

Private Law

national – global – comparative

Festschrift für Ingeborg Schwenzer
zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von

Andrea Bächler

Markus Müller-Chen



Stämpfli Verlag AG Bern



intersentia

Private Law

national – global – comparative

Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag



140-11.

Private Law

national – global – comparative

Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag

Band II

Herausgegeben von
Andrea Büchler
Markus Müller-Chen



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011



intersentia

Zitiervorschlag: Festschrift Ingeborg Schwenzer

Foto: Daniel Boschung

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

© Intersentia Publishers · 2011

Gesamtherstellung:

Stämpfli Publikationen AG, Bern

Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-2956-5 (Stämpfli)

ISBN 978-94-000-0224-1 (Intersentia) D/2011/7849/55



Mix

Produktgruppe aus vorbildlich
bewirtschafteten Wäldern und
anderen kontrollierten Herkünften

Zert.-Nr. SGS-COC-005773

www.fsc.org

© 1996 Forest Stewardship Council

Relativierung der Verselbständigung von Gesellschaften im Vertragsrecht

Peter Jung

I. Problemstellung

Es gibt im Schweizer Recht zahlreiche Rechtssätze, die ihre Rechtsfolge von der Existenz einer Personenidentität bzw. einer Personenverschiedenheit abhängig machen. Im Vertragsrecht wird die Personenidentität etwa dort vorausgesetzt, wo es um die Berücksichtigung von Interessenkonflikten¹ oder die Begrenzung der vertraglichen Bindung auf die Vertragsparteien² geht. Auf der anderen Seite gibt es im Vertragsrecht aber auch Rechtssätze, die nur dann anwendbar sind, wenn drei rechtlich selbständige Personen von ihnen betroffen sind. Dies gilt etwa für alle Regeln, die ein unabhängiges Verhalten Dritter voraussetzen.³

Im Anwendungsbereich eines Rechtssatzes, der die Personidentität zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern voraussetzt, führt die Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern zu dessen Nichtanwendung. Bei einem die Personenverschiedenheit voraussetzenden Rechtssatz verhält es sich genau umgekehrt. Damit stellt sich die in diesem Beitrag näher zu untersuchende Frage, wann die Gesellschafter und ihre Gesellschaft bei der Rechtsanwendung eine Personeneinheit oder Personenmehrheit bilden. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht geht es dabei um die unter den Gesichtspunkten des Trennungsprinzips und des sog. Durchgriffs zu klärende Reichweite der Verselbständigung von Gesellschaften gegenüber einzelnen Gesellschaftern bzw. der Gesamtheit der Gesellschafter.

II. Grundlagen der Verselbständigung von Gesellschaften gegenüber ihren Gesellschaftern

1. *Körperschaften*

Die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Gesellschaften sind rechtlich gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigt. Nach diesem auch für Ein-

1 Siehe dazu beispielhaft die Ausführungen zu den Regeln über Insihgeschäfte (III.1.).

2 Siehe dazu die Ausführungen unter III.4.

3 Siehe dazu beispielhaft die Ausführungen zur Anwendung von Art. 28 Abs. 2 OR (III.2.) und Art. 216c Abs. 1 OR (III.3.).

personengesellschaften geltenden sog. Trennungsprinzip tritt die Gesellschaft im Rechtsverkehr als eigenständige Einheit in Erscheinung. Sie kann als solche Verträge nicht nur mit Dritten, sondern auch mit einzelnen oder der Gesamtheit ihrer eigenen Gesellschafter abschliessen. Das Gesellschaftsvermögen ist als ein dem Gesellschaftszweck dienendes Sondervermögen von den Privatvermögen der Gesellschafter getrennt und dinglich allein der Gesellschaft zugeordnet.⁴ Den Gläubigern der Gesellschaft haftet grundsätzlich ausschliesslich das dieser zugeordnete Gesellschaftsvermögen.⁵ Sofern es für die Anwendung einer Rechtsnorm oder vertraglichen Regelung auf einen bestimmten Status, persönliche Eigenschaften oder die Vermögensverhältnisse ankommt, sind grundsätzlich allein die Umstände der rechtlich verselbständigten Gesellschaft massgeblich.

Das Körperschaftsrecht kennt jedoch mit dem sog. Durchgriff ein Instrument, bei der Anwendung von Normen und vertraglichen Regelungen ausnahmsweise auch die hinter der rechtlichen Form liegende wirtschaftliche Realität zu berücksichtigen.⁶ Unter den verschiedenen Formen des Durchgriffs⁷ interessiert im vorliegenden Zusammenhang allein der sog. Identifikationsdurchgriff. Bei diesem rechtfertigen es die besonderen Beziehungen von (einzelnen) Gesellschaftern zur Körperschaft, diese nach Massgabe des jeweiligen Regelungszwecks⁸ ausnahmsweise mit der Körperschaft gleichzusetzen bzw. (genauer) als Einheit zu betrachten.

Schematische Hinweise auf das Trennungsprinzip bzw. eine unspezifische wirtschaftliche Betrachtungsweise, das Rechtsmissbrauchsverbot oder auf die Stellung des betroffenen Gesellschafters als Allein- bzw. Mehrheitsgesellschafter sind dabei wenig hilfreich. Die für die Identifikation massgeblichen Gesichtspunkte müssen vielmehr für jeden einzelnen Fall der Rechtsanwendung genau herausgearbeitet werden. Je nach dem Zweck der anzuwendenden Rechtsregel, der organisatorischen und vermögensmässigen Stellung des betroffenen Gesellschafters sowie der vertragsrechtlichen Fallkonstellation kommen als identitätsstiftende Gesichts-

4 BGE 92 II 160, 164.

5 Art. 620 Abs. 1, 772 Abs. 1 S. 3, 868 OR; gesetzliche Ausnahme: Art. 764 Abs. 1 OR; statutarische Ausnahme: Art. 869 f. OR.

6 Siehe nur BGE 113 II 31, 36; 112 II 503, 506; 102 III 165, 170; 92 II 160, 166 f.; 81 II 455, 460 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 62 N 47 ff.

7 Siehe dazu etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 6), N 58 ff.; für das deutsche Recht näher JUNG, Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft, Tübingen 2002, 459 ff.

8 Zur Bedeutung des Regelungszwecks für die Rechtfertigung eines Durchgriffs grundlegend MÜLLER-FREIENFELS, Zur Lehre vom sogenannten «Durchgriff» bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156 (1957), 522, 529 ff.; demgegenüber auf einen (subjektiven) Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB als Grundlage des Durchgriffs abstellend BGE 113 II 31, 36 (zweckwidrige Verwendung einer Schwestergesellschaft).

punkte insbesondere eine zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bestehende Willenseinheit,⁹ Interesseneinheit,¹⁰ Handlungseinheit¹¹ oder Erfüllungseinheit¹² in Betracht. Damit geht es letztlich gar nicht um eine Missachtung der Verselbständigung der juristischen Person gegenüber ihren Gesellschaftern, sondern nur um eine durch besondere rechtlich relevante Beziehungen zwischen mehreren Rechtspersonen begründete Einheitsbetrachtung.

2. Personengesellschaften

Die Personengesellschaften sind als Rechtsgemeinschaften gegenüber ihren Gesellschaftern grundsätzlich nicht verselbständigt.

Gesellschaftergesamtheit und Gesellschaft sind allerdings nur bei der einfachen Gesellschaft durchweg identisch, da nur bei ihr die Gesellschafter und nicht die Gesellschaft aus den im Namen der Gesellschaft oder aller Gesellschafter getätigten Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet werden (vgl. Art. 543 und 544 Abs. 1 und 3 OR). Selbst bei der einfachen Gesellschaft stellt sich zudem die Frage, ob auch einzelne Gesellschafter ausnahmsweise mit der Gesellschaftergesamtheit gleichgesetzt und ob die Umstände (z. B. Bösgläubigkeit) und persönlichen Eigenschaften (z. B. Zuverlässigkeit) einzelner Gesellschafter ohne weiteres der Gesellschaftergesamtheit zugerechnet werden können.

Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften werden hingegen im Rechts- und Prozessverkehr gegenüber ihren Gesellschaftern wie juristische Personen verselbständigt.¹³ So können sie unter ihrer Firma Rechte erwerben bzw. Verbindlichkeiten eingehen (Art. 562, 602 OR) und werden insbesondere durch die von einem vertretungsbefugten Gesellschafter in ihrem Namen getätigten Rechtsgeschäfte als solche berechtigt und verpflichtet (Art. 567 Abs. 1 OR). Sie können Verträge nicht nur mit Dritten, sondern auch mit einzelnen oder der Gesamtheit ihrer eigenen Gesellschafter abschliessen. Den Gesellschaftsgläubigern haftet bis zu einer allfälligen subsidiären Haftungserstreckung auf die Privatvermögen der Gesellschafter ebenfalls nur das Gesellschaftsvermögen.¹⁴ Diese vom Gesetz zumindest im Ausnahmeverhältnis vorgesehene Trennung rechtfertigt insbesondere im Zusammenhang mit den hier interessierenden vertragsrechtlichen Fragen eine prinzipielle Gleichbehandlung der Personenhandelsgesellschaften mit den Körperschaften. Damit

9 Siehe dazu beispielhaft die Ausführungen zur Auslösung eines privaten Vorkaufsrechts (III.3.).

10 Siehe dazu beispielhaft die Ausführungen zu den Regeln über Inlichgeschäfte (III.1.).

11 Siehe dazu beispielhaft die Ausführungen zur Täuschung durch einen Gesellschafter (III.2.).

12 Siehe dazu beispielhaft die Ausführungen zur vertraglichen Mitverpflichtung (III.4.).

13 Grundlegend und zugleich unter Hinweis auf die Verselbständigung im Innenverhältnis VONZUN, Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Basel 2000, N 405 ff.

14 Art. 568 Abs. 3, 604, 605, 606, 607 OR; in Form der Innenhaftung auch Art. 610 Abs. 2 OR.

bildet auch bei den Personenhandelsgesellschaften im Vertragsrecht die Trennung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft den Grundsatz und die Einheitsbetrachtung die im Einzelfall zu begründende Ausnahme.

III. Einzelne Relativierungen der Verselbständigung von Gesellschaften

1. *Wirksamkeit von Insichgeschäften*

a) Anwendungsbereich der Regeln über Insichgeschäfte

Das Selbstkontrahieren¹⁵ und die Doppelvertretung¹⁶ bilden die beiden Grundkonstellationen im Anwendungsbereich der Regeln über Insichgeschäfte.¹⁷ Daneben wird aber auch aus Gründen der Gleichbehandlung und des Umgehungsschutzes eine Erstreckung dieser Regeln auf Fälle vergleichbarer Interessenkonflikte erwogen.¹⁸ So liegt beispielsweise eine dem Selbstkontrahieren benachbarte Konstellation vor, wenn zwei Aktiengesellschaften zwar durch zwei verschiedene Vertreter vertreten werden, der eine Vertreter jedoch an der von ihm nicht vertretenen Aktiengesellschaft zu 100% beteiligt ist.¹⁹ Eine der Doppelvertretung vergleichbare Situation entsteht, wenn zwei Personen zwar durch zwei verschiedene Vertreter vertreten werden, der eine Vertreter jedoch an der anderen als AG oder GmbH organisierten Vertreterin zu 100% beteiligt ist.

In diesen Fällen ist neben der dogmatischen Einkleidung vor allem die Frage nach der hinreichenden Vergleichbarkeit des Interessenkonflikts und der damit zusammenhängenden Anforderungen insbesondere an das Näheverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft zu klären.

15 Dazu etwa BGE 39 II 561; 50 II 168; 95 II 442; KGer SG GVP 1997 Nr. 33, SJZ 1999, 328.

16 Dazu etwa BGE 63 II 173, 174 f.; 93 II 461, 480 ff.; 95 II 617, 621 f.; 98 II 211, 219; BGer ZR 77 (1978), 126 ff. (Nr. 44).

17 SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N 42.18 f.

18 BGE 89 II 321 (bejahend); 111 II 284 (bejahend); 126 III 361 (bejahend); BGer, 24.11.2006, 4C.327/2005 (bejahend); BGer, 4C.402/1998 = Pra 2000 Nr. 50 (ablehnend); SCHWENZER (Fn. 17), N 42.21; BaslerKomm/WATTER/SCHNELLER, Art. 33 OR N 19; weitgehend ablehnend SCHOTT, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Zürich 2002, 76 ff. und ZOBL, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989, 289, 304 ff.; im deutschen Recht etwa BOEHMER, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II/2, Tübingen 1952, 66 f. und 71 (Ausdehnung der Verbotsnorm auf bewusst oder unbewusst «getarnte» Selbstkontrahierungsakte); krit. FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. (Das Rechtsgeschäft), 3. Aufl., Berlin 1979, 819 f.

19 Vgl. dazu BGer 4C.327/2005 (in casu bestand sogar nur eine Mehrheitsbeteiligung an der anderen Aktiengesellschaft, die allerdings durch die Ehefrau des Mehrheitsaktionärs vertreten wurde, so dass neben dem wirtschaftlichen auch noch ein persönliches Näheverhältnis bestand); siehe auch die Erwägungen in BGE 112 II 503, 506.

Dogmatisch kann die Anwendung der Regeln über Insichgeschäfte in den Fällen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an einem der Vertragspartner bzw. Vertreter zunächst durch eine Identifikation zwischen Gesellschafter und Gesellschaft gerechtfertigt werden. Es handelt sich dann kraft der Identifikation um schlichte Fälle des Selbstkontrahierens bzw. der Doppelvertretung. Die Identifikation missachtet jedoch die rechtliche Verselbständigung der als Vertragspartnerin bzw. Vertreterin agierenden Gesellschaft; sie lässt sich in Mehrpersonengesellschaften auch nur schwer begründen. Vorzugswürdig erscheint daher die Erstreckung der Regeln über Insichgeschäfte auf alle Fälle, in denen die gesellschaftsrechtliche Beteiligung Grund für einen vergleichbaren Interessenkonflikt bildet. Damit werden auch die gesellschaftsrechtlichen Näheverhältnisse wie die anderen wirtschaftlichen und persönlichen Näheverhältnisse behandelt, bei denen ein eigentlicher Identifikationsdurchgriff nicht möglich ist.

Ein wirtschaftliches Näheverhältnis kann zu einer Gesellschaft insbesondere durch eine namhafte Beteiligung entstehen. Erfasst werden dabei nicht nur die Fälle einer Stellung als (wirtschaftlich) alleiniger²⁰ oder beherrschender²¹ Gesellschafter. Die unmittelbare oder über persönlich bzw. wirtschaftlich nahe stehende Personen vermittelte Beteiligung an der Gesellschaft muss lediglich einen dem Selbstkontrahieren oder der Doppelvertretung vergleichbaren Interessenkonflikt heraufbeschwören. Dies wird man immer und nur dann annehmen können, wenn sich der Gesellschafter mit Unternehmerinitiative und Unternehmerrisiko als sog. Unternehmergeellschafter²² massgeblich an der Gesellschaft beteiligt. Lediglich aus Gründen der Rechtssicherheit²³ mag man hierfür in schematischer Weise verlangen, dass der betroffene Gesellschafter entweder an der Geschäftsführung und zu mindestens 5% (börsenkotierte Aktiengesellschaften) bzw. 10% (übrige Gesellschaften) am Kapital der Gesellschaft beteiligt ist oder über eine ausschliesslich kapitalmässige Beteiligung von mindestens 25% verfügt.²⁴

Ein persönliches Näheverhältnis zur Gesellschaft bzw. zu einer am Rechtsgeschäft beteiligten natürlichen Person kann vor allem durch Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit einem massgeblich beteiligten Gesellschafter bzw. Gesell-

20 So aber für das deutsche Recht HÜBNER, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, München 1978, 192 f. mit Fn. 14.

21 So aber für das deutsche Recht WILHELM, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln 1981, 143 ff.

22 Zu den Voraussetzungen der Stellung als Unternehmergeellschafter eingehend JUNG (Fn. 7), 48 ff.

23 Zur Notwendigkeit einer rechtssicheren Handhabung des Insichgeschäftsverbots generell SCHRAMM, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), Bd. 1/Teilband 1 (§§ 1-240), 5. Aufl., München 2006, § 181 BGB Rn. 10 und 35.

24 Siehe zu dieser schematischen Betrachtung der Unternehmergeellschafterstellung JUNG (Fn. 7), 93 ff.

schaftsorganmitglied oder mit einem Vertragspartner der Gesellschaft entstehen. So liegt beispielsweise ein der unmittelbaren Doppelvertretung vergleichbarer Interessenkonflikt vor, wenn zwei Aktiengesellschaften bei einem Vertragsschluss zwar durch unterschiedliche Personen vertreten werden, die beiden Vertreter jedoch miteinander verheiratet sind.²⁵

Da Dritte den Interessenkonflikt, der sich anders als beim Selbstkontrahieren und bei der Doppelvertretung nicht aus der blossen Vertragsschlussituation ergibt, nicht ohne weiteres erkennen können, kann ihnen die Unwirksamkeit des Vertretungsgeschäfts nur dann entgegengehalten werden, wenn sie den Interessenkonflikt kannten oder kennen mussten.²⁶ Im Bereich der handelsrechtlichen Stellvertretung erfordert das Kennenmüssen dabei eine mit der groben Fahrlässigkeit vergleichbare Evidenz des Missbrauchs.²⁷ Ein Gutgläubensschutz wird dennoch nur selten relevant werden,²⁸ da die Vertragspartner in den hier interessierenden Fallkonstellationen zumeist aufgrund eigener oder zurechenbarer Kenntnis des Interessenkonflikts als bösgläubig anzusehen sind.²⁹

b) Zulässigkeit von Insihgeschäften

Nach ständiger Rechtsprechung³⁰ und ganz herrschender Lehre³¹ sind das Selbstkontrahieren und die Doppelvertretung im Schweizer Recht zum Schutz der

25 Siehe dazu auch den Fall BGer 4C.327/2005, in dem der Ehemann zugleich noch Mehrheitsaktionär der von seiner Ehefrau vertretenen Aktiengesellschaft und mithin zugleich noch ein wirtschaftliches Näheverhältnis gegeben war; einen der Doppelvertretung vergleichbaren Fall trotz gegebenen Geschwisterverhältnisses hingegen verneinend BGer 4C.402/1998 = Pra 2000 Nr. 50.

26 BGE 120 II 5, 9 f.; 126 III 361, 363 f.; BGer, 15.8.2005, 4C.25/2005, E.1; zustimmend auch ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates – Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, Zürich 2007, N 360.

27 EGGER, Missbrauch der Vertretungsmacht, Festgabe Wieland, Basel 1934, 47, 64.

28 Denkbar wäre ein Gutgläubensschutz etwa in dem Fall, in dem eine dabei durch ihren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat vertretene Aktiengesellschaft dem ahnungslosen Gläubiger für dessen Forderung gegen die von dem Verwaltungsrat beherrschte GmbH eine Bürgschaft bestellt.

29 In den Fällen des Selbstkontrahierens kennt der betroffene Vertreter nicht nur den eigenen Interessenkonflikt, sondern auch die gesellschaftsinternen Regelungen betreffend die Erteilung einer allfälligen Genehmigung seines Verhaltens nach Art. 38 Abs. 1 OR bzw. sollte diese zumindest kennen, sofern er nicht ausnahmsweise einem entschuldbaren Irrtum unterliegt; in den Fällen der Doppelvertretung wird die Bösgläubigkeit des Vertreters den Vertretenen nach den Grundsätzen der Wissensvertretung zugerechnet; denkbar ist ein Schutz gutgläubiger Dritter damit fast nur in den Fällen eines sog. Eigengeschäfts (siehe dazu auch die Annahme der Gutgläubigkeit in BGE 111 II 284, 290 sowie Fn. 28).

30 BGE 39 II 561, 568; 95 II 442, 453; 95 II 617, 621; 126 III 361, 363; BGer 4C.212/2002.

31 Siehe nur BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 602; im Begründungsansatz, nicht jedoch im Ergebnis abweichend BaslerKomm/WATTER, Art. 718a OR N 12 ff.; krit. HUGUENIN, Insihgeschäfte im Aktienrecht, FS Böckli, Zürich 2006, 521, 526 f. (Vorzugs-

Vertretenen grundsätzlich unzulässig. Da dem Vertreter für solche Geschäfte die Vertretungsmacht fehlt,³² ist das Geschäft schwebend unwirksam i.S.v. Art. 38 OR.³³ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Gefahr einer Übervorteilung der/des Vertretenen ausgeschlossen werden kann³⁴ oder die/der Vertretene aus anderen Gründen wie insbesondere einer Zustimmung ausnahmsweise einmal nicht schutzbedürftig sein sollte.

Ist die vertretene Person bzw. Personengesamtheit eine Gesellschaft, gilt sie herkömmlich dann als nicht schutzbedürftig, wenn sie mit einem Gesellschafter kontrahiert, der direkt oder über Treuhänder alle Anteile der betroffenen Gesellschaft hält.³⁵ Begründen lässt sich auch dies nicht mit Hilfe einer Identifikation zwischen Alleingesellschafter und Gesellschaft, da die Personenverschiedenheit der Vertragspartner schon allein aus Gründen des Vertragsrechts aufrechterhalten werden muss. Vielmehr ist auf die zwischen der Gesellschaft und ihrem (wirtschaftlich) einzigen Gesellschafter bestehende Interessenidentität zu verweisen, die einen Interessenkonflikt erst gar nicht entstehen lässt.³⁶ Eine solche Interessenidentität wäre nur dann zu verneinen, wenn man die Interessen der Gesellschaftsgläubiger als Teil des Gesellschaftsinteresses betrachtete. Dies wird jedoch zu Recht in Rechtsprechung³⁷ und Lehre³⁸ ganz überwiegend abgelehnt, da Gläubigerinteressen zumindest bis zur Eröffnung des Gesellschaftskonkurses³⁹ Drittinteressen sind und die Gläubiger wie auch sonst bei nachteiligen Geschäften der Gesellschaft

würdigkeit einer Inhaltskontrolle auf Verlangen nach dem Modell von Art. 678 Abs. 2 OR gegenüber der geltenden Ungültigkeitsvermutung der Rechtsprechung); zweifelnd auch ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2. Aufl., Bern 1997, 415 f.

- 32 SCHWENZER (Fn. 17), N 42.20; ZOB, ZBJV 1989, 303; STUTZ/VON DER CRONE, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, Bemerkungen zu BGE 127 III 332, SZW 2003, 102, 104.
- 33 BaslerKomm/WATTER/SCHNELLER, Art. 33 OR N 19; Commentaire romand/CHAPPUIS, Art. 33 OR N 32; KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Bern 2009, § 21 N 31; ENGEL (Fn. 31), 415.
- 34 So (etwas eng) die st. Rspr. seit BGE 39 II 561, 566.
- 35 BGE 50 II 168, 182 ff.; 126 III 361, 365 ff.; BGer 4C.148/2002; HGer ZH ZR 104 (2005), 257 ff. (Nr. 71); vgl. auch BGE 132 III 758, 764 (eine Aktienkapitalbeteiligung von 47% begründete keine Interessenidentität).
- 36 PORTMANN, *Das Selbstkontrahieren des Vertreters*, Zürich 1941, 100 ff.; KEICHER, *Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters*, Bern 1940, 54.
- 37 BGE 126 III 361, 366 f.; vgl. dazu auch schon BGE 93 II 461, 481 (keine Berücksichtigung von Gläubigerinteressen bei der Genehmigung des Vertretergeschäfts durch den Vertretenen); anders noch BGE 50 II 168, 184 f.
- 38 EGGER (Fn. 27), 58; KEICHER (Fn. 36), 54 f.; ZOB, ZBJV 1989, 312 f.; BÖCKLI (Fn. 31), § 13 N 608; a. A. Commentaire romand/PETER/CAVADINI, Art. 718b OR N 10; und STUTZ/VON DER CRONE, SZW 2003, 102, 109.
- 39 Mit Eröffnung des Gesellschaftskonkurses dient das Gesellschaftsvermögen nach Art. 197 Abs. 1 SchKG als Konkursmasse der gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger, so dass deren Befriedigungsinteresse zu berücksichtigen ist.

lediglich mittelbar betroffen sind. Den Gesellschaftsgläubigern stehen mit den paulianischen Anfechtungsklagen sowie der Verantwortlichkeitsklage zudem andere Rechtsbehelfe zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zur Verfügung. Da wegen der Interessenidentität das Verbot von Insichgeschäften erst gar nicht zum Tragen kommt, bedarf es auch nicht der zumeist rein fiktiven Annahme einer stillschweigenden Zustimmung der Gesellschaft.⁴⁰

c) Schriftform von Insichgeschäften

Neben die von der Rechtsprechung für Insichgeschäfte entwickelten allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen sind seit 1.1.2008 bei einer Beteiligung bestimmter Gesellschaften⁴¹ zusätzliche Formanforderungen getreten (Art. 718b, 814 Abs. 4 und 899a OR).⁴² Die wenig geglückten neuen Regelungen⁴³ werfen zahlreiche Auslegungsprobleme auf, zu denen die Frage gehört, ob neben dem Selbstkontrahieren auch die Doppelvertretung und weitere vergleichbare Interessenkonfliktsituationen erfasst werden. Was insoweit die oben als vergleichbar eingestuften Fälle eines wirtschaftlichen Näheverhältnisses durch Gesellschaftsbeteiligung anbetrifft, so sollte das Schriftformerfordernis aufgrund einer teleologischen Extension auch auf sie zur Anwendung kommen. Die durch die schriftliche Fixierung des Vertragsinhalts herbeigeführte Transparenz und Kontrollmöglichkeit scheint nämlich auch in diesen Situationen gleichermaßen erforderlich.⁴⁴

2. *Absichtliche Täuschung durch Dritte*

Nach Art. 28 Abs. 2 OR setzt die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch einen Dritten voraus, dass der Erklärungsempfänger die Täuschung kannte oder kennen musste.⁴⁵ Hat ein Gesellschafter die arglistige Täuschung verübt und ist die Erklärung gegenüber einem Vertreter der Gesellschaft abgegeben worden, stellt sich damit noch vor einer etwaigen Zurechnung des Gesellschafterwissens die

40 Anders noch BGE 50 II 168, 184 f.

41 Der Anwendungsbereich der neuen Normen ist auf Aktiengesellschaften (Art. 718b OR), Kommanditaktiengesellschaften (Art. 764 Abs. 2 i.V.m. 718b OR), Gesellschaften mbH (Art. 814 Abs. 4 OR i.V.m. 718b OR) und Genossenschaften (Art. 899a OR) beschränkt.

42 Zur kumulativen Anwendung der Schriftformerfordernisse siehe nur GLANZMANN, Die kleine Aktienrechtsrevision, ZBGR 88 (2007), 69, 77 f. und WALDBURGER, Die «kleine» Aktienrechtsrevision (Teil 1) – Neuerungen in den Bereichen Gründung, Organisation, Vertretung, GesKR 4/2007, 411, 419.

43 Krit. auch GLANZMANN, ZBGR 88 (2007), 69, 77 und WALDBURGER, GesKR 4/2007, 411, 418.

44 Generell für eine ausdehnende Anwendung der Formvorschriften auf vergleichbare Interessenkonfliktsituationen BaslerKomm/WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 718b OR N 2.

45 Allerdings mit guten Gründen für eine Beschränkung der Anfechtung auf Fälle der Kenntnis des Vertragspartners BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 28 OR N 15 und HUGUENIN, Die absichtliche Täuschung durch Dritte, SJZ 1999, 261, 263 ff.

Frage, ob der Gesellschafter überhaupt als Dritter i.S.v. Art. 28 Abs. 2 OR angesehen werden kann. Dritte sind nämlich nicht schon alle Personen, die weder Erklärender noch Erklärungsempfänger sind. Die Kriterien für die gewünschte Einschränkung sind jedoch umstritten⁴⁶ und insbesondere für das Gesellschaftsrecht noch weitgehend ungeklärt.

Eine Anwendung von Art. 28 Abs. 2 OR wäre von vornherein auszuschliessen, wenn man entweder eine Identifikation des Gesellschafters mit der Gesellschaft annähme oder eine Zurechnung des Gesellschafterverhaltens zur Gesellschaft begründen könnte. Nach dem Normzweck von Art. 28 Abs. 2 OR soll es nur dann auf eine konkrete Wissenszurechnung ankommen, wenn eine unbeteiligte und damit auch unabhängig vom Erklärungsempfänger handelnde Person die Täuschung verübt hat. Damit erweist sich die Restriktion des Begriffs des Dritten materiell als ein Problem der Verhaltenszurechnung. Bei Beteiligung einer Gesellschaft geht es nicht um eine vor allem am Beteiligungsumfang orientierte schematische Identifikation zwischen Gesellschafter und Gesellschaft unter Missachtung des Trennungsprinzips, sondern um eine Zurechnung des Gesellschafterverhaltens zur Gesellschaft, die es rechtfertigt, die Gesellschaft und ihren Gesellschafter als Handlungseinheit («ein Lager») zu betrachten.

Eine solche Zurechnung des Gesellschafterverhaltens kann sich zunächst aus einer direkten Anwendung einschlägiger Zurechnungsnormen ergeben.⁴⁷ Im Körperschaftsrecht ist das Verhalten eines Gesellschafters der Körperschaft dann zuzurechnen, wenn der Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftszwecks gehandelt hat und im Zeitpunkt der Täuschung zugleich Exekutivorganmitglied gewesen ist oder ausnahmsweise einmal als faktisches Organ⁴⁸ gehandelt haben sollte.⁴⁹ Im Personengesellschaftsrecht fehlt zwar eine entsprechende allgemeine Norm der Verhaltenszurechnung, da sich Art. 567 Abs. 3 OR nur auf die Zurechnung schädigender unerlaubter Handlungen bezieht, doch kann die absichtliche Täuschung auch als unerlaubte Handlung qualifiziert werden.⁵⁰ Im Personengesellschafts- wie im Körperschaftsrecht ist auch eine Zurechnung über Art. 32 OR möglich, wenn der Gesellschafter als rechtsgeschäftlicher Stellvertreter der Gesellschaft gehandelt

46 BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 28 OR N 16 f. m.w.N.

47 HUGUENIN, SJZ 1999, 261, 263 ff.

48 Faktische Organe sind nach st. Rspr. und gefestigter Lehre Personen, die zwar nicht wirksam als Organe bestellt wurden, jedoch «tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen» (BGE 128 III 29, 30) bzw. als «organtypisch verhaltende Drahtzieher im Hintergrund» (BÖCKLI [Fn. 31], § 18 N 109 ff.) fungieren.

49 BGE 61 II 228, 234; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 28 OR N 16; unzutreffend noch BGE 41 III 148.

50 Dazu generell BGE 108 II 419, 421.

hat⁵¹ und nicht mit dem Vertragspartner identisch ist.⁵² Hat der Gesellschafter mit Wissen und Wollen der Gesellschaft an der Erfüllung einer Schuldpflicht mitgewirkt, kommt schliesslich eine Zurechnung nach Art. 101 Abs. 1 OR in Betracht.⁵³ Bei Willenserklärungen, die im Zusammenhang mit der Begründung oder Umgestaltung eines Vertragsverhältnisses stehen, könnte man die massgebliche (vor-)vertragliche Schuldpflicht der Gesellschaft darin erblicken, den (potentiellen) Vertragspartner nicht zu täuschen.

In allen übrigen Fällen könnte die Handlungseinheit durch Verhaltenszurechnung nur mit Hilfe einer entsprechenden Anwendung der in Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 101 Abs. 1 OR massgeblichen Zurechnungsgesichtspunkte gestützt werden. Als im Lager der Gesellschaft stehend könnte der Gesellschafter damit auch in allen übrigen Fällen nur dann gelten, wenn er entweder in Ausübung seiner gesellschaftsbezogenen Verrichtungen (vgl. Art. 55 Abs. 2 ZGB, Art. 722 OR) oder mit Wissen und Wollen der Gesellschaft (vgl. Art. 101 Abs. 1 OR) als deren Repräsentant tätig geworden ist. Demgegenüber würde es zu weit führen, die Dritteigenschaft des Gesellschafters bereits dann zu verneinen, wenn der Täuschende von der Erklärung unmittelbar wirtschaftlich betroffen ist bzw. wenn aus Sicht des Erklärenden zwischen dem Täuschenden und dem Erklärungsempfänger eine wirtschaftliche Einheit besteht.⁵⁴ Selbst den Allein-⁵⁵ und den Mehrheitsgesellschafter⁵⁶ kann man nicht per se mit der Gesellschaft als Erklärungsempfängerin identifizieren. Vielmehr ist das Erfordernis einer Wissenszurechnung nur dann entbehrlich, wenn auch diese Gesellschafter im konkreten Fall als Repräsentanten der Gesellschaft tätig geworden sind.⁵⁷

3. *Auslösung eines privaten Vorkaufsrechts*

Haben ein Gesellschafter oder eine Gesellschaft in Ansehung eines Grundstücks einem anderen ein Vorkaufsrecht eingeräumt, stellt sich bei einem dieses Grundstück betreffenden Kaufvertrag zwischen Gesellschafter und Gesellschaft die

51 HUGUENIN, SJZ 1999, 261, 267 m.w.N.

52 Zu dieser Einschränkung BGE 112 II 503, 505 f.

53 Dazu generell BGE 108 II 419, 421 f.

54 Demgegenüber auf die wirtschaftliche Identität abstellend BLUMER, in: HONSELL (Hrsg.), Kurzkomentar OR I (Art. 1-529), Bern 2008, Art. 28 OR N 9; anders auch für das deutsche Recht SERICK, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Tübingen 1955, 43 (vermeintlicher Missbrauch der juristischen Person).

55 So aber im deutschen Recht OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.12.1975, WPM 1976, 1257, 1262.

56 So aber im deutschen Recht FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd./2. Teil (Die juristische Person), Berlin 1983, 74.

57 Ebenfalls generell auf die Funktion mit Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft abstellend HUGUENIN, SJZ 1999, 261, 269.

Frage, ob es sich bei dem in der Gesellschaftssphäre verbleibenden Geschäft um ein das Vorkaufsrecht auslösendes Geschäft handelt. Ausgelöst wird das Vorkaufsrecht nach Art. 216c Abs. 1 OR nämlich nur durch einen Kauf bzw. ein kaufähnliches Geschäft mit einem Dritten (vgl. auch Art. 216d Abs. 3 OR).⁵⁸

Die Antwort auf diese Frage ist wiederum vom Zweck der Regelungen über das Vorkaufsrecht abhängig. Diese sollen es dem Vorkaufsberechtigten ermöglichen, seine Erwerbsinteressen gegenüber einem zunächst noch nicht zum Verkauf bereiten Verpflichteten zu sichern und/oder den mit Willen des Verpflichteten erfolgenden Erwerb durch einen Dritten abzuwehren.⁵⁹ Diese Interessen bleiben gewahrt, solange auch nach dem Verkauf allein der Wille des Verpflichteten für die tatsächliche und rechtliche Disposition über das Grundstück massgeblich bleibt. Verkauft mithin ein Gesellschafter einen Gegenstand an seine Gesellschaft oder umgekehrt, kann das Vorkaufsrecht nur dann ausgeübt werden, wenn der Erwerber zumindest theoretisch in der Lage ist, einen anderen Dispositionswillen als der Verpflichtete zu bilden. An dieser Möglichkeit fehlt es aber nur, wenn auf beiden Seiten des Geschäfts dieselben natürlichen Personen stehen, da jede Personenverschiedenheit auch dann, wenn sie nur durch das Hinzutreten oder den Wegfall unbedeutender Gesellschafter bedingt ist, die theoretische Möglichkeit eines abweichenden Dispositionswillens mit sich bringt.

Aber auch bei einer vollständigen Personenidentität zwischen Verkäufer und Erwerber werden die Interessen des Vorkaufsberechtigten nur dann gewahrt, wenn dieser sein Vorkaufsrecht künftig auch gegenüber dem Erwerber bei einem etwaigen Weiterverkauf ausüben kann. Dies ist aber nur der Fall, wenn das Vorkaufsrecht mit realobligatorischer Wirkung im Grundbuch vorgemerkt wurde (vgl. Art. 216a OR) oder der Vorkaufsverpflichtete mit Hilfe eines Vertrages zugunsten Dritter dem Erwerber eine inhaltsgleiche Vorkaufsverpflichtung auferlegt.⁶⁰ Denkbar wäre hier zwar auch eine im Zeitpunkt des Weiterverkaufs erneut vorzunehmende Identifikation zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Ersterwerber,⁶¹ doch verstiesse diese Identifikation nicht nur gegen das Trennungsprinzip, sie liesse sich bei einem Gesellschafterwechsel oder gar einer Auflösung der Gesellschaft auch nur schwer begründen.

58 BGE 44 II 362, 369; BaslerKomm/HESS, Art. 216c OR N 3.

59 BGE 44 II 362, 369 f.; zur wirtschaftlichen Funktion des Vorkaufsrechts siehe nur SCHURIG, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, Berlin 1975, 16.

60 Vgl. dazu für das deutsche Recht HUBER, in: SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3 (§§ 433-515), 12. Aufl., Stuttgart 1991, § 504 BGB Rn. 15a.

61 Vgl. für das deutsche Recht MERTENS, in: HACHENBURG, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Grosskommentar, Bd. 1 (§§ 1-34), 8. Aufl., Berlin 1992, Anh § 13 GmbHG Rn. 61.

Der Vorkaufsfall tritt damit bei Grundstückkaufverträgen u. ä. zwischen Gesellschafter und Gesellschaft nur dann nicht ein, wenn zum einen der oder die am Kauf bzw. kaufähnlichen Geschäft beteiligten Gesellschafter zugleich auch alleinige Gesellschafter sind (vollständige Personenidentität) und zum anderen die Vorkaufsverpflichtung auch in der Person des Erwerbers fortbesteht.

Der vorkaufsverpflichtete Gesellschafter kann die Auslösung des Vorkaufsrechts auch dadurch verhindern, dass er den betroffenen Gegenstand nicht an die Gesellschaft verkauft, sondern als Sacheinlage in das Gesellschaftsvermögen einbringt.⁶² Zielt diese Einbringung jedoch auf einen zeitnahen Weiterverkauf des Gegenstands durch die Gesellschaft oder einen wirtschaftlichen Weiterverkauf durch einen anschliessenden Verkauf sämtlicher Gesellschaftsanteile, kann der Eintritt des Vorkaufsfalls nach Art. 156 OR fingiert werden. Die bewusste Umgehung des Vorkaufsrechts stellt dann nämlich die treuwidrige Verhinderung eines Bedingungseintritts dar.⁶³ Zumindest bei einem Weiterverkauf durch die Gesellschaft bestehen auch mit einem Dritten vereinbarte Bedingungen, zu denen der Vorkaufsberechtigte den Gegenstand erwerben kann.

4. *Relativität vertraglicher Schuldverhältnisse*

Die Rechte und Pflichten aus einem vertraglichen Schuldverhältnis bestehen grundsätzlich nur zwischen den Parteien des Vertrags.⁶⁴ Auch den vertraglichen Schutzpflichten wird im Schweizer Recht keine Wirkung gegenüber Dritten beigemessen.⁶⁵ Sofern eine Gesellschaft bzw. ein Gesellschafter Vertragspartei ist, kann sich jedoch die Frage stellen, ob sich die vertraglichen Rechte und Pflichten auch dann auf den Gesellschafter bzw. die Gesellschaft erstrecken, wenn dieser bzw. diese weder in den ganzen Vertrag noch in einzelne seiner Schuldverhältnisse i.e.S. formell einbezogen wurde. Vor dem Hintergrund des Trennungsprinzips ist die Frage für alle rechtlich verselbständigten Gesellschaften grundsätzlich zu verneinen. In Rechtsprechung und Lehre werden aber immer wieder Ausnahmen diskutiert und praktiziert.

62 Bei der Einbringung auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage handelt es sich nicht um einen kaufähnlichen Austauschvertrag mit einer in Geld oder anderen vertretbaren Sachen bestehenden Gegenleistung, so dass eine Anwendung von Art. 216c Abs. 1 OR mit Recht ganz überwiegend abgelehnt wird: BGE 44 II 362, 369; ZürcherKomm/HAAB/SIMONIUS, Art. 681 ZGB N 32; CHK/BINDER, Art. 216c OR N 4; a. A. für die Einbringung in eine Einpersonen-Gesellschaft BaslerKomm/HESS, Art. 216c OR N 8.

63 Zur Qualifikation des Vorkaufsrechts als Abschluss eines doppelt bedingten (Eintritt des Vorkaufsfalls, Ausübung des Vorkaufsrechts) Kaufvertrags BGE 44 II 362, 368.

64 Siehe generell zum Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen und zu anerkannten Ausnahmen SCHWENZER (Fn. 17), N 4.06 ff.

65 Siehe dazu nur BGE 130 III 345, 347 f.; SCHWENZER (Fn. 17), N 87.05.

a) Erstreckung der Vertragswirkungen bei Einpersonengesellschaften?

Eine Durchbrechung des Relativitäts- bzw. Trennungsprinzips ist zunächst bei Einpersonengesellschaften zu erwägen. So hat das Bundesgericht einmal nach Treu und Glauben eine wirtschaftliche Identifikation vorgenommen, um die von dem Käufer eines Patents übernommenen vertraglichen Nebenleistungs- und Unterlassungspflichten auf eine Gesellschaft zu erstrecken, die der Käufer nach Kaufvertragsschluss als wirtschaftlicher Alleingesellschafter⁶⁶ gegründet und auf die er das Patent übertragen hatte.⁶⁷ Es würde dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, wenn sich jemand seinen vertraglichen Verpflichtungen durch die Gründung einer entsprechenden Geschäftstätigkeit entfaltenden Aktiengesellschaft entziehen könnte. So müsse etwa ein für den (praktisch) einzigen Aktionär bestehendes Konkurrenzverbot regelmässig auch für dessen Aktiengesellschaft gelten.⁶⁸ Obwohl das Bundesgericht hierauf nicht ausdrücklich Bezug nahm, kann vermutet werden, dass es sich bei dieser Entscheidung von der Vermutung einer Umgehungsabsicht des Patentkäufers und damit vom Gesichtspunkt eines subjektiven Rechtsmissbrauchs⁶⁹ leiten liess.

Die blossе Stellung als einziger Gesellschafter kann die Identifikation zwischen Gesellschaft und Gesellschafter jedoch nach der hier vertretenen Ansicht noch nicht begründen. So hat das Bundesgericht in einem Fall, in dem die einzige Aktionärin und Verwaltungsrätin einer Mitarbeiterin der Aktiengesellschaft mit der Begründung fristlos gekündigt hatte, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wegen eines Verhältnisses zwischen dem Ehemann der Alleinaktionärin und der Mitarbeiterin unzumutbar sei, das Trennungsprinzip aufrechterhalten und mithin eine Betroffenheit der Aktiengesellschaft als Arbeitgeberin durch den vermeintlichen Ehebruch mit Recht verneint.⁷⁰

b) Mitverpflichtung bei notwendiger Mitwirkung an der Erfüllung?

Eine nicht durch Vereinbarung begründete Mitverpflichtung der Gesellschaft könnte ferner dann in Betracht kommen, wenn der (wirtschaftliche) Alleingesellschafter⁷¹ bzw. die Gesellschaftergesamtheit⁷² eine vertragliche Verpflichtung nur

66 Im Zeitpunkt der Patentübertragung war der Käufer zwar nicht Alleinaktionär, die anderen Aktionäre waren aber verpflichtet, entsprechend dem Willen des Patentkäufers von ihren Aktienrechten Gebrauch zu machen. Der Verwaltungsratspräsident der Aktiengesellschaft handelte ausschliesslich nach den Anordnungen des Patentkäufers.

67 BGE 71 II 272 ff.

68 BGE 71 II 272, 274; WIELAND, Handelsrecht, Zweiter Band: Die Kapitalgesellschaften, München 1931, 382 f. und 394 f.

69 Zur Rechtfertigung eines Durchgriffs unter dem Gesichtspunkt des subjektiven Rechtsmissbrauchs auch BGE 113 II 31, 36.

70 BGE 129 III 380 ff.

71 MERTENS (Fn. 61), Anh § 13 GmbHG Rn. 57.

unter Mitwirkung der Gesellschaft vollständig erfüllen kann. Eine Mitverpflichtung der Gesellschaft allein aufgrund des Bedürfnisses ihrer Mitwirkung an der Erfüllung und der gesellschaftsrechtlichen Stellung des verpflichteten Gesellschafters kann jedoch nicht befürwortet werden. Sie verstiesse nicht nur formalrechtlich gegen das Trennungsprinzip und das Verbot eines Vertrages zulasten Dritter, sondern würde auch im Falle einer vollständigen Personenidentität immer noch berechnigte Interessen der Gesellschaftsgläubiger und bei Kapitalgesellschaften gegebenenfalls auch Grundsätze der Kapitalerhaltung beeinträchtigen.

Aufgrund der besonderen Stellung eines Gesellschafters zu seiner Gesellschaft kann lediglich im Rahmen der Auslegung vertraglicher Vereinbarungen anhand des (hypothetischen) Parteiwillens eher von einer Einbeziehung der Gesellschaft in die übernommene Verpflichtung ausgegangen werden.⁷³ Soweit die Gesellschaft bei den Vertragsverhandlungen zudem nicht durch einen organschaftlich oder rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter, sondern allein durch einen nicht mit einer derartigen Vertretungsmacht ausgestatteten Gesellschafter repräsentiert wurde, ist noch das Bestehen einer sog. Duldungsvollmacht⁷⁴ in Erwägung zu ziehen. Zu beachten hat man dabei allerdings, dass das Schweizer Recht eine generelle Verpflichtungsermächtigung nicht kennt, so dass man das Vorliegen einer entsprechenden Vertretungsmacht im Einzelfall nachzuweisen hat.

c) Einwirkungspflicht des Gesellschafters?

Fehlt es an einer wirksamen Mitverpflichtung der Gesellschaft, wird die Auslegung der entsprechenden vertraglichen Vereinbarung zumeist ergeben, dass den massgeblich beteiligten Gesellschafter eine Pflicht treffen soll, im Rahmen des rechtlich Möglichen⁷⁵ auf die Gesellschaft einzuwirken. Der Gläubiger kann dann verlangen, dass der Gesellschafter alle ihm rechtlich zur Verfügung stehenden Einwirkungsmöglichkeiten nutzt, um auf das erforderliche Tun, Dulden oder Unterlassen der Gesellschaft hinzuwirken.⁷⁶ Auch wenn die Durchsetzung der Ein-

72 Vgl. dazu für das deutsche Recht etwa BGH, WM 1974, 253, 254 (das eine KG betreffende Wettbewerbsverbot gelte nicht nur zugleich für deren Gesellschafter, sondern auch für eine sich aus denselben natürlichen Personen zusammensetzende andere KG).

73 Zu entsprechenden Vertragsklauseln und ihrer Auslegung im Recht der verbundenen Unternehmen siehe REHBINDER, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg 1969, 163 ff.; zu den Auslegungskriterien in Ermangelung besonderer Vertragsklauseln (Vertragszweck, Funktion der vereinbarten Unterlassungspflicht, berechnigte geschäftliche Interessen des Gläubigers, Erforderlichkeit sowie Treu und Glauben) siehe insbesondere a.a.O., 184.

74 Siehe zu dieser JUNG, in: HONSELL (Hrsg.), Kurzkommentar OR I (Art. 1-529), Bern 2008, Art. 33 OR N 15.

75 Zu beachten sind insbesondere die Regeln zur Kapitalerhaltung, zum Minderheitenschutz, zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses sowie zur Parität bzw. Unabhängigkeit anderer Organe.

76 Ausführlich für Leistungspflichtigen WILHELM (Fn. 21), 164 ff.

wirkungshandlungen auf Probleme stossen mag, haftet der verpflichtete Gesellschafter dem Gläubiger in jedem Fall auf Schadensersatz, wenn die Gesellschaft aufgrund des schuldhaften Versäumnisses zulässiger Einwirkungsmassnahmen ihre Mitwirkungshandlung verspätet, schlecht bzw. gar nicht erfüllt oder gegen eine Unterlassungspflicht verstösst.

Die Erfüllung von reinen Unterlassungspflichten wie insbesondere einem Konkurrenzverbot hat der Gesellschafter zunächst dadurch zu sichern, dass er eine Vornahme der zu unterlassenden Handlung durch die Gesellschaft nicht veranlasst.⁷⁷ Anderenfalls ist ihm diese Gesellschaftshandlung wie eine eigene zuzurechnen. So kann es etwa für das auf der gesellschaftlichen Treuepflicht beruhende Wettbewerbsverbot nach Art. 561 OR im Ansatz keinen Unterschied machen, ob der betroffene Gesellschafter hiergegen durch Geschäfte für eigene Rechnung oder durch die Einflussnahme auf eine von ihm beherrschte Gesellschaft verstösst. Dies gilt auch für den Fall der in Art. 561 OR nicht eigens erwähnten Beteiligung an einer Aktiengesellschaft. Im Übrigen ist es eine Frage der Auslegung, inwieweit der Gesellschafter im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten dafür Sorge zu tragen hat, dass die zu unterlassende Handlung nicht durch Gesellschaftsorgane oder Mitgesellschafter vorgenommen bzw. veranlasst wird.

IV. Schlussbemerkung

Über die rechtliche Verselbständigung von juristischen Personen und Personhandelsgesellschaften gegenüber ihren Gesellschaftern darf nicht leichtfertig hinweggegangen werden. Dies schliesst eine nur mit der Gesellschafterstellung schematisch begründete Identifikation von namentlich Allein- und Mehrheitsgesellschaftern mit ihrer Gesellschaft aus. Die vorstehend näher untersuchten Normwendungsfragen haben jedoch gezeigt, dass nach Massgabe des jeweiligen Normzwecks aufgrund unterschiedlicher konkreter Beziehungen zwischen der Gesellschaft und bestimmten Gesellschaftern eine Einheit begründet bzw. beim Fehlen dieser Beziehungen selbst für Alleingesellschafter verneint werden kann. Damit wird eine im Einzelfall sachgerechte und einigermaßen rechtssichere Anwendung von Rechtsnormen gewährleistet, die eine Rechtsfolge vom Vorhandensein einer Personenidentität oder Personenverschiedenheit abhängig machen.

77 Dazu auch REHBINDER (Fn. 73), 190.

