

3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

BGer 4A_455/2018: Rechtsgeschäftliche Vertretung der Aktiengesellschaft durch ein faktisches Organ

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen B. Inc., Vertretung der AG (Art. 718 und 32 ff. OR), faktische Organschaft.



PATRICK SCHMIDT*



CHRISTOPH BURCKHARDT**

Eine Aktiengesellschaft wird durch das rechtsgeschäftliche Handeln eines faktischen Organs nach Massgabe von Art. 718 ff. OR nicht gültig vertreten. Daran ändert auch Art. 722 OR nichts, wonach die Gesellschaft für unerlaubte Handlungen eines faktischen Organs in Ausübung der geschäftlichen Verrichtung haftet. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass das faktische Organ die Gesellschaft als zivilrechtlicher Stellvertreter im Sinne von Art. 32 ff. OR verpflichtet.

I. Sachverhalt und Prozessgang

Mitte November 2010 schlossen die B. Inc., mit Sitz auf den Britischen Jungferninseln, und die in der Schweiz domizilierte A. AG drei in Russisch und Englisch abgefasste Verträge über den Verkauf mehrerer tausend Tonnen Kohle von der B. Inc. an die A. AG und den Wiederverkauf raffinierter Kohle von der A. AG an die B. Inc. zum Wert mehrerer Millionen US-Dollar.¹ Die drei Verträge wurden nicht durch die formellen Organe der Gesellschaften ausgehandelt und unterschrieben. Die B. Inc. handelte durch den an der Gesellschaft wirtschaftlich Berechtigten M. Er wies eine Person innerhalb der Gesellschaft an, die Verträge in seinem Namen mit einer fingierten Unterschrift zu unterzeichnen. Für die A. AG unterschrieb auf dem Firmenstempel eine unbe-

* PATRICK SCHMIDT, MLaw, Rechtsanwalt, Doktorand an der Universität Zürich.

** CHRISTOPH BURCKHARDT, MLaw, Advokat, Doktorand an der Universität Zürich.

¹ BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, lit. A.a und A.b.

kannte Person mit einer bildhaften Unterschrift, bestehend aus einer grossen Schleife und drei kleinen Kreisen. Diese bildhafte Unterschrift ist trotz nebenstehendem Zusatz nicht diejenige von O., dem einzigen Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelzeichnungsberechtigung.² Die Parteien bestritten das Zustandekommen der drei Verträge nicht.³

In der Folge kam es zu Unregelmässigkeiten beim Vollzug der drei Verträge. Zur Beilegung der daraus entstandenen Streitigkeiten schlossen die A. AG und die B. Inc. am 28. Mai 2012 eine Vereinbarung. Darin anerkannte die A. AG unter Bezugnahme auf die ursprünglichen drei Verträge eine Schuld gegenüber der B. Inc. in der Höhe von USD 2'064'464. Diese Vereinbarung unterzeichnete für die B. Inc. der alleinige Geschäftsführer L.⁴ Für die A. AG unterzeichnete wiederum die unbekante Person mit der bildhaften Unterschrift. Im Sommer und im Herbst 2012 überwies O. sodann unter Bezugnahme auf einen der ursprünglichen Verträge vom November 2010 und die Vereinbarung vom 28. Mai 2012 drei Teilbeträge an die B. Inc.⁵

Die B. Inc. leitete am 10. März 2014 Forderungsklage gegen die A. AG vor dem Tribunal de première instance de Genève ein und verlangte die Zahlung von USD 2'064'464 unter Abzug der von O. bereits überwiesenen Teilbeträge. Die A. AG hielt der Forderung die Ungültigkeit der Vereinbarung vom 28. Mai 2012 entgegen.⁶ Mit Entscheid vom 16. August 2017 hiess das Gericht die Klage gut und verurteilte die A. AG zur Zahlung der eingeklagten Forderung. Die dagegen erhobene Berufung der A. AG wies die Cour de justice de la République et du canton de Genève mit Entscheid vom 1. Juni 2018 ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Sie hielt namentlich fest, dass die A. AG beim Abschluss der Vereinbarung vom 28. Mai 2012 durch die unbekante Person mit der bildhaften Unterschrift als faktisches Organ gültig vertreten wurde. Auf die Rüge der A. AG, mangels eigenhändiger Unterschrift bzw. mangels Verzicht auf die Schriftform bei der späteren Vereinbarung sei das Schriftformerfordernis (Art. 14 OR) verletzt, ging die Vorinstanz nicht ein.⁷ Die A. AG erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.⁸

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht ruft zunächst in Erinnerung, welche Personen eine Aktiengesellschaft in Rechtsgeschäften mit Dritten gültig vertreten und sie durch rechtsgeschäftliches Handeln verpflichten können: Erstens könne eine Gesellschaft durch das rechtsgeschäftliche Handeln eines Organs gemäss Art. 718 OR vertreten werden. Neben dieser organ-schaftlichen Vertretung könne sie zweitens bei entsprechender Ermächtigung gemäss Art. 721 OR auch durch Prokuristen oder andere Handlungsbevollmächtigte (Art. 458 und 462 OR) vertreten werden. Und drittens könne eine Gesellschaft durch einen zivilrechtlichen Stellvertreter gemäss Art. 32 ff. ZGB vertreten werden.⁹

Das Bundesgericht erwägt, dass die unbekante Person mit der bildhaften Unterschrift kein formelles Organ im Sinne von Art. 718 OR sei und sie auch nicht über eine Prokura oder eine andere Handelsbevollmächtigung im Sinne von Art. 458 ff. OR verfüge. Die unbekante Person habe die A. AG – wie dies noch die Vorinstanz in Anlehnung an Art. 55 Abs. 2 ZGB und Art. 722 OR betreffend die Zurechnung von deliktischem Verhalten von Organen angenommen hat – auch nicht als faktisches Organ gültig vertreten können. Art. 55 Abs. 2 ZGB und Art. 722 OR seien auf die Frage der rechtsgeschäftlichen Vertretung einer Gesellschaft nicht anwendbar; sie würden sich allein auf die Frage der Haftung der Gesellschaft beziehen, die sich ausserdem nur dann stelle, wenn eine rechtsgeschäftliche Vertretung durch die Organe ausser Betracht falle.¹⁰ Ein Mitglied des Verwaltungsrats solle sich aus Gründen der Unabhängigkeit den Handlungen eines Dritten nicht unterwerfen müssen. Eine Person, die weder gewählt noch im Handelsregister eingetragen ist, könne durch ihr Handeln nicht dieselben Befugnisse und Rechte erlangen wie ein Mitglied des Verwaltungsrats, das formell zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt wurde. Der Lehre zufolge dürfe der Verwaltungsrat nicht dulden, dass ein faktisches Organ im Namen der Gesellschaft handle.¹¹ Deshalb könne auch ein Allein- oder Mehrheitsaktionär, der sich in die Geschäftsführung einmische, die Gesellschaft nicht im Sinne von Art. 718 OR

² Siehe zum Gesagten BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, lit. A.c.

³ Siehe zum Ganzen BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, lit. A.b. Die B. Inc. räumte ein, durch die Verträge gebunden zu sein. Die A. AG räumte ein, sich durch die Unterschrift des Verwaltungsratsmitglieds O. verpflichtet zu haben.

⁴ Siehe zum Gesagten BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, lit. A.a und A.c.

⁵ Siehe zum Gesagten BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, lit. A.d.

⁶ BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, lit. A.c.

⁷ Siehe zum Gesagten BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, lit. B; CJ GE, ACJC/820/2018, 1.6.2018.

⁸ BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, lit. C.

⁹ Siehe zum Ganzen BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, E. 5.1–5.4.

¹⁰ Siehe zum Gesagten BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, E. 6.2.1; bestätigt in BGer, 4A_323/2019, 22.11.2019, E. 2.1.

¹¹ BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, E. 6.2.2 mit Hinweisen auf PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 13 N 92 ff. und 625; PETER JUNG, 1. Kapitel: Grundlagen des Handels- und Gesellschaftsrechts, in: Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2018, 217 ff., § 6 N 18; MICHAEL WYTTENBACH, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff?, Diss. Basel, Basel 2012, 247 ff. und 267 f.

vertraglich verpflichten. Unter den Voraussetzungen von Art. 722 OR sei es indessen nicht ausgeschlossen, dass der Gesellschaft unerlaubte Handlungen eines faktischen Organs zugerechnet würden.¹²

Das Bundesgericht hält vor dem Hintergrund dieser Erwägungen weiter fest, dass die Vorinstanz zwei Rechtsfragen zu Unrecht nicht beantwortet habe. Erstens habe sie nicht geprüft, ob die unbekannt Person mit der bildhaften Unterschrift die A. AG als zivilrechtlicher Stellvertreter gemäss Art. 32 ff. OR rechtsgeschäftlich vertreten hat. Ergebe sich aus dem festgestellten Sachverhalt nicht eindeutig, dass die A. AG die Vereinbarung nachträglich im Sinne von Art. 38 Abs. 1 OR genehmigt hat, hätte die Vorinstanz immerhin noch prüfen müssen, ob die A. AG aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung (Art. 32 Abs. 1 OR) oder, soweit eine solche fehlt, aufgrund einer nach aussen kundgegebenen Bevollmächtigung (Art. 33 Abs. 3 OR) gültig vertreten wurde. Zweitens hätte die Vorinstanz die Einhaltung des Schriftformerfordernisses bei der Vereinbarung vom 28. Mai 2012 überprüfen müssen.¹³

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Streitsache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

III. Erläuterungen

Im dargelegten Entscheid hält das Bundesgericht fest, dass eine Aktiengesellschaft durch das rechtsgeschäftliche Handeln faktischer Organe nicht im Sinne von Art. 718 OR gültig vertreten werden kann. Damit vollzieht das Bundesgericht anscheinend eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung, ohne dies im Entscheid auszuweisen.¹⁴ Der vorliegende Beitrag stellt die rechtsgeschäftliche Vertretung einer Gesellschaft durch ein faktisches Organ in ihren rechtlichen Zusammenhang und nimmt zur Begründung des referierten Entscheids des Bundesgerichts Stellung.

Der Beitrag ist in zwei Teile gegliedert. Im ersten Teil werden kurz die allgemeinen Rechtsgrundlagen in Erinnerung gerufen, die den rechtlichen Rahmen für die gültige

Vertretung einer Aktiengesellschaft durch das rechtsgeschäftliche Handeln eines Organs vorgeben (III.A.). Im zweiten Teil wird die im referierten Entscheid negativ beantwortete Frage, also ob eine Aktiengesellschaft gestützt auf Art. 718 f. OR auch durch das rechtsgeschäftliche Handeln eines faktischen Organs gültig vertreten werden kann, in diesen rechtlichen Rahmen gestellt (III.B.).

A. Der rechtliche Rahmen der Vertretung der Aktiengesellschaft durch ein Organ

Nach Art. 718a Abs. 1 OR können «[d]ie zur Vertretung befugten Personen [...] im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann». Abs. 2 hält weiter fest: «Eine Beschränkung dieser Vertretungsbefugnis hat gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung; ausgenommen sind die im Handelsregister eingetragenen Bestimmungen über die ausschliessliche Vertretung der Hauptniederlassung oder einer Zweigniederlassung oder über die gemeinsame Vertretung der Gesellschaft.» Aus diesen Rechtsgrundlagen ergibt sich, dass die Aktiengesellschaft durch das rechtsgeschäftliche Handeln ihrer Organe grundsätzlich nur dann verpflichtet wird, wenn ein Organ zeichnungsberechtigt war und im Namen der Gesellschaft gehandelt hat, zur Vertretung befugt war und im Rahmen der Vertretungsmacht gehandelt hat.¹⁵

Zur Vertretungsmacht führt Art. 718 Abs. 1 Satz 1 OR aus, dass «[d]er Verwaltungsrat [...] die Gesellschaft nach aussen [vertritt]». Abs. 2 dieser Vorschrift liest sich weiter wie folgt: «Der Verwaltungsrat kann die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) übertragen.» Und schliesslich ergibt sich aus Art. 720 Satz 1 OR, dass «[d]ie zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen [...] vom Verwaltungsrat zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden [...]» sind. Durch diese Vorschriften soll gegen aussen kundgetan werden, wer die Gesellschaft vertreten kann, also welche Personen das rechtliche Vermögen haben sollen, die Gesellschaft zu vertreten (Vertretungsmacht).¹⁶

¹² Siehe zum Gesagten BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, E. 6.2.3.

¹³ Siehe zum Ganzen BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, E. 7. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf eine Auseinandersetzung mit der Frage der Vertretungsmacht faktischer Organe. Im Zusammenhang mit dem Schriftformerfordernis bringt der Entscheid keine neuen rechtlichen Erkenntnisse.

¹⁴ Das Bundesgericht war in BGer, 4C.307/2001, 14.3.2002, E. 2b, noch anderer Meinung. Es ist allerdings fraglich, inwieweit bei diesem Entscheid der Umstand eine Rolle gespielt hat, dass es nicht um eine aktive Handlung ging, sondern (ähnlich einer Wissenszurechnung) um die Zurechnung der Entgegennahme von Arbeit (vgl. Art. 320 Abs. 2 OR). Siehe zu diesem Entscheid unten III.B. (bei und in FN 27).

¹⁵ Eine Beschränkung der internen Vertretungsbefugnis führt allerdings nicht notwendigerweise dazu, dass eine gültige Vertretung der Gesellschaft entfällt; nur wenn das Geschäft durch die externe Vertretungsmacht nicht gedeckt ist, wird die Gesellschaft nicht gebunden. Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis führt dann zu einer Beschränkung der Vertretungsmacht, wenn sie für Dritte erkennbar ist (siehe Art. 718a Abs. 2 OR und die dortige Ausnahme von diesem Grundsatz).

¹⁶ Siehe zum Gesagten BGer, 4A_147/2014, 19.11.2014, E. 3.2.5; CHRISTOPH B. BÜHLER/NICOLAS SPICHTIN, Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung oder Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, GesKR 2015, 150 ff., 153; PATRICK SCHMIDT,

B. Rechtsgeschäftliche Vertretung der Gesellschaft durch ein faktisches Organ?

Die Frage, ob die Gesellschaft auch durch das rechtsgeschäftliche Handeln eines faktischen Organs gültig vertreten werden kann, ist in der Lehre umstritten.¹⁷ Faktische Organe sind Personen, die durch ihr tatsächliches Verhalten die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen, sei es, dass sie Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die Geschäftsführung besorgen.¹⁸ Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass ein faktisches Organ durch sein rechtsgeschäftliches Handeln die Gesellschaft nicht gestützt auf Art. 718 ff. OR vertreten, sondern höchstens eine ausservertragliche Haftung begründen kann.¹⁹ Das Bundesgericht hat demgegenüber in einem nicht publizierten Entscheid vertreten, dass auch ein faktisches Organ die Gesellschaft nach aussen vertreten könne, wobei sich die Vertretungsmacht aus dem Umstand ergebe, dass die entsprechenden Personen in gleicher Weise wie ein gewähltes Organ an der Meinungsbildung der juristischen Person beteiligt seien und nach aussen auftreten würden. Die Gesellschaft müsse sich daher die rechtsgeschäftlichen Handlungen eines faktischen Organs in gleicher Weise anrechnen

lassen wie jene eines ordentlich gewählten.²⁰ Mit Bezug auf diesen Entscheid hat das Bundesgericht die Frage in einem neueren Entscheid allerdings wieder offengelassen²¹ und in einem anderen Entscheid faktische Organe nicht zu den Personen gezählt, die zur rechtsgeschäftlichen Vertretung einer Gesellschaft befugt sind.²² Der referierte Entscheid nimmt auf keinen der erwähnten Entscheide Bezug.

Im Rahmen der organschaftlichen Vertretung ist eine Vertretung der Gesellschaft durch faktische Organe zum Abschluss von Rechtsgeschäften vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. (Es erstaunt daher auch kaum, dass die Vorinstanz in ihrem die Klage gutheissenden Entscheid nicht auf die vertretungsrechtliche Rechtsgrundlage in Art. 718 ff. OR einging.)²³ Es fehlt dafür an der Vertretungsmacht, also am rechtlichen Können der Organe, die Gesellschaft rechtsgeschäftlich zu binden. Denn die Umschreibung der Vertretungsmacht in Art. 718 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 OR beschränkt sich auf die formellen und materiellen Organe. Das geht auch aus Art. 720 Satz 1 OR hervor, in dem vorgeschrieben wird, dass die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen im Handelsregister ausgewiesen werden müssen; es ist gerade die Eigenheit faktischer Organe, dass sie nicht im Handelsregister ausgewiesen sind. Von einer Vertretungsmacht für mit der Geschäftsführung befasste Personen, oder eben allgemein für faktische Organe, ist weder in der einen noch der anderen Vorschrift die Rede.²⁴ Dass es sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt, bringt das Bundesgericht im referierten Entscheid mit der Formulierung zum Ausdruck, es käme einer Gesetzesänderung gleich, wenn man zuliesse, dass eine Gesellschaft durch das rechtsgeschäftliche Handeln eines faktischen Organs vertreten werden könnte.²⁵

Dass die Vertretungsmacht nach Massgabe von Art. 718 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 OR auf die formellen und materiellen Organe beschränkt ist, ergibt sich daneben auch aus dem Sinn und Zweck der aktienrechtlichen Vertretungsvorschriften. Würde man zulassen, dass ein faktisches Organ eine gegenüber den formell (bzw. materiell) zur Vertretung legitimierten Personen dominierende Rolle einnimmt, wäre das ein Verstoss gegen den Grundsatz der rechtmässigen

Mit sich selbst kontrahierende Alleinaktionäre, Besprechung des Urteils 4A_645/2017 des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. August 2018 (BGE 144 III 388 ff.), GesKR 2019, 141 ff., 143; vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 218.

¹⁷ Grundlegend und kritisch hierzu WYTTEBACH (FN 11), 247 ff. und 266 ff. m.w.H.; siehe auch DAVID EGGER, Die Stellung der Organe im Zivilprozess, Diss. Zürich, Zürich 2014, N 152 ff. und 164; vgl. zu den Folgen faktischer Organschaft PETER V. KUNZ, Materielle Organschaft («faktische VR»): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 173 ff., 183 ff.; wohl eher befürwortend PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 19 N 19 und § 30 N 98; PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen, Diss. St. Gallen, Zürich 1979, 21 f.; HEINZ SCHÄRER, Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe, Diss. Freiburg, Winterthur 1981, 31; ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, Zürich 2011, 3. A., N 456.

¹⁸ Der Begriff des faktischen Organs wurde zu Art. 55 ZGB und Art. 754 OR entwickelt; siehe dazu BGE 132 III 523 E. 4.5, in: Pra 2007, Nr. 32; BGE 128 III 29 E. 3a; BGE 124 III 418 E. 1b, in: Pra 1999, Nr. 34; BGE 122 III 225 E. 4b; BGE 117 II 432 E. 2b; BGE 107 II 349 E. 5a; PETER R. ISLER, Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 87 ff., 101 m.w.H.; umfassend zur Rechtsfigur der faktischen Organschaft WYTTEBACH (FN 11), *passim*.

¹⁹ Siehe zur zivilrechtlichen Stellvertretung gemäss Art. 32 ff. OR, durch welche die Gesellschaft mittelbar verpflichtet wird, unten III.B., fünfter und sechster Absatz. – Das Bundesgericht hat die herrschende Lehre (und den referierten Entscheid) kürzlich bestätigt (BGer, 4A_323/2019, 22.11.2019, E. 2.1).

²⁰ BGer, 4C.307/2001, 14.3.2002, E. 2b.

²¹ BGE 141 III 159 E. 2.4.

²² BGE 141 III 80 E. 1.3.

²³ Vgl. CJ GE, ACJC/820/2018, 1.6.2018, E. 1 ff., E. 7. Sie argumentierte auf der Grundlage der allgemeinen Bestimmung von Art. 55 ZGB. Die besonderen aktienrechtlichen Regeln zur organschaftlichen Vertretung gehen dieser allgemeinen Bestimmung jedoch vor.

²⁴ Vgl. demgegenüber aber etwa Art. 717 Abs. 1 und Art. 754 Abs. 1 OR.

²⁵ BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, E. 6.2.2.

Selbstverwaltung der Gesellschaft.²⁶ Das würde auch der erwähnten, früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung entgegenstehen, nach der sich die Vertretungsmacht daraus ergebe, dass das faktische Organ in gleicher Weise wie ein gewähltes Organ an der Meinungsbildung der juristischen Person beteiligt sei und nach aussen auftreten würde.²⁷ Eine Analogie zu den Bestimmungen über die Anscheinsvollmacht ist ebenfalls abzulehnen. Die Gesellschaft muss sich daher die rein interne Willensbildung im Aussenverhältnis nicht entgegenhalten lassen.²⁸

Soweit die Gesellschaft nach Art. 55 ZGB, Art. 722 und Art. 754 OR für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein faktisches Organ begeht, haftet, ändern auch diese Vorschriften nichts am Grundsatz, dass die Gesellschaft durch das rechtsgeschäftliche Handeln eines faktischen Organs nach Art. 718 ff. OR nicht vertreten werden kann. Denn die fehlende Vertretungsmacht schliesst nicht aus, dass das entsprechende Handeln die Gesellschaft aus einem ausservertraglichen Rechtsgrund verpflichtet.²⁹ Mit anderen Worten kommt es für die ausservertragliche Haftung der Gesellschaft nicht darauf an, ob das Rechtsgeschäft, aus dem eine ausservertragliche Haftung abgeleitet wird, von der Vertretungsmacht eines Organs gedeckt war; wenn der Zusammenhang zur Organtätigkeit etabliert ist, sind allein die speziellen Voraussetzungen der jeweiligen Haftungsnorm entscheidend (wozu die Vertretungsmacht typischerweise nicht gehört). Das rechtsgeschäftliche Handeln eines

faktischen Organs kann also zwar eine ausservertragliche Haftung der Gesellschaft nach Massgabe der speziellen Haftungsnormen zur Folge haben, muss aber darüber hinaus nicht gleichzeitig auch zur gültigen Vertretung der Gesellschaft nach Art. 718 ff. OR führen – es handelt sich hier nur um einen scheinbaren Zusammenhang. Daraus folgt, dass das faktische Organ, das weder gewählt noch im Handelsregister eingetragen ist, in Bezug auf die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gesellschaft nicht dieselbe Rechtsstellung erlangt wie ein formelles bzw. materielles Organ.

Im Ergebnis ist der referierte Entscheid somit zu begrüssen. Es ist festzuhalten, dass die Gesellschaft durch das rechtsgeschäftliche Handeln faktischer Organe nicht gestützt auf Art. 718 ff. OR gültig vertreten werden kann. Das schliesst indessen nicht aus, dass ein faktisches Organ im Rahmen einer zivilrechtlichen Stellvertretung nach Art. 32 ff. OR zur Vertretung der Gesellschaft befugt gewesen wäre.³⁰ Denn eine Gesellschaft, die jemanden gewähren lässt, der sich als ihr Organ ausgibt, hat sich dessen Handeln nach Treu und Glauben entgegenhalten zu lassen (wenn auch nicht im Rahmen der organschaftlichen Vertretung), selbst wenn der Betreffende nicht über entsprechende Kompetenzen verfügt.³¹ Aus diesem Grund weist das Bundesgericht die vorliegende Sache auch zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.³²

Bei der neuen Entscheidung dieser Frage wird zu beachten sein, dass das Bundesgericht die rechtsgeschäftliche Vertretung einer Aktiengesellschaft durch ein faktisches Organ schon im Zusammenhang mit einer auf Rechtsschein beruhenden Vollmacht bejaht hat.³³ Soweit also die Vorinstanz zