3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

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

3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

BGer 4A_279/2018: Nichtige Universalversammlungen

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_279/2018 vom 2. November 2018, *A. SA* gegen *B.,* Gesellschaftsrecht.

Markus Vischer*

Dario Galli**

Letizia Schlegel***

Die Beschlüsse einer aktienrechtlichen Universalversammlung im Sinne von Art. 701 OR sind nichtig, wenn nicht alle Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien anwesend sind.

I. Sachverhalt und Rechtsweg

Im Juli 2011 ergaben sich Differenzen zwischen C., eingetragen im Handelsregister als einziges Mitglied des Verwaltungsrats (VR) der A. SA (Gesellschaft, Klägerin, Beschwerdeführerin, nachfolgend Gesellschaft), und D. und E. Letztere behaupteten, Mehrheitsaktionäre und faktische Organe der Gesellschaft zu sein, und beanspruchten in dieser Eigenschaft, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen sowie Zugriff auf das Bankkonto der Gesellschaft bei der F. SA in Lugano zu haben. Aufgrund des Widerstands von C. informierten D. und E. die Kunden der

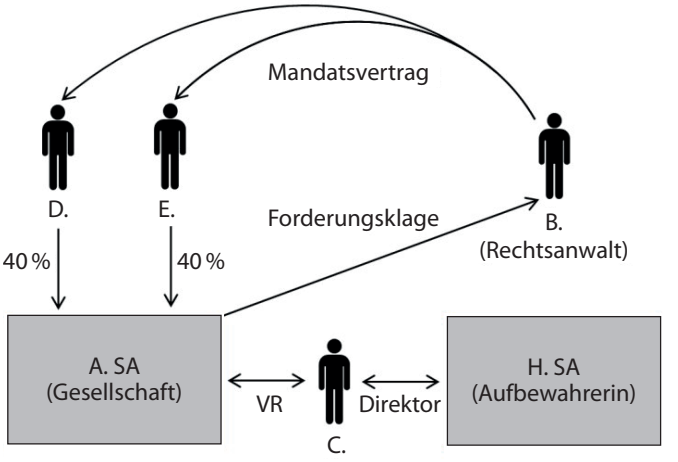
* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.
** Dario Galli, MLaw, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.
*** Letizia Schlegel, MLaw, LL.M., Substitutin, Walder Wyss AG, Zürich.

Gesellschaft, dass Zahlungen zugunsten der Gesellschaft fortan auf ein neues Konto bei G. zu leisten seien. Das neue Konto bei G. war auf den Namen des Rechtsanwalts B. (Beklagter, Beschwerdegegner, nachfolgend Rechtsanwalt) von D. und E. in Zürich eröffnet worden. Der Rechtsanwalt führte in der Folge zahlreiche Gutschriften im Auftrag seiner zwei Klienten aus (Sachverhalt Teil A.).

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

Mit Eingabe vom 19. Februar 2014 klagte die Gesellschaft, vertreten durch C., vor dem Bezirksrichter von Lugano *(«Pretore di Lugano»)* gegen den Rechtsanwalt und beantragte, der Rechtsanwalt sei zu verpflichten, die aufgrund des Strafverfahrens eingezogenen Geldbeträge in Höhe von CHF 418'273.87 zuzüglich Zins zurückzuerstatten. Das erstinstanzliche Gericht hiess die Klage am 31. August 2016 teilweise gut und verpflichtete den Rechtsanwalt zur Zahlung des eingeklagten Betrags, korrigierte jedoch die Berechnung des Zinses. Gegen das erstinstanzliche Urteil erhob der Rechtsanwalt Berufung. Die II. Zivilkammer des Tessiner Appellationsgerichts *(«II Camera civile del Tribunale di appello ticinese»)* hiess mit Urteil vom 29. März 2018 die vom Rechtsanwalt erhobene Berufung gut und wies die Klage der Gesellschaft ab, soweit sie darauf eintrat. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 8. Mai 2018 beantragte die Gesellschaft die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (Sachverhalt Teile C. und D.).

