslegung der Vorinstanz konnten und mussten die Beklagten das Verhalten der Kaufinteressentin anlässlich der Sitzung vom 20. 10. 2018 nur so verstehen, dass sie zunächst versuchte, die Beklagten zu einer Zahlung zu bewegen und daher auch den Protokollwortlaut anpassen lassen wollte. Die Kaufinteressentin habe diesen Versuch angesichts des grossen Widerstands seitens der Beklagten dann aber aufgegeben und habe sich dem Willen zur Aufhebung des Vorvertrags angeschlossen, damit das vorteilhafte Geschäft mit dem Käuferinvertreter abgeschlossen werden könne. Aus den Umständen seien – so das Bundesgericht – keine Hinweise ersichtlich, weshalb die Beklagten die Willenserklärungen einzig auf die Realerfüllung, nicht aber auf einen Schadenersatzanspruch hätten beziehen sollen. Sie hätten nur dann nicht von einer vollständigen Aufhebung des Vorvertrags ausgehen dürfen, wenn die Kaufinteressentin auf der Schadenersatzforderung beharrt, einen entsprechenden Vorbehalt im Protokoll durchgesetzt oder den vorliegenden Wortlaut nicht unterzeichnet hätte. Die Kaufinteressentin sei vor die Wahl gestellt worden, entweder auf dem Vorvertrag zu beharren oder diesen aufzugeben und damit den Verkauf an den Käuferinvertreter zu fördern. Die vorbehaltlose Unterzeichnung des Protokolls könne nach Treu und Glauben nur als Entscheid für die zweite Option verstanden werden. Damit sei zwischen den Parteien ein normativer Konsens darüber gebildet worden, den umstrittenen Vorvertrag entschädigungslos aufzuheben.[19]

Das Bundesgericht hielt fest, diese überzeugende Auslegung vermöge die Kaufinteressentin nicht umzustossen.[20] Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz sei unbestritten, dass der Gegenstand der Verhandlungen sowie der Regelungszweck der Unterzeichnung des Protokolls darin bestanden habe, den Verkauf der Aktien an den Käuferinvertreter zum Vorteil aller Aktionäre zu ermöglichen. In der Verhandlung sei den Parteien bekannt gewesen, dass die Zustimmung zum Verkauf an den Käuferinvertreter im Widerspruch zum Vorvertrag mit H.B bzw. der Kaufinteressentin stehe, und Letztere aus dieser «antizipierten Vertragsverletzung» einen Anspruch zu ihren Gunsten ableite. Die Beklagten hätten einen solchen Entschädigungsanspruch aber entschieden abgelehnt und hätten gedroht, ansonsten den Vertrag mit dem Käuferinvertreter durch Verweigerung ihrer Zustimmung zu Fall zu bringen. Angesichts dieser festgestellten Umstände zur Sitzung vom 20. 10. 2018 könne – so das Bundesgericht – dem Standpunkt der Kaufinteressentin nicht gefolgt werden. Im Gegenteil: Eine Unterteilung der Zustimmung im «Aussenverhältnis», die gleichzeitig die Verletzung des Vorvertrags ihr gegenüber im vorvertraglichen «Innenverhältnis» und damit ei-

[17] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 4.2.
[18] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 4.3.1.
[19] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 4.3.2.
[20] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 4.4.1.

nen Entschädigungsanspruch begründen solle, würde mit dem festgestellten Ablauf der Verhandlungen direkt kontrastieren. Dass die Kaufinteressentin trotz der vehementen Ablehnung einer Entschädigung durch die Beklagten der «Stornierung» des Vorvertrags vorbehaltlos zustimmte, konnte und durfte nicht anders verstanden werden, als dass sie von ihrem vormals geltend gemachten Entschädigungsanspruch aus dem Vorvertrag Abstand genommen hatte. Diese Auslegung der Vorinstanz nach dem Vertrauensprinzip halte der bundesgerichtlichen Überprüfung stand.[21]

III. Bemerkungen

1. Einleitung

Das referierte Urteil enthält wichtige, praxisrelevante Ausführungen zur Frage, ob in einem Protokoll eines aktienrechtlichen Organs Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags im Sinne von Art. 1 OR[22] enthalten sein können (Kapitel III.4) und reiht sich in eine Serie von seit 2011 diesbezüglich ergangenen Bundesgerichtsurteilen ein (Kapitel III.3). Diese Ausführungen sind nicht nur für die Vertragspraxis, sondern insbesondere auch für die M&A-Praxis bedeutsam. Im Rahmen der *Legal Due Diligence*[23] wird nämlich jeweils unter anderem geprüft, ob mit Bezug auf die zu verkaufenden Aktien die lückenlose Eigentumskette *(Chain of Title)* erstellt ist.[24] Aktienübertragungen erfolgen in der Praxis häufig nicht *lege artis.* Deswegen wird in der Praxis unter Berufung auf ein 2016 ergangenes Bundesgerichtsurteil[25] oft in Verwaltungsrats- und Generalversammlungsprotokollen nach Zessionen «gesucht».[26] Die Autoren würdigen das vorliegende Urteil kritisch (Kapitel III.5), bringen zum Einstieg jedoch einige Hinweise zum unklaren Sachverhalt an, die für die Urteilsbesprechung relevant sind (Kapitel III.2). Den Abschluss dieser Urteilsbesprechung bildet ein kurzes Fazit (Kapitel III.6).

2. Unklarer Sachverhalt

Der Sachverhalt ist bezüglich zweier wichtiger Punkte unklar: Wer ist Partei des streitgegenständlichen Vorvertrags, und an was für einer Sitzung wurde der Aufhebungsvertrag geschlossen?

a) Wer ist Partei des Vorvertrags zum Abschluss eines Aktienkaufvertrags?

Das referierte Urteil drehte sich im Kern um die Frage, ob die Parteien des Vorvertrags zum Abschluss eines Aktienkaufvertrags betreffend die Aktien der Zielgesellschaft diesen Vorvertrag entschädigungslos aufgehoben hatten (vgl. E. 2). Dabei geht das Bundesgericht davon aus, dass die Beklagten einerseits und die Kaufinteressentin andererseits Partei dieses Vorvertrags sind und dieser am 29. 7. 2018 gültig geschlossen wurde.[27]

Allerdings unterbreitete gemäss dem im bundesgerichtlichen[28] und vorinstanzlichen[29] Urteil wiedergegebenen Sachverhalt H.B den Beklagten das Angebot, die Aktien der Zielgesellschaft zu kaufen. Bereits hier zeigt sich ein erstes Mal die Grundproblematik des Falls: Die involvierten Personen und offenbar auch die mit der Sache befassten Gerichte scheinen zu wenig genau zu unterscheiden, in welcher Funktion H.B die Willenserklärungen abgab. Diese Urteilsbesprechung geht davon aus, dass H.B das Angebot zum Abschluss des streitgegenständlichen Vorvertrags im Namen der Kaufinteressentin abgab und nicht in seinem eigenen Namen als Privatperson. Andernfalls hätte der Kaufinteressentin die Aktivlegitimation abgesprochen und die Klage abgewiesen werden müssen.[30]

[21] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, E. 4.4.2.