Der Sachverhalt lässt sich grafisch wie folgt darstellen:



II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht führte aus, die Gültigkeit der Vertretungsbefugnis von C. sei die Kernfrage dieser Streitigkeit. Die Vorinstanz habe die Eingabe als unzulässig abgewiesen, weil C. zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit und in den kantonalen Verfahren die «Vertretungsbefugnis» nicht besessen habe. Die Akten enthielten jedoch keine Hinweise, die es ermöglichten, die Stellung von C. zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde beim Bundesgericht zu überprüfen. Die Frage könne offengelassen werden, weil die Abweisung der Eingabe durch die Vorinstanz aus dem vorgenannten Grund, wie aufzuzeigen sei, den Rügen der Gesellschaft standhalte (E. 1.2).

Die Vorinstanz habe festgestellt, dass D. und E. die Mehrheitsaktionäre der Gesellschaft waren. Die Gesellschaft rüge, diese Feststellung verletze ihr Recht auf rechtliches Gehör, da sie unbegründet sei und auf einer willkürlichen Beweiswürdigung beruhe. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Rüge der ungenügenden Begründung offenkundig unbegründet sei. Wie der Rechtsanwalt richtigerweise hervorhebe, habe die Vorinstanz erläutert, dass D. und E. mittels C.[1] je 40 % des Aktienkapitals der Gesellschaft zum Preis von je CHF 8'000 erworben hätten. Zudem hätten D. und E. die Aktientitel C. bis zur Deckung der Kontokorrentschuld[2] zur Verwahrung überlassen. Die Tessiner Richter hätten diese Feststellungen hauptsächlich auf die von C. im Verlauf des Strafverfahrens abgegebenen Erklärungen gestützt. Die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung sei unzulässig, da die Gesellschaft sich darauf beschränke, sich auf Willkür zu berufen, und behaupte, dass D. und E. nicht Aktionäre seien und das Eigentum an den Aktien nicht auf sie übergegangen sei. Die Gesellschaft setze sich jedoch nicht mit den vorinstanzlichen Ausführungen auseinander und gebe nicht an, auf welche unangefochtenen Beweise sich ihre Behauptungen stützen würden (E. 3, 3.1 und 3.2).

Aufgrund der Aktionärseigenschaft von D. und E. habe die Vorinstanz die Eingabe der Gesellschaft abgewiesen, weil C. als einziges VR-Mitglied der Gesellschaft nicht zu deren Vertretung befugt gewesen sei. Die Vorinstanz habe

---

1 Im referierten Urteil (E. 3.1) wird davon gesprochen, dass dieser Aktienkaufvertrag mittels C. abgewickelt worden sei («[…] il tutto per il tramite di C. […]»). Gemäss vorinstanzlichem Urteil ist jedoch davon auszugehen, dass C. (oder die H. SA) das fragliche Aktienpaket D. und E. verkauft hat (AppGer TI, 12.2016.155, 29.3.2018, E. 8.2.1 und 8.2.2); darauf wird zurückzukommen sein (unten III.D.).

2 Aus dem vorinstanzlichen Urteil geht hervor, dass die neuen Aktionäre, d.h. D. und E., eine Kontokorrentschuld in Höhe von CHF 137'000 tilgen sollten (AppGer TI, 12.2016.155, 29.3.2018, E. 8.2.2 und 8.2.3; zum genauen Wortlaut, siehe FN 35).

festgestellt, dass D. und E. am 1. Dezember 2011 C. das VR-Mandat entzogen hätten. Zudem hätten D. und E. C. aufgefordert, zurückzutreten, die Aktien auszuhändigen und sich nicht mehr um die Geschäfte der Gesellschaft zu kümmern. C. habe jedoch diesen Anweisungen nicht Folge geleistet und die Einberufung einer Generalversammlung (GV) verhindert, anlässlich derer der Entzug seiner Vertretungsbefugnis bestätigt worden wäre. Stattdessen habe C. sogar gegen den Willen der Mehrheitsaktionäre im Namen der Gesellschaft die zur Diskussion stehende Zivilklage eingereicht, obschon überdies zu diesem Zeitpunkt die statutarische dreijährige Amtsperiode für VR-Mitglieder abgelaufen war (E. 4).