[22] Siehe dazu im Allgemeinen z. B. Ariane Morin, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 1 N 7 ff. (zit. CR CO I-Autor); Corinne Zellweger-Gutknecht, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 1 N 10 ff. (zit. BSK OR I-Autor).

[23] Siehe zu diesem Begriff z. B. Gian-Andrea Caprez/Peter Kühn, in: Florian S. Jörg/Urs P. Gnos/Lorenzo Olgiati (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Mergers & Acquisitions, Basel 2022, Rz. 6.1 f.; Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 62 und 64; Simon Meyer, Vendor Due Diligence beim Unternehmensverkauf, Diss. Zürich 2012 = SSHW Band 313, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 72.

[24] Markus Vischer, Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, AJP 2019, S. 294 ff.; Samuel Lieberherr/Markus Vischer, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, S. 293 ff.; Oliver Blum, Rechtsmängel bei der Übertragung von Aktien, AJP 2007, S. 694 ff.

[25] Siehe dazu Kapitel III.3b.

[26] Lieberherr/Vischer (Fn. 24), S. 295.

[27] Sonst hätte das Bundesgericht sich gar nicht erst mit der Frage beschäftigen müssen, ob der Vorvertrag entschädigungslos aufgehoben wurde (vgl. auch OGer AG ZOR.2023.28 vom 11. 12. 2023, E. 3.1.1 und 3.5, siehe aber E. 3.5.3).

[28] BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, Sachverhalt Teil A.b: «Im Anschluss daran unterbreitete H. B. den Anwesenden das Angebot, die Aktien zum gleichen Preis selbst zu kaufen.»; siehe auch die in E. 2 wiedergegebene streitgegenständliche Protokollpassage.

[29] OGer AG ZOR.2023.28 vom 11. 12. 2023, E. 3.1.1: «Im Anschluss daran unterbreitete O. [d. h. H.B] den Anwesenden das Angebot, die Aktien zum gleichen Preis selber zu kaufen.»

[30] Gl. M. die Erstinstanz, vgl. OGer AG ZOR.2023.28 vom 11. 12. 2023, E. 3.1.2 *in initio:* «Die Vorinstanz bejahte die Aktivlegitimation der Klägerin, da das Verhalten von O. [d. h. H.B] zu Vertretungswirkungen bei der Klägerin geführt habe […]. Zudem sei vom gültigen Abschluss eines Vorvertrags zu einem Aktienkaufvertrag auszugehen.»; offenbar a. M. und widersprüchlich OGer AG ZOR.2023.28 vom 11. 12. 2023, E. 3.5.3: «Somit bleibt festzuhalten, dass die Parteien [d. h. die Beklagten und die Kaufinteressentin] am 20. Oktober 2018 einen normativen Konsens darüber gebildet haben, den umstrittenen Vorvertrag entschädigungslos aufzuheben. Vor diesem Hintergrund ist auf die weiteren Rügen der Beklagten und die weiteren Erwägungen der Vorinstanz [d. h. der Erstinstanz] nicht einzugehen. Es kann daher offengelassen werden, ob die Aktivlegitimation der Klägerin [d. h. der Kaufinteressentin] zu bejahen ist […].»

b) An was für einer Sitzung wurde der Aufhebungsvertrag geschlossen?

Laut Sachverhalt Teil A.b wurde der Aufhebungsvertrag an einer «Sitzung der Aktionäre» der Zielgesellschaft geschlossen. Gemäss E. 2 gilt die fragliche Sitzung aber als Verwaltungsratssitzung und das Protokoll entsprechend als Protokoll der Verwaltungsratssitzung. Auch aus E. 3.2.1 geht klar hervor, dass die Sitzung vom 20. 10. 2018 eine Verwaltungsratssitzung war. Daran ändert der Umstand nichts, dass an der Verwaltungsratssitzung alle Aktionäre (ob Verwaltungsratsmitglieder oder nicht)[31] teilnahmen. Entsprechend wird trotz des unklaren Sachverhaltsteils A.b davon ausgegangen, dass die Parteien den Aufhebungsvertrag an einer Verwaltungsratssitzung schlossen.

3. Bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags in Protokollen

a) BGer 4A_404/2011 vom 7. 11. 2011

2011 hielt das Bundesgericht in allgemeiner Weise fest, dass Generalversammlungsprotokolle keine an Dritte gerichtete Willenserklärungen enthalten:

«Le procès-verbal de l'assemblée générale de la société anonyme est le document écrit qui relate principalement les décisions prises par cet organe et le résultat des élections […]. Ce titre n'a ainsi rien à voir avec une convention des parties, dont le juge, le cas échéant, doit s'efforcer de dégager le sens à la lumière des déclarations et comportements émanant de celles-ci.»[32]

b) BGer 4A_248/2015 vom 15. 1. 2016

2016 vollzog das Bundesgericht eine Kehrtwende und entschied, dass Willenserklärungen (*in casu* Zessionserklärung) auch in Generalversammlungsprotokollen enthalten sein können:

«Des procès-verbaux précités, il ressort sans ambiguïté aucune que l'intimée est actionnaire de la société, qu'elle détient une part du capital-actions. A la lecture des procès-verbaux, un tiers ne saurait avoir de doute à ce sujet. Les procès-verbaux satisfont donc aux exigences de sécurité juridique que la forme écrite doit assurer. *La volonté du mari de céder une part du capital-actions à l'intimée, son épouse, n'est pas expressément manifestée. Mais elle découle implicitement des procès-verbaux.* Dès lors que le mari, actionnaire unique ou nettement majoritaire, signe, serait-ce comme membre du conseil d'administration, un procès-verbal de l'assemblée générale dans lequel il déclare que son épouse détient une partie du capital-actions, son intention de céder ainsi une partie du capital-actions qu'il détient jusqu'alors est manifeste. On ne discerne d'ailleurs pas quelle autre intention il aurait pu vouloir poursuivre par cette déclaration, et la recourante n'en dit mot. Les exigences de forme pour une cession d'actions non incorporées dans un papier-valeur ont été respectées.»[33]

c) BGer 4A_265/2018 vom 3. 9. 2018

Nur zweieinhalb Jahre später, d. h. 2018, präzisierte bzw. verschärfte das Bundesgericht unter Berufung auf sein 2011er-Urteil seine Praxis zu Willenserklärungen (*in casu* Antrag zur Änderung eines Projektvertrags) in Generalversammlungsprotokollen und nahm wohl eine Mittelposition zwischen seinem 2011er-Urteil und dem 2016er-Urteil ein. Die Mittelposition dürfte darin zu erblicken sein, dass der Antragssteller und der Antragsempfänger an der Generalversammlung anwesend oder vertreten sein müssen, damit die Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags übereinstimmend und gegenseitig sind und die Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags somit überhaupt ausgetauscht werden können. Interessanterweise war diese Voraussetzung im 2016er-Urteil erfüllt, da der Ehemann (Zedent) und die Ehefrau (Zessionarin) an der Generalversammlung anwesend waren. Diesen Umstand bzw. das 2016er-Urteil erwähnt das Bundesgericht aber mit keinem Wort in seinem 2018er-Urteil. Vielmehr zitiert das Bundesgericht lediglich das 2011er-Urteil, um infrage zu stellen, ob Generalversammlungsprotokolle überhaupt Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags enthalten können:

«Ein Vertrag – und damit auch die Änderung eines Vertrages – kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung zustande (Art. 1 OR). Ist der Vertrag formbedürftig, müssen auch die schriftlichen Erklärungen gegenseitig sein. Gegenseitigkeit bedeutet, dass die Vertragsannahme als Antwort auf die (an den Annehmenden adressierte) Offerte wiederum an den Offerenten gegenüber erklärt wird. Die Erklärungen müssen aufeinander bezogen sein […]. […] Der Präsident des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin hat das Protokoll der Generalversammlung zwar unterzeichnet. Dieses Protokoll ist ein Beschlussprotokoll, welches die Anträge und Ergebnisse (Stimmenverhältnis und Feststellung des Ergebnisses durch den Vorsitzenden) der Abstimmungen und Wahlen gemäss Art. 702 Abs. 2 OR wiedergibt […]. *Als solches hat es nichts zu tun mit einem Vertrag bzw. entsprechenden Willensäusserungen, die der Richter entsprechend den Umständen auszulegen hätte* (zit. Urteil 4A_404/2011 E. 4.2). Ob das GV-Protokoll überhaupt unterzeichnet werden muss, ist in der Lehre strittig […].

[31] Es ist davon auszugehen, dass mindestens ein Teil der Aktionäre (z. B. H. B) auch Verwaltungsratsmitglieder der Zielgesellschaft waren.

[32] BGer 4A_404/2011 vom 7. 11. 2011, E. 4.2.

[33] BGer 4A_248/2015 vom 15. 1. 2016, E. 4.3 (Hervorhebungen durch die Autoren dieser Urteilsbesprechung hinzugefügt); siehe dazu die Urteilsbesprechung von Alexandre Both, Conditions de validité du transfert d'actions par cession en la forme d'un procès-verbal, GesKR 2016, S. 242 ff.

Jedenfalls kann aus einer Unterzeichnung durch den Verwaltungsratspräsidenten keine – noch zu interpretierende – Willensäusserung an die Adresse einer nicht anwesenden juristischen Person (der Beschwerdegegnerin) abgeleitet werden.»[34]

d) BGer 6B_85/2021 vom 26. 11. 2021

2021 erging das bisher vorletzte Urteil zur hier interessierenden Thematik.[35] In seinem Strafurteil 6B_85/2021[36] bestätigte das Bundesgericht unter Berufung auf sein 2016er-Urteil,[37] ohne sich aber mit seinem 2011er-Urteil und 2018er-Urteil auseinanderzusetzen, dass in Generalversammlungsprotokollen Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags (*in casu* Zessionserklärung) enthalten sein können. Es liesse sich argumentieren, dass im 2021er-Urteil auch die Voraussetzungen des 2018er-Urteils erfüllt waren. Denn an der Generalversammlung waren der Zedent und der Zessionar anwesend, womit das Erfordernis der gegenseitigen Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags erfüllt war.[38] Anders als im 2016er-Urteil unterzeichnete im 2021er-Urteil aber nur der Zedent (d. h. der Beschuldigte) und nicht auch der Zessionar das Generalversammlungsprotokoll:

«In Bezug auf die Erklärung vom 15. März 1998 nimmt die Vorinstanz zu Recht an, der Beschwerdeführer [d. h. der Beschuldigte] habe darin zum Ausdruck gebracht, dass die Übertragung der Aktien auf G. erfolgt sei und dessen Stellung als Aktionär in Bezug auf die Aktienkapitalherabsetzung bestätigt worden sei […]. Jedenfalls ist dieser Schluss nicht schlechterdings unhaltbar. Dasselbe gilt in Bezug auf das sowohl vom Beschwerdeführer [d. h. vom Beschuldigten] als auch von H. als Protokollführer unterzeichneten Protokoll der Generalversammlung vom 10. August 1998, in welchem als anwesender Aktionär auch G. aufgeführt wird […]. *Dass keine schriftliche Zessionserklärung vorliegt, schadet entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers […] nichts. Denn wie die Vorinstanz zu Recht erwägt, kann das Protokoll einer Generalversammlung einer Aktiengesellschaft nach der Rechtsprechung das Schriftformerfordernis für die Zession von Aktien erfüllen, wenn der Übertragungswille des Zedenten zumindest implizit daraus hervorgeht* (Urteil 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016 E. 4 […]). Das ist hier offensichtlich der Fall. G. ist denn nach den tatsächlichen Feststellungen auch während Jahren von der B. AG sowie vom Beschwerdeführer [d. h. vom Beschuldigten] uneingeschränkt als Aktionär anerkannt worden […]. Dass er sich nicht gegen die Aberkennung der Eigentümerstellung durch die Generalversammlung der B. AG vom 25. Oktober 2012 gewehrt hat, ändert hieran nichts […].»[39]

4. Kernaussagen des besprochenen Bundesgerichtsurteils

Das Bundesgericht bestätigt im vorliegenden Urteil in allgemeiner Weise, dass in Protokollen aktienrechtlicher Organe Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags enthalten sein können (vgl. E. 3.2.1 und 3.3). In früheren, die gleiche Ansicht vertretenden Urteilen erwähnte das Bundesgericht stets nur Abtretungserklärungen.[40] Es weitet mit diesem Urteil seine bisherige diesbezügliche Rechtsprechung zu Generalversammlungsprotokollen ausdrücklich auf Verwaltungsratsprotokolle aus, ohne aber seine früheren Urteile zu zitieren. Das Bundesgericht scheint sich damit nun endgültig dafür entschieden zu haben, dass in Protokollen aktienrechtlicher Organe Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags enthalten sein können, und scheint seine diesbezügliche Slalomfahrt beendet zu haben.[41] Das Urteil dürfte auch Geltung für die Protokolle von Organen anderer juristischer Personen (vor allem der GmbH) beanspruchen. Auf diese Rechtsprechung bzw. unsere Kritik wird zurückzukommen sein (vgl. Kapitel III.5.c).

5. Würdigung des referierten Urteils

a) Kritik an der subjektiv-objektiven Auslegung von Willenserklärungen

Das Bundesgericht hielt erneut in allgemeiner Weise fest, Verträge seien subjektiv-objektiv auszulegen (vgl. E. 4.1).[42] Bei der Lektüre des besprochenen Urteils gewinnt man allerdings den Eindruck, dass das Bundesgericht das Protokoll direkt objektiv ausgelegt hat, ohne festzuhalten, dass die subjektive Auslegung gescheitert sei (vgl. E. 4.2 und 4.3). Dieser Eindruck ist falsch. Die Erstinstanz

[34] BGer 4A_265/2018 vom 3. 9. 2018, E. 2.2.3 (Hervorhebungen durch die Autoren dieser Urteilsbesprechung hinzugefügt); siehe dazu die Urteilsbesprechung von Michael Kündig/Dario Galli/Markus Vischer, Willenserklärungen in GV- und VR-Protokollen, dRSK vom 15. 8. 2019.

[35] Im Parallelurteil 6B_1208/2020 vom 26. 11. 2021 bestätigte das Bundesgericht in E. 7.3.2 ebenfalls seine in BGer 4A_248/2015 vom 15. 1. 2016, E. 4.3 begründete Rechtsprechung, ohne sich aber mit seinem 2011er-Urteil und 2018er-Urteil auseinanderzusetzen.

[36] Siehe dazu die Urteilsbesprechung von Michael Kündig/Dario Galli/Markus Vischer, Nochmals zu Zessionserklärungen in GV-Protokollen, dRSK vom 29. 9. 2022.

[37] Das Bundesgericht erwähnt in E. 14.4.2 lediglich BGer 4A_248/2015 vom 15. 1. 2016 und seine darin begründete Rechtsprechung, äussert sich aber nicht inhaltlich dazu.

[38] Kündig/Galli/Vischer (Fn. 36), Rz. 21.

[39] BGer 6B_85/2021 vom 26. 11. 2021, E. 14.4.2 (Hervorhebungen durch die Autoren dieser Urteilsbesprechung hinzugefügt).

[40] BGer 6B_85/2021 vom 26. 11. 2021, E. 14.4.2; BGer 4A_248/2015 vom 15. 1. 2016, E. 4.3.

[41] BGer 4A_265/2018 vom 3. 9. 2018, E. 2.2.3; BGer 4A_404/2011 vom 7. 11. 2011, E. 4.2.

[42] Unter subjektiver Auslegung wird die Ermittlung des wirklichen Parteiwillens mittels empirischer Auslegung (= Rekonstruktion des Parteiwillens) verstanden, während mit objektiver Auslegung (auch objektivierte oder objektivierende Auslegung genannt) die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens aufgrund des Vertrauensprinzips (= Konstruktion des Parteiwillens) gemeint ist (z. B. Markus Vischer/Dario Galli, Schadensberechnung beim Unternehmenskauf, SZW 2023, S. 256 ff., S. 263).

konnte laut vorinstanzlichem Urteil keinen tatsächlichen Willen feststellen, weshalb die Vorinstanzen das Protokoll objektiv ausgelegt haben.[43] Damit ist das Vorgehen des Bundesgerichts zwar gemäss bundesgerichtlicher Auslegungsmethodik korrekt. Dies ändert aber nichts daran, dass die subjektiv-objektive Auslegung zugunsten einer reinen objektiven Auslegung aufgegeben werden sollte.[44]

b) Kritik an der künstlichen Trennung zwischen Urheber und Inhalt der Willenserklärung

Das Bundesgericht untersuchte zuerst, wer Urheber der streitgegenständlichen Willenserklärung war (vgl. E. 3). Erst in einem zweiten Schritt nach Beantwortung der Urheberschaft der Willenserklärung stellte das Bundesgericht den Inhalt dieser Willenserklärung fest (vgl. E. 4). Dieses Vorgehen ist dogmatisch falsch. Der Urheber und der Inhalt einer Willenserklärung können – wie z. B. auch der Bestand und Inhalt eines Vertrags[45] oder der Bestand einer Täuschung und die Täuschungsintensität[46] – aus logischen Gründen nicht getrennt beurteilt werden. Die Frage, wer eine Willenserklärung abgegeben hat, lässt sich nur beantworten, wenn gleichzeitig geklärt wird, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliegt und, falls ja, was denn ihr Inhalt ist.[47] Isoliert kann diese Frage nicht geklärt werden, was auch im referierten Urteil zum Ausdruck kommt. So hält das Bundesgericht in E. 3 Ingress fest, dass strittig sei, ob die Kaufinteressentin eine Willenserklärung abgegeben habe, die Gegenstand einer objektiven Vertragsauslegung eines Aufhebungsvertrags bilden könne.

c) Kritik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags in Protokollen

Die Lehre hat sich bislang nur stiefmütterlich mit dem praxisrelevanten Thema beschäftigt, ob in Protokollen Willenserklärungen enthalten sein können. Die wenigen Stellungnahmen betreffen primär die Frage, ob ein Verwaltungsratsprotokoll als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG gelten kann.[48] Während sich Wernli[49] und Krneta[50] dafür aussprechen, dass Verwaltungsratsprotokolle ausnahmsweise den Charakter einer solchen Schuldanerkennung haben können, lehnen Böckli[51] und Müller[52] dies ab und halten in allgemeiner Weise fest, dass Verwaltungsratsprotokolle keine Willenserklärungen im Verhältnis zu Dritten enthalten. Auch Bühler[53] vertritt die Auffassung, dass ein Verwaltungsratsprotokoll keine Willenserklärungen gegenüber Dritten enthält. Dieser Ansicht ist auch Wydler, demzufolge Protokolle «in keinem Fall rechtsgeschäftliche Willenserklärungen» verkörpern.[54] Both äusserte im Rahmen der Besprechung des 2016er-Urteils des Bundesgerichts Bedenken, ob die infrage stehenden Generalversammlungsprotokolle Zessionserklärungen enthalten können, weil für einen unbeteiligten Dritten nicht klar sei, welche Aktien übertragen wurden.[55] Peter/Birchler halten unter Berufung auf das 2011er-Urteil fest, dass Generalversammlungsprotokolle nicht als Verträge gelten.[56] Auch kantonale Urteile zum hier interessierenden Thema sind nur spärlich vorhanden. So entschied z. B. das Zürcher Obergericht 2014, dass in einem Generalversammlungsprotokoll keine Willenserklärungen enthalten seien, und verneinte entsprechend, dass Generalversammlungsprotokolle als provisorische Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG gelten können.[57] Demgegenüber bejahte das Zuger Obergericht 2023 unter Berufung auf das 2016er-Urteil des Bundesgerichts,

[43] OGer AG ZOR.2023.28 vom 11. 12. 2023, E. 3.5.2.1.

[44] Gl. M. Andrea Haefeli/Dario Galli/Markus Vischer, § 1 Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Basel 2020, Rz. 29 m. w. H.; Christoph Müller, Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 70 ff.; Bernhard Stehle, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, S. 257 ff.; Heinrich Honsell, Willenstheorie oder Erklärungstheorie?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 335 ff.

[45] Gl. M. Markus Vischer, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Diss. Zürich 1986 = ZStP Band 52, Zürich 1986, S. 43; Walther Burckhardt, Methode und System des Rechts, Nachdruck Zürich 1971, S. 113 f.

[46] Gl. M. Markus Vischer/Dario Galli, Entscheidbesprechungen. BGer 4A_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393 ff., S. 1403.

[47] Wohl gl. M. BGer 4A_336/2023 vom 12. 7. 2024, E. 5.1; BGer 4A_180/2022 vom 5. 7. 2022, E. 4.2; BGer 4A_177/2021 vom 6. 9. 2021, E. 3.2; BGer 4A_379/2018 vom 3. 4. 2019, E. 3.1; BGer 4A_155/2017 vom 12. 10. 2017, E. 2.3; BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632.

[48] Siehe zur Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG im Allgemeinen z. B. Daniel Staehelin, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 82 N 12 ff.

[49] Martin Wernli, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024, Art. 713 N 27 (zit. BSK OR II-Autor).

[50] Georg Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 854.

[51] Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 9 Rz. 207.

[52] Roland Müller, Protokollführung und Protokollauswertung bei Sitzungen und Versammlungen, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, S. 7 f.

[53] Christoph B. Bühler, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl, Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 713 OR N 29.

[54] Theodor Wydler, Die Protokollführung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1956, S. 23.

[55] Both (Fn. 33), S. 245: «Les procès-verbaux sont donc peu clairs quant à l'actionnariat effectif de la société A. SA et ne donnent aucune indication précise sur les actions transférées. Or, comme indiqué ci-dessus, les principes liés à la forme écrite exigent qu'un tiers puisse individualiser avec certitude le nouveau créancier et la créance cédée. A la lecture de l'arrêt, il est peu vraisemblable que les procès-verbaux répondent à cette exigence.»

[56] Henry Peter/Francesca Birchler, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Damiano Canapa (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 3. Aufl., Basel 2024, Art. 702 N 27a (zit. CR CO II-Autor).

[57] OGer ZH RT140130 vom 8. 10. 2014, E. 5.3.

dass in Generalversammlungsprotokollen Willenserklärungen (genauer: Zessionserklärungen) enthalten sein können, obwohl es im konkreten Fall das Vorliegen einer rechtsgültigen Zession verneinte.[58]

Das referierte Urteil ist zu begrüssen, da es teilweise Rechtssicherheit schafft. Denn nach Fällung seines 2018er-Urteils war unklar, ob und, falls ja, unter welchen Voraussetzungen noch Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags in Protokollen erblickt werden können.[59] Die vom Bundesgericht nun im Grundsatz bestätigte Rechtsprechung überzeugt jedoch nicht vollends. Nach der hier vertretenen Ansicht können in Protokollen aktienrechtlicher Organe nur dann Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags enthalten sein, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss genügend klar aus dem Protokoll hervorgehen, dass die fraglichen Personen als Privatperson oder als Organmitglied einer anderen juristischen Person handeln und nicht als Mitglied (d. h. als Verwaltungsratsmitglied oder als Aktionär) oder Hilfsperson (Protokollführer, Vorsitzender usw.) dieses Organs.[60] Zweitens können Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags – wie das Bundesgericht bereits in seinem 2018er-Urteil zu Recht festhielt – nur dann in einem Protokoll erblickt werden, wenn sie gegenseitig sind.[61]

Unklar ist jedoch, welches die Voraussetzungen sind, damit das Bundesgericht *«gegenseitige Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags»* annimt. In seinem 2018er-Urteil verlangte es ausdrücklich, dass beide Vertragsparteien an der fraglichen Versammlung anwesend sind. Nach der Lektüre des besprochenen Urteils ist unklar, ob das Bundesgericht dies immer noch als Voraussetzung betrachtet (vgl. E. 3.2.1). So scheint es im referierten Urteil (vgl. E. 3.2.1) das Erfordernis von «gegenseitigen Willenserklärungen» zu bejahen, wenn beide Vertragsparteien das Protokoll unterzeichnen. Allerdings zitierte das Bundesgericht im vorliegenden Urteil sein (bereits genanntes) 2018er-Urteil, um das Erfordernis der Gegenseitigkeit der Willenserklärungen zu belegen. In diesem 2018er-Urteil setzte das Bundesgericht in E. 2.3.3 – wie erwähnt – ausdrücklich die Anwesenheit der Vertragsparteien an der Generalversammlung voraus. Dies spricht dafür, dass laut Bundesgericht das Kriterium der Gegenseitigkeit erfüllt ist, wenn alle Vertragsparteien an der Versammlung anwesend oder vertreten waren *und* das Protokoll unterzeichnet haben.

Dieses bundesgerichtliche Erfordernis, wonach die Vertragsparteien das Protokoll auch bei formfrei abschliessbaren Verträgen (wie dem infrage stehenden Aufhebungsvertrag)[62] unterzeichnen müssen, ist dogmatisch nicht haltbar. Es leuchtet nicht ein, wieso formfrei abschliessbare Verträge im Rahmen einer Generalversammlung oder einer Verwaltungsratssitzung nicht wie anderswo[63] (z. B. bei einem «regulären» Treffen oder am Telefon) formfrei durch Austausch von Offerte und Akzept geschlossen werden können,[64] zumal gemäss aktienrechtlichen Vorschriften beide Protokolle nur durch den Vorsitzenden und den Protokollführer unterzeichnet werden müssen (Art. 702 Abs. 3 OR, Art. 713 Abs. 3 OR).[65] Nach dogmatisch richtiger Ansicht ist das Erfordernis der (beidseitigen oder einseitigen) Unterzeichnung des Protokolls nur dann gerechtfertigt, wenn der Vertrag (gesetzlichen oder gewillkürten) Formvorschriften (wie z. B. der Zessionsvertrag[66]) unterliegt. Bei gewissen formbedürftigen Verträgen, z. B. dem Zessionsvertrag, könnte man sich allenfalls auf den Standpunkt stellen, dass es in Analogie zum Grundsatz der «halben Schriftlichkeit»[67] ausreicht, wenn bloss eine Partei (z. B. die verfügende Partei beim Zessionsvertrag) das Protokoll unterzeichnet.[68]

Vorliegend waren alle Parteien des Vorvertrags (und Aufhebungsvertrags) an der Verwaltungsratssitzung anwesend und unterzeichneten das Verwaltungsratsprotokoll, obwohl dies gemäss aktienrechtlichen Vorschriften (Art. 713 Abs. 3 OR)

[58] OGer ZG Z2 2023 67 vom 14. 12. 2023, E. 5, 7.2.2 und 7.2.3.
[59] KÜNDIG/GALLI/VISCHER (Fn. 34), Rz. 23.
[60] Vgl. KÜNDIG/GALLI/VISCHER (Fn. 36), Rz. 22.
[61] KÜNDIG/GALLI/VISCHER (Fn. 34), Rz. 23; wohl im Ergebnis gl. M. im Allgemeinen BÖCKLI (Fn. 51), § 9 Rz. 207 (Anm. 497).

[62] Siehe zur grundsätzlichen Formfreiheit des Aufhebungsvertrags z. B. LAURENT KILLIAS/MATTHIAS WIGET, in: Yeşim M. Atamer/Andreas Furrer (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 115 N 8 f.; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 22), Art. 12 N 6; BSK OR I-LOACKER (Fn. 22), Art. 115 N 2, 17 und 20; siehe auch BK-MÜLLER (Fn. 44), Art. 12 OR N 32 ff.
[63] Kein Argument für das strenge Doppelkriterium «Abgabe Willenserklärung und Unterzeichnung Protokoll» ist Art. 241 Abs. 1 ZPO, wonach der Abschluss eines gerichtlichen Vergleichsvertrags die Abgabe der Willenserklärung zu Protokoll und die Unterzeichnung des Protokolls voraussetzt. Es handelt sich hierbei um eine vom Zivilprozessrecht aufgestellte *lex specialis,* die in Abweichung vom Privatrecht die Einhaltung einer Formvorschrift erfordert (siehe dazu MARKUS KRIECH, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 241 N 9 f.; PASCAL LEUMANN LIEBSTER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 241 N 7).
[64] Siehe zur grundsätzlichen Formfreiheit von Offertstellung und Akzepterklärung z. B. CR CO I-MORIN (Fn. 22), Art. 1 N 78; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT (Fn. 22), Art. 3 N 9; siehe ferner BGer 4A_265/2018 vom 3. 9. 2018, E. 2.2.3 *in initio.*
[65] Im Ergebnis gl. M. BGer 4A_265/2018 vom 3. 9. 2018, E. 2.1.2.
[66] Art. 165 Abs. 1 OR; siehe dazu im Allgemeinen z. B. CR CO I-PROBST (Fn. 22), Art. 165 N 1 f.; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (Fn. 22), Art. 165 N 2 f.; LETIZIA SCHLEGEL/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Irrtümliche Bezeichnung des Schuldners in der Abtretungsurkunde, dRSK vom 18. 3. 2019, Rz. 20 ff.
[67] Darunter wird eine mündliche Vereinbarung mit schriftlicher Bestätigung verstanden (z. B. BERNHARD BERGER, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel/Christiana Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 3. Aufl., Basel 2024, Art. 23 N 48).
[68] So bereits KÜNDIG/GALLI/VISCHER (Fn. 34), Rz. 24.

nicht notwendig gewesen wäre. Folglich war das strenge Doppelkriterium erfüllt. Allerdings hätte das Protokoll – soweit ersichtlich – nach der hier vertretenen Auffassung keiner Unterzeichnung durch alle Parteien bedurft, da ein Aufhebungsvertrag grundsätzlich formfrei geschlossen werden kann. Aufgrund des Sachverhalts ist jedoch unklar, ob das Bundesgericht das Unterzeichnungserfordernis aufgrund einer gewillkürten Formvorschrift im Vorvertrag aufstellte. Der Abschluss des Vorvertrags im Rahmen einer anderen Sitzung (einer «Aktionärssitzung») spricht allerdings gegen die Vereinbarung einer solchen Formvorschrift.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags nach der hier vertretenen Auffassung nur dann in Protokollen aktienrechtlicher Organe erblickt werden können, wenn (i) sie übereinstimmend und gegenseitig sind, d. h. die Parteien an der fraglichen Versammlung anwesend oder vertreten waren, (ii) alle objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte im Protokoll wiedergegeben werden[69] (sofern der abzuschliessende Vertrag Formvorschriften untersteht; falls nicht, kommt dem Protokoll lediglich Beweisfunktion zu) und (iii) genügend klar aus dem Protokoll hervorgeht, dass die fraglichen Personen als Privatperson oder als Organmitglied einer anderen juristischen Person handeln und nicht als Mitglied (d. h. als Verwaltungsratsmitglied oder als Aktionär) oder Hilfsperson (Vorsitzender, Protokollführer usw.) dieses Organs. Eine Unterzeichnung des Protokolls durch die Parteien ist entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur notwendig, wenn (gesetzliche oder gewillkürte) Formvorschriften einzuhalten sind.

d) Kritik des Auslegungsergebnisses bzw. Urteils

Das bundesgerichtliche Auslegungsergebnis bzw. Urteil an sich ist nur dann vertretbar, wenn man gesellschaftsrechtliche Aspekte ausklammert (vgl. dazu sogleich).[70] Die Argumentation der Kaufinteressentin – wonach sie nur im Aussenverhältnis der Aufhebung des Vorvertrags zugestimmt, sich aber im Innenverhältnis Schadenersatzansprüche gegenüber den Beklagten vorbehalten habe (vgl. E. 2 Ingress und 4.4.1) – überzeugt im Lichte der streitgegenständlichen Protokollpassage nicht. Die Beklagten durften mit anderen Worten davon ausgehen, dass der Vorvertrag aufgrund der Formulierung «Stornierung» und ohne weiteren Zusatz, wie z. B. «unter Vorbehalt von Schadenersatzansprüchen», entschädigungslos aufgehoben wird. Ferner ist das Argument der Kaufinteressentin nicht stichhaltig, wonach H.B die Kaufinteressentin gar nicht vertreten habe (vgl. E. 3.2.2). H.B war das einzige Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift und Alleinaktionär der Kaufinteressentin. Folglich nahm er in seiner Doppelfunktion als Verwaltungsratsmitglied der Zielgesellschaft und als Verwaltungsratsmitglied der Kaufinteressentin an der Verwaltungsratssitzung der Zielgesellschaft teil. Im Zusammenhang mit dem Traktandum «Verkauf Zielgesellschaft» vertrat – wie die Vorinstanz zu Recht festhielt (vgl. E. 3.2.2) – H.B sowohl sich selbst als Privatperson (und damit auch als Aktionär und Verwaltungsratsmitglied der Zielgesellschaft) als auch (als Organ) die Kaufinteressentin, weshalb der Kaufinteressentin das Wissen von H.B und seine Handlungen zuzurechnen sind (vgl. aber dazu die nachstehenden Ausführungen).[71] Es stellt sich die Frage, ob das Bundesgericht und die Vorinstanz zum gleichen Ergebnis gelangt wären, wenn H.B nur eine Kollektivunterschrift gehabt hätte. Nach der hier vertretenen Meinung ist diese Frage zu verneinen. Aufgrund der positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters (Art. 936*b* Abs. 1 OR) gilt die Zeichnungsberechtigung von Organen als von den Dritten gekannt.[72] Falls H.B somit nicht anderweitig den Eindruck erweckt hätte (Anscheinsvollmacht), er sei einzelzeichnungsberechtigt z. B. aufgrund einer Bevollmächtigung durch den Verwaltungsrat der Kaufinteressentin, hätten die Beklagten nicht davon ausgehen dürfen, H.B könne die Kaufinteressentin rechtsgültig vertreten.[73]

Gegen dieses Auslegungsergebnis sind aber gewichtige gesellschaftsrechtliche Bedenken zu äussern. Hätte die Kaufinteressentin der Aufhebung des Vorvertrags nicht zugestimmt, hätte der (in den Worten der Kaufinteressentin) «lukrative Verkauf» (vgl. E. 4.4.1) nicht erfolgen können. Das mag zwar so sein. Allerdings lag die Aufhebung des Vorvertrags nicht im Interesse der Kaufinteressentin, sondern nur in jenem von H.B (d. h. ihrem Alleinaktionär). Aus dem vorinstanzlichen Urteil geht nämlich hervor, dass der im Vorvertrag vereinbarte Kaufpreis CHF 12 Mio. tiefer war als der mit der Käuferin ver-

[69] Z. B. Individualisierung der Forderung bei Zessionserklärungen (vgl. OGer ZG Z2 2023 67 vom 14. 12. 2023, E. 7.2.2 und 7.2.3, wo das OGer ZG das Vorliegen einer gültigen Zessionserklärung in einem Generalversammlungsprotokoll verneinte).

[70] A. M. Yannick Hirschi, Schadenersatz aus aufgehobenem Vorvertrag, ius.focus 2024, Nr. 220, dem zufolge dem Entscheid zuzustimmen ist.

[71] Siehe zur Wissenszurechnung bei juristischen Personen im Allgemeinen z. B. Markus Vischer/Dario Galli, Wissen, Nichtwissen und Wissenmüssen von natürlichen und juristischen Personen, SZW 2022, S. 361 ff., S. 376.

[72] Im Allgemeinen dazu z. B. BSK OR II-Eckert/Enzler (Fn. 49), Art. 936*b* N 9; Rino Siffert, Berner Kommentar, Bern 2021, Art. 936*b* OR N 6 f.; Tschäni/Diem/Wolf (Fn. 23), Rz. 281 f.

[73] Siehe zur Anscheinsvollmacht im Allgemeinen z. B. BSK OR II-Watter (Fn. 49), Art. 718 N 26; siehe ferner BSK OR II-Eckert/Enzler (Fn. 49), Art. 936*b* N 10.

einbarte bzw. bezahlte Kaufpreis.[74] In diesem Differenzbetrag erblickt denn die Kaufinteressentin auch ihren Schaden: Sie hätte die Aktien der Zielgesellschaft zu einem deutlich tieferen Preis erwerben und potenziell weiterveräussern können. Die Beklagten und H.B hätten diesfalls einen tieferen Kaufpreis erzielt. Aufgrund des Verzichts der Kaufinteressentin konnten die Verkäufer einen höheren Kaufpreis erzielen. Allerdings hätte die Kaufinteressentin bei dieser Ausgangslage unter Berücksichtigung ihrer Interessen nur dann auf den Abschluss verzichtet (bzw. verzichten dürfen), wenn dieser Verzicht angemessen entschädigt[75] (bspw. in Form des entgangenen Gewinns) worden wäre.[76]

Folglich war die entschädigungslose Aufhebung des Vorvertrags nicht im Interesse der Kaufinteressentin (Art. 717 Abs. 1 OR) und aus zwei Gründen ungültig:

– H.B befand sich beim Abschluss des Aufhebungsvertrags in einem für Dritte (d. h. die Beklagten) erkennbaren[77] Interessenkonflikt, womit das Geschäft nicht vom Gesellschaftszweck erfasst war und H.B folglich keine Vertretungsmacht besass.[78] Allerdings ist dieser Interessenkonflikt gemäss ständiger (aber falscher) höchstrichterlicher Rechtsprechung entfallen bzw. sind dessen Ungültigkeitsfolgen geheilt worden, weil der sich in einem Interessenkonflikt befindende Vertreter (hier: H.B) der Gesellschaft (hier: Kaufinteressentin) zugleich ihr Alleinaktionär (hier: H.B) ist.[79] Diese Rechtsprechung überzeugt nicht. Die Genehmigung von Insichgeschäften durch die Generalversammlung – soweit eine solche Genehmigung aufgrund des Paritätsprinzips überhaupt möglich ist –[80] muss auch bei Aktiengesellschaften mit einem Alleinaktionär in einer korrekt durchgeführten Generalversammlung erfolgen. Es gilt mit anderen Worten, das Spiel der AG zu spielen, womit eine z. B. implizite und informelle Genehmigung (bzw. Beschlussfassung) unzulässig ist.[81]
– Selbst wenn man dem Bundesgericht mit Bezug auf die Genehmigung des interessenwidrigen Geschäfts (hier: Abschluss des Aufhebungsvertrags) folgt, ist der Aufhebungsvertrag aber aus einem anderen Grund nichtig: Die entschädigungslose Aufhebung stellt eine ungerechtfertigte Leistung im Sinne von Art. 678 Abs. 2 OR (bzw. in der Terminologie des Steuerrechts «verdeckte Gewinnausschüttung»[82]) der Kaufinteressentin zugunsten ihres Alleinaktionärs (d. h. H.B) dar.[83] Diese ungerechtfertigte Leistung kann bzw. muss nach Art. 678 Abs. 4 OR zurückgefordert werden.[84] Dieses Rechtsgeschäft ist folglich (teil-)nichtig,[85] womit auch die Vertretungsmacht von H.B entfiel.[86] Die Nichtigkeit des Aufhebungsvertrags hätte das Bundesgericht von Amtes wegen feststellen müssen.[87] H.B hat sich aufgrund seiner Handlungen unter Umständen zudem nach Art. 754 Abs. 1 OR haftbar gemacht.[88] Wenn man also auch gesellschaftsrechtliche Aspekte einbezieht, muss das vorliegende Urteil als Fehlurteil bezeichnet werden. Folglich sind die Beklagten

[74] OGer AG ZOR.2023.28 vom 11. 12. 2023, E. 3.5.2.2 *in fine*.

[75] Laut vorinstanzlichem Urteil hatte H.B für die Kaufinteressentin ursprünglich vor Unterzeichnung des Verwaltungsratsprotokolls eine Entschädigung von CHF 1,2 Mio. gefordert (OGer AG ZOR.2023.28 vom 11. 12. 2023, E. 3.5.1).

[76] Solange der Abgeltungsbetrag kleiner gewesen wäre als der Differenzbetrag zwischen den Kaufpreisen wäre dies im Interesse der Verkäufer gelegen, da diese damit immer noch einen höheren Kaufpreis erhalten hätten. Damit ist auch gesagt, dass der Abgeltungsbetrag nicht gleich gross (oder grösser) hätte sein dürfen als der Differenzbetrag, weil sich sonst das Geschäft ökonomisch nicht gelohnt hätte (gl. M. OGer AG ZOR.2023.28 vom 11. 12. 2023, E. 3.5.2.2 *in fine*).

[77] Siehe zu diesem Erfordernis z. B. BGer 4A_147/2014 vom 19. 11. 2014, E. 3.1.1.

[78] Im Allgemeinen z. B. BGE 126 III 361 E. 3a S. 363; ZK-Bühler (Fn. 53), Art. 718*a* OR N 24 m. w. N. Kritisch zu dieser Rechtsprechung eingestellt sind z. B. Claire Huguenin, Insichgeschäfte im Aktienrecht, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 521 ff., S. 526 f.; Walter A. Stoffel/Michel Heinzmann, Interessendurchgriff?, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 199 ff., S. 203 ff.

[79] BGE 144 III 388 E. 5.1 S. 390 und E. 5.3.2 S. 393 f.; dieser Rechtsprechung zustimmend z. B. Peter Jung, Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, S. 273 ff., S. 283; a. M. z. B. Markus Vischer/Dario Galli, Die Sonderuntersuchung: ein schwieriges, aber kein schlechtes Instrument, SZW 2024, S. 619 ff., S. 634; Lea Altermatt/Dario Galli/Markus Vischer, Genehmigung von Insichgeschäften bei der Aktiengesellschaft, dRSK vom 18. 4. 2019, Rz. 14.

[80] Markus Vischer, «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, S. 1485 ff., S. 1491.

[81] Markus Vischer, Entscheidbesprechungen. BGer 4A_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, AJP 2018, S. 1400 ff., S. 1406 f.; Vischer (Fn. 80), S. 1493.

[82] CR CO II-Chenaux/Gachet (Fn. 56), Art. 678 N 30.

[83] Im Allgemeinen: Markus Vischer, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 678 N 8 ff.; Böckli (Fn. 51), § 14 Rz. 106; siehe auch Harald Bärtschi, in: Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 8 Rz. 119.

[84] Im Allgemeinen: Ramon Mabillard, in: Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 678 OR (Art. 678, 678*a* OR 2020) N 146 f.; siehe auch OFK OR-Vischer (Fn. 83), Art. 678 N 35 und 51 f.; Bärtschi (Fn. 83), § 8 Rz. 123.

[85] Im Allgemeinen: OFK OR-Vischer (Fn. 83), Art. 678 N 38 und 53. A. M. im Allgemeinen bei Rechtsgeschäften zwischen einem Dritten und der Gesellschaft, die dem Aktionär bloss eine *mittelbare* Leistung (wie wohl im vorliegenden Fall) einräumen: BSK OR II-Vogt (Fn. 49), Art. 678 N 214. Dieser Ansicht von Vogt kann nicht gefolgt werden, da Art. 678 OR nicht zwischen unmittelbaren und mittelbaren Leistungen unterscheidet, zumal die Trennlinie zwischen unmittelbaren und mittelbaren Leistungen ohnehin nicht messerscharf ist.

[86] Im Allgemeinen: BSK OR II-Vogt (Fn. 49), Art. 678 N 210.

[87] Das besprochene Urteil bestätigt damit die Tendenz, dass das Bundesgericht es öfters unterlässt, die Nichtigkeit von Amtes wegen festzustellen, wenn kein entsprechender Parteiantrag vorliegt (vgl. dazu Milos Karic/Dario Galli/Markus Vischer, Beachtung der Nichtigkeit von Amtes wegen?, dRSK vom 26. 10. 2022, Rz. 13).

[88] Siehe zur Alternativität von Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklage im Allgemeinen Bärtschi (Fn. 83), § 8 Rz. 376; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 549.

infolge Verletzung des Vorvertrags schadenersatzpflichtig gegenüber der Kaufinteressentin. Vor diesem Hintergrund ist vom Bundesgericht zu fordern, dass es künftig nur dann gültige Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags in Protokollen erblickt, wenn diese von der Vertretungsmacht des Vertreters der juristischen Person gedeckt sind.

6. Schlussbemerkungen

Das vorliegende Urteil illustriert erneut, dass Personen (wie vorliegend H.B), die eine Doppel- oder gar Mehrfachrolle innehaben, diese Rollen strikt trennen müssen. Die handelnden Personen müssen sich mit anderen Worten bei jeder Handlung vergegenwärtigen, welchen Hut sie tragen.[89] Andernfalls werden Rechtsverhältnisse vermischt, welche die angerufenen Gerichte im Streitfall (wie vorliegend) – oftmals mittels Kunstgriffen – entflechten müssen.[90] Es ist deshalb zu empfehlen, stets gesellschaftsrechtliche Beschlüsse zu fassen, wenn juristische Personen involviert sind, sowie bei der Vertragsgestaltung darauf zu achten, dass die «richtigen» Personen Partei des Vertrags sind und diesen unterzeichnen. Weiter sollten Personen, die Doppel- oder Mehrfachrollen innehaben, im Rahmen von Organversammlungen (z. B. Verwaltungsratssitzung oder Generalversammlung) keine Handlungen vornehmen oder Erklärungen abgeben, die sie nicht in ihrer Eigenschaft als Mitglieder dieses Organs vornehmen bzw. abgeben. Ergo hätten die Parteien vorliegend einen separaten Aufhebungsvertrag (ausserhalb der Verwaltungsratssitzung der Zielgesellschaft) abschliessen und für klare Verhältnisse sorgen sollen. Unter Umständen ist es sogar ratsam, ausdrücklich protokollieren zu lassen, dass man vorliegend nur als Organmitglied handelt und nicht auch als Privatperson oder Organmitglied einer anderen juristischen Person. Damit lassen sich spätere Streitigkeiten vorbeugen. Diese Rollentrennung würde helfen, solche vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Probleme frühzeitig zu erkennen und zu verhindern sowie für klare Verhältnisse zu sorgen.

[89] Gl. M. Damian A. Fischer, Entscheidbesprechungen. Willensäusserungen in Protokollen/Besprechung von BGer 4A_74/2024 vom 20. 6. 2024, AJP 2024, S. 1112 ff., S. 1117 f.

[90] Siehe für ein anderes Beispiel z. B. BGer 4A_311/2022 und 4A_313/2022 vom 8. 8. 2023 (besprochen von Markus Vischer/Dario Galli, in: Christoph Brunner/Dario Galli/Markus Vischer [Hrsg.], Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2023, Jusletter vom 18. 11. 2024, Rz. 19 m. w. N.).