Nach Ansicht der Tessiner Richter habe C. durch sein Verhalten seine bei Einreichung der Klage noch im Handelsregister eingetragene, aber nach Art. 710 Abs. 1 OR bereits dahingefallene Vertretungsbefugnis klar missbraucht. C. könne sich, so die Vorinstanz, auch nicht darauf berufen, dass anlässlich der Universalversammlungen vom 14. Oktober 2014 und vom 15. Dezember 2016 die Verlängerung seines VR-Mandats und seine Entlastung beschlossen worden seien, da die tatsächlichen Mehrheitsaktionäre weder eingeladen worden noch anwesend gewesen seien und diese Beschlüsse folglich nichtig seien. Die Gesellschaft mache geltend, dass die Klage ausschliesslich den ausservertraglichen Entschädigungsanspruch gegen den Rechtsanwalt zum Gegenstand habe. Nicht Gegenstand der Klage seien nach Ansicht der Gesellschaft hingegen die Vertretungsbefugnis von C. und die Gültigkeit der zwei nicht angefochtenen GVs, deren Nichtigkeit nur gemäss den im Urteil des Bundesgerichts 4A_364/2017 vom 28. Februar 2018 in E. 7.2.2 aufgestellten strengen Voraussetzungen von Amtes wegen festgestellt werden könne (E. 5).

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

Hinsichtlich der beiden GVs sei anzumerken, dass der Rechtsanwalt, so das Bundesgericht, deren Ungültigkeit oder Nichtigkeit geltend gemacht habe, sobald er die Möglichkeit dazu gehabt habe. Die im Urteil des Bundesgerichts 4A_364/2017 vom 28. Februar 2018 behandelte Frage der Prüfung von Amtes wegen stelle sich daher vorliegend nicht (E. 5.2).

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

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

III. Bemerkungen

A. Einleitung

Prima vista betrifft das referierte Urteil die Frage, ob die an den beiden GVs der Gesellschaft gefassten Beschlüsse gültig sind. Im Kern drehte sich das Urteil jedoch um die Vertretungsbefugnis von C. – dem einzigen VR-Mitglied der Gesellschaft – für die Gesellschaft. Das vorliegende Urteil ist für Aktienrechtler somit aus zwei Gründen interessant: Einerseits hat sich das Bundesgericht dazu geäussert, wann GV-Beschlüsse infolge formeller Mängel nichtig sind (III.B.). Andererseits hat das Bundesgericht implizit die bislang offengelassene Frage beantwortet, wann ein VR-Mitglied *eo ipso* sein Amt verliert (III.C.). In dieser Urteilsbesprechung äussern sich die Autoren im Sinne eines Exkurses auch zum Mantelgesellschaftshandel, welcher im vorinstanzlichen Urteil, nicht jedoch im besprochenen Urteil thematisiert worden ist (III.D.).

B. Nichtigkeit von GV-Beschlüssen

Seit Jahrzehnten ist umstritten, ob formell mangelhafte Beschlüsse einer GV nichtig oder lediglich anfechtbar sind.[3] Zu den formell mangelhaften GV-Beschlüssen sind etwa jene einer nicht rechtsgenüglich einberufenen GV zu zählen. Ferner sind GV-Beschlüsse formell mangelhaft, bei denen Nicht-Aktionäre[4] mitgewirkt haben.[5] Die Mehrheit der Lehre geht im Regelfall von der Anfechtbarkeit formell mangelhafter GV-Beschlüsse aus.[6] Die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung ist schwankend. In den letzten Jahrzehnten hat das Bundesgericht formell mangelhafte GV-Beschlüsse tendenziell als anfechtbar[7] und nur ausnahmsweise als nichtig[8] qualifiziert.

Im referierten Urteil hat das Bundesgericht wieder einmal eine strenge Linie vertreten (E. 5.3). So sind laut Bundesgericht Beschlüsse einer durch ein unzuständiges Organ einberufenen GV oder einer GV, zu der nicht alle Aktionäre eingeladen wurden oder bei der Nicht-Aktionäre *(«non azionisti»)* teilnahmen, nichtig. Während das Bundesgericht betreffend die ersten beiden Fallgruppen lediglich seine bisherige Rechtsprechung bestätigte,[9] scheint es bezüglich der letzten Fallgruppe (= Teilnahme von Nicht-Aktionären) seine Rechtsprechung geändert zu haben. Bislang qualifizierte das Bundesgericht GV-Beschlüsse, bei denen Nicht-Aktionäre (bzw. in der Terminologie von Art. 691 Abs. 3 OR «Unbefugte») mitwirkten, nämlich lediglich als anfechtbar.[10] Vom Grundsatz der Anfechtbarkeit ist das Bundesgericht, soweit ersichtlich, nur in zwei Urteilen abgewichen, indem es solche GV-Beschlüsse als nichtig qualifiziert hat.[11]

Diese schwankende Rechtsprechung ist auf die ergebnisorientierte Betrachtungsweise des Bundesgerichts zurückzuführen. Es fehlt mit anderen Worten ein klares Konzept.[12] Ob ein formell mangelhafter GV-Beschluss als nichtig zu qualifizieren ist, sollte nach der hier vertretenen Auffassung in einem zweistufigen Verfahren geprüft werden: In einem *ersten Schritt* ist zu klären, ob die fragliche Personenversammlung in Bezug auf jedes einzelne Traktandum eine GV im Rechtssinne darstellt.[13] Bejahendenfalls ist in einem *zweiten Schritt* zu prüfen, ob die GV trotz Mitwirkung von Nicht-Aktionären mit Bezug auf das jeweilige Traktandum mithilfe des Konzepts des «Umkippens» immer noch als GV im Rechtssinne qualifiziert werden kann.[14]

In casu haben zwei Universalversammlungen stattgefunden, bei denen die beiden Mehrheitsaktionäre D. und E., welche zusammen 80 % des Aktienkapitals vertreten, nicht teilgenommen haben und auch nicht vertreten waren. Diese Universalversammlungen erfüllen u.E. die qualitativen Anforderungen an eine GV (= Prüfschritt 1) klarerweise nicht, weswegen das Bundesgericht zu Recht die Nichtigkeit der GV-Beschlüsse angenommen hat.[15] Die an einer Universal-

---

3 Einlässlich: Markus Vischer/Dario Galli, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 2019, 5 ff.; siehe ferner BGer, 4A_516/2016, 28.8.2017, E. 6, wonach «des vices formels graves et manifestes dans la prise des décisions peuvent entraîner la nullité de celles-ci».

4 Zum Begriff des «Nicht-Aktionärs»: Vischer/Galli (FN 3), 5 f., wonach insbesondere Personen, welche die Aktionärsstellung nicht erworben haben (zur Problematik der Eigentumsübertragung an Aktien: Markus Vischer, Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, AJP 2019, 294 ff.; Samuel Lieberherr/Markus Vischer, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, 293 ff.; Oliver Blum, Rechtsmängel bei der Übertragung von Aktien, AJP 2007, 694 ff.) bzw. nicht mehr innehaben, als «Nicht-Aktionäre» anzusehen sind.

5 Zu alledem: Vischer/Galli (FN 3), 6.

6 Z.B. Brigitte Tanner, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 706 OR N 146 und 148; BSK OR II-Länzlinger, Art. 691 N 12, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser); BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 6), Art. 706b N 18.

7 BGer, 4C.107/2005, 29.6.2005, E. 2.2 und 2.3 (Teilnahme von Nicht-Aktionären); BGE 122 III 279 E. 2 (Teilnahme von Nicht-Aktionären); BGE 114 II 193 E. 5b, in: Pra 1989, Nr. 33, 138 f. (ungenügende Bekanntgabe des Verhandlungsgegenstands); BGE 103 II 141 Sachverhalt Teil B. und E. b. (ungenügende Bekanntgabe des Verhandlungsgegenstands); BGE 96 II 18 E. 3 (Teilnahme von Nicht-Aktionären); BGE 86 II 165 E. 3 (Teilnahme von Nicht-Aktionären); anders im deutschen Recht, wo der «Ladungsmangel» und weitere Verfahrensfehler zur Nichtigkeit der gefassten Gesellschafterbeschlüsse führen (z.B. OLG München, 7 U 1509/18, 9.1.2019, N 30–35; BGH, II ZR 47/99, 29.5.2000; kritisch: Jens Koch, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit?, ZHR 2018, 378 ff., 381 f. und 393 m.w.H.).

8 BGer, 5A_205/2013, 16.8.2013, E. 4 (Verein: Einladung durch unzuständiges Organ); BGer, 5A_590/2011, 27.2.2012, E. 3.1 (Stockwerkeigentümerversammlung: Einladung durch unzuständiges Organ); BGE 67 I 342 E. 3 (AG: schriftliche Beschlussfassung ausserhalb der GV); siehe ferner HGer ZH, HG160102, 19.12.2016, E. 6.1 und 7.3 (AG: Einladung durch unzuständiges Organ).

9 *Unzuständiges Organ:* BGer, 5A_205/2013, 16.8.2013, E. 4; BGer, 5A_590/2011, 27.2.2012, E. 3.1; BGer, 4A.37/2005, 1.6.2005, E. 4.1; BGE 78 III 33 E. 11; BGE 72 II 91 E. 4; BGE 71 I 383 E. 2a; *Nichteinladung aller Aktionäre:* BGer, 5A_482/2014, 14.1.2015, E. 5; BGE 115 II 468 E. 3b.

10 Siehe die Nachweise in FN 7.

11 BGer, 4C.107/2005, 29.6.2005, E. 2.1, und BGE 115 II 468 E. 3b, jeweils unter Bezugnahme auf das Kriterium der «entscheidenden Mitwirkung» der Nicht-Aktionäre; siehe immerhin auch BGer, 5A_482/2014, 14.1.2015, E. 5, wonach Nichtigkeit anzunehmen sei, «wenn gar keine Körperschaft oder Mitgliederversammlung im Rechtssinn vorliegt [oder] eine Versammlung von Nichtmitgliedern stattfindet».

12 So bereits Vischer/Galli (FN 3), 6.

13 Einlässlich: Vischer/Galli (FN 3), 10 ff.

14 Einlässlich: Vischer/Galli (FN 3), 13 f.

15 So schon BGE 137 III 460 E. 3.3.2; BGer, 4A_197/2008, 24.6.2008, E. 2.1; BGer, 4A_131/2007, 11.1.2008, E. 2.1; BGer, 4P.331/2006, 5.6.2007, E. 4.2.3; siehe ferner HGer AG, HOR.2016.2, 20.10.2017, E. 3.1, in: SJZ 2018, 124 ff., 125; HGer ZH, HG120081, 16.1.2014, E. 3.2.2.2.

versammlung gefassten Beschlüsse sind u.E. nämlich immer nichtig, wenn nicht alle stimmberechtigten Ist-Aktionäre teilgenommen haben.[16] Wurde eine solche GV jedoch rechtsgenüglich einberufen,[17] könnte diese ggf. als «normale» GV qualifiziert werden, deren Beschlüsse nur anfechtbar sind.[18] Im vorliegenden Fall hätte jedoch auch eine «Konversion» der Universalversammlungen in «normale» GVs nichts an der Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse geändert. Gemäss Sachverhaltsfeststellung wurden D. und E. nämlich nicht zu den beiden GVs eingeladen. Nach dem obigen Prüfschema sind die Beschlüsse solcher GVs ab *initio* Nicht-Beschlüsse, weil die Personenversammlung aufgrund der Abwesenheit von 80% der total stimmberechtigten Aktionäre (bzw. infolge nicht rechtsgenüglicher Einberufung) nach wie vor nicht die Qualität einer GV im Rechtssinne aufweist (= Prüfschritt 1).[19]

C. «*Eo ipso*»-Beendigung des VR-Mandats

In BGE 140 III 349 entschied das Bundesgericht, dass das VR-Mandat *eo ipso* endet, wenn das entsprechende VR-Mitglied anlässlich einer gültigen[20] GV, bei der die Wahl des VR traktandiert wurde, nicht wiedergewählt wird.[21]

Nicht beantwortet hat das Bundesgericht in BGE 140 III 349 jedoch die Frage, ob das VR-Mandat auch endet, falls anlässlich einer gültigen GV keine Wiederwahl der VR-Mitglieder traktandiert und/oder durchgeführt wurde[22] oder falls die Wiederwahl des VR-Mitglieds ungültig ist. In der Lehre werden vier verschiedene Meinungen hinsichtlich der Frage vertreten, welche Rechtsfolgen eine ausgebliebene Wiederwahl eines VR-Mitglieds mit Bezug auf dessen Amt als VR-Mitglied zeitigt:[23]

– Nach einer *ersten Lehrmeinung* soll das VR-Mandat bis zur nächsten (gültigen) GV fortbestehen, an welcher das Traktandum «Wahl VR-Mitglied» zur Abstimmung gelangt.
– Eine *zweite Lehrmeinung* erblickt im Ablauf der Amtszeit ohne Wiederwahl eine stillschweigende Verlängerung der Amtsperiode.
– Nach einer *dritten Lehrmeinung* läuft die Amtsdauer des VR-Mitglieds nicht ab, wenn keine GV durchgeführt wird, es sei denn, es werde eine GV abgehalten, an der die Wiederwahl vergessen gehe.
– Nach einer *vierten Lehrmeinung* endet das Amt des VR-Mitglieds mit Ablauf des sechsten Monats nach Ende des betreffenden Geschäftsjahres, weil spätestens in diesem Zeitpunkt die ordentliche GV stattfinden müsste (Art. 699 Abs. 2 OR).

Aus dem vorinstanzlichen Urteil geht hervor, dass die dreijährige Amtsdauer von C. als VR-Mitglied im Juni 2012 abgelaufen war.[24] Die Vorinstanz schloss aufgrund dessen unter Verweisung auf die Autoren, welche die vierte Lehrmeinung vertreten,[25] dass C. bei Einreichung der Klage am 19. Februar 2014 nicht mehr vertretungsbefugt war, da VR-Mitglieder im internen Verhältnis ihre Position zum Zeitpunkt des jeweiligen Beendigungsgrunds verlören.[26] Zudem, so die Vorinstanz, sei bei Klageeinreichung auch die maximale Amtsdauer von sechs Jahren gemäss Art. 710 Abs. 1 OR abgelaufen gewesen, weswegen C. in jedem Fall nicht mehr zur Vertretung der Gesellschaft befugt gewesen sei.[27]

Das Bundesgericht hat die Vertretungsbefugnis von C. für die Gesellschaft richtigerweise, wie schon die Vorinstanz, verneint (E. 5). Damit scheint das Bundesgericht implizit[28] die umstrittene Frage entschieden zu haben, dass ein VR-Mitglied nach Ablauf der Amtsdauer *eo ipso* sein Amt verliert. Das Bundesgericht scheint sich mit anderen Worten der vierten Lehrmeinung angeschlossen zu haben. Die Zukunft wird zeigen, ob das Bundesgericht auch in künftigen Urteilen diese Ansicht vertritt und, falls ja, ob es seine Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass das Amt des VR-Mitglieds erst mit Ablauf des sechsten Monats nach Ende des betreffenden Geschäftsjahres *eo ipso* endet.

---

16 A.M. BGE 86 II 95 E. 3; BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 6), Art. 706b N 18.
17 Vischer/Galli (FN 3), 11 f.
18 Zu weitgehend: BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 6), Art. 706b N 18.
19 Vischer/Galli (FN 3), 11 f.
20 Siehe BGE 140 III 349 E. 2.5 («[…] une assemblée générale ordinaire de la société intimée a été convoquée et formellement tenue.»), in: Pra 2015, Nr. 3, 36.
21 BGE 140 III 349 E. 2.6 *in initio,* in: Pra 2015, Nr. 3, 36.
22 Markus Vischer/Dominik Hohler/Fabrice Eckert, Organisationsmangel nach Widerwahl des Verwaltungsrats, GesKR 2014, 405 ff., 409.
23 Einlässlich: Vischer/Hohler/Eckert (FN 22), 408 f. m.w.H.
24 AppGer TI, 12.2016.155, 29.3.2018, E. 8.3.1: «Il fatto che egli [cioè C.] […] abbia nondimeno continuato ad occuparsi della società provvedendo tra l'altro, oltretutto dopo la scadenza del periodo di nomina degli amministratori di tre anni previsto dall'art. 19 degli statuti […] avvenuta nel giugno 2012 […].»
25 Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituation in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461 ff., 465; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 58 und 58a.
26 AppGer TI, 12.2016.155, 29.3.2018, E. 8.3.1 *in fine* unter Hinweis auf Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 59.
27 BGer, 4A_279/2018, 2.11.2018, E. 5; AppGer TI, 12.2016.155, 29.3.2018, E. 8.3.2 *in initio.*
28 Es gilt im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren gemäss Art. 106 Abs. 1 BGG der Grundsatz «iura novit curia», z.B. BSK BGG-Dormann, Art. 106 N 5 f., in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2018.

D. Exkurs: Mantelgesellschaftshandel

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Mantelgesellschaftshandel, also der Kauf und Verkauf von Aktienmänteln[29], nichtig[30] im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR.[31] Die traditionelle Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR ist jederzeit von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten, sofern diese Gegenstand des Verfahrens ist und die tatsächlichen Voraussetzungen der Nichtigkeit dargelegt bzw. bewiesen wurden.[32]

Im vorinstanzlichen Verfahren war der Mantelgesellschaftshandel indirekt Gegenstand des Urteils. So behauptete der Rechtsanwalt im vorinstanzlichen Verfahren, dass die Gesellschaft eine vorexistierende Gesellschaft sei, deren Alleinaktionär C. sei, und dass Letzterer D. und E. die Mehrheit der Aktien (mindestens 80 %) verkauft habe.[33] C. widersprach dieser Darstellung und behauptete, dass die Aktien der Gesellschaft nie an D. und E. verkauft worden seien.[34] Die Vorinstanz verwarf die Argumentation von C. aufgrund dessen Äusserungen im Strafverfahren, wonach die Gesellschaft eine Mantelgesellschaft sei und er D. und E. je 40 % des Aktienmantels der Gesellschaft verkauft habe.[35]

Angesichts der erwähnten höchstrichterlichen Rechtsprechung[36] zum Mantelgesellschaftshandel[37] ist es erstaunlich, dass sich weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht mit der Thematik der Mantelgesellschaft und des Mantelgesellschaftshandels beschäftigt haben. Eventuell hat sich das Bundesgericht einer jüngeren Lehrmeinung angeschlossen, wonach der Mantelgesellschaftshandel zivilrechtlich zulässig und damit nicht nichtig ist.[38] Dies ist freilich Spekulation. Erstaunlich ist aber auch, dass sich die Gesellschaft nicht auf Mantelgesellschaftshandel berufen hat. Wäre die Gesellschaft nämlich mit diesem Argument durchgedrungen, wären D. und E. infolge nichtigen Aktienkaufvertrags nie Eigentümer der Aktien geworden. Allerdings hätte sich die durch C. im Zivilverfahren vertretene Gesellschaft ggf. ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorwerfen lassen müssen.[39]

---

29 Der Gesetzgeber definiert den Begriff der «Mantelgesellschaft» nicht (statt vieler: Simone Albisetti/Andrea Porrini, L'ufficio del registro di commercio quale baluardo contro la cessione del mantello giuridico: un sistema ancora attuale?, RtiD 2019, 683 ff., 692 m.w.H.). Einlässlich zum Begriff «Mantelgesellschaft»: Markus Vischer, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, 563 ff.

30 A.M. z.B. Dario Galli/Markus Vischer, Ungültigkeit eines Grundstückkaufs infolge Nichteinhaltung der Form, Simulation und zugrundeliegendem Mantelgesellschaftshandel, dRSK vom 6.11.2017, N 28; eine Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen findet sich bei Albisetti/Porrini (FN 29), 701 ff.

31 BGE 123 III 473 E. 5c; BGE 67 I 36 (besprochen von Eduard Gubler, Verkauf und Erwerb eines Aktienmantels, SAG 1940/41, 150 ff.); BGE 64 II 361 E. 1; siehe auch BGer, 4A_530/2016, 20.1.2017, E. 3.2 und 4; BGer, 4A_270/2016, 7.10.2016, Sachverhalt Teil A.b. *(obiter dictum);* siehe die weiteren Nachweise bei Albisetti/Porrini (FN 29), 696 ff., und Vischer (FN 29), AJP 2013, 571.

32 Z.B. BGer, 4A_364/2017, 28.2.2018, E. 7.2.2 *in initio;* Ernst A. Kramer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991, Art. 19–20 OR N 317; siehe auch Monja Sieber, Klageweise Durchsetzbarkeit von Informationsrechten des Verwaltungsrates, GesKR 2018, 230 ff., 236; siehe ferner zur Beachtung der Nichtigkeit von Amtes wegen gemäss dem sog. «flexiblen Nichtigkeitsbegriff» etwa BSK OR I-Huguenin/Meise, Art. 19/20 N 55 f., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2016.

33 AppGer TI, 12.2016.155, 29.3.2018, E. 8.2.1: «Nella risposta (p. 7 segg.) egli [cioè B.] aveva sostenuto quanto segue: i) che l'attrice non era stata costituita ex novo, ma era una società preesistente, di cui G [cioè C.] deteneva l'intero pacchetto azionario; ii) che G [cioè C.] aveva venduto la stragrande maggioranza (almeno l'80 %) delle azioni al portatore di quella società per fr. 25'000.– a Gi [cioè D.] e a M [cioè E.] […].»

34 AppGer TI, 12.2016.155, 29.3.2018, E. 8.2.1 *in fine.*

35 AppGer TI, 12.2016.155, 29.3.2018, E. 8.2.2, «G [cioè D.] e M [cioè E.] volevano costituire una SA […]. Per mancanza di disponibilità finanziaria per la formazione del capitale sociale G [cioè D.] e M [cioè E.] accettarono la mia proposta di rilevare la AO 1 [cioè la società] […]. Nei mesi di settembre-ottobre 2009 stabilimmo il valore di acquisto del mantello azionario in fr. 20'000.– di cui C [*recte* cioè D.] + M [cioè E.] 40 + 40 = 80 %, G [cioè C.] 5 %, fornitore 15 %. M [cioè E.] mi versò in contanti fr. 8'000.– (controvalore in euro) G [cioè D.] fr. 8'000.– mediante prelievo […]. Venne firmato il contratto per l'acquisto del mantello azionario che al momento è introvabile […]. Nella trattativa venne stabilito che le azioni le trattenevo io sino alla copertura del debito del correntista di fr. 137'000.– da parte dei nuovi soci» (Hervorhebungen im Original durch die Autoren dieser Urteilsbesprechung entfernt).

36 Siehe die Nachweise in FN 31.

37 Zum Mantelgesellschaftshandel siehe z.B. Florian S. Jörg, Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 17 ff., 27 ff.; Gaspard Couchepin, Le transfert d'actions d'une société dormante (manteau d'actions): situation actuelle et perspectives, SJ 2014 II, 197 ff., 199 ff.; Vischer (FN 29), AJP 2013, 563 ff.; Duri F. Prader, Die Vorrats- oder Mantelgesellschaft im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Freiburg, Zürich 1995, 117 ff.

38 Couchepin (FN 37), 203; Vischer (FN 29), AJP 2013, 571; Prader (FN 37), 65, 131 ff. und 144; gemäss Entwurf zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Internet: https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/konkursmissbrauch/entw-d.pdf [Abruf 27.6.2019]) soll hingegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Mantelgesellschaftshandel nichtig ist, mindestens teilweise kodifiziert werden (Art. 684a und Art. 787a E-OR).

39 Siehe für einen ähnlich gelagerten Fall: BGer, 4A_530/2016, 20.1.2017, E. 3, und die Urteilsbesprechung von Galli/Vischer (FN 30), N 26 ff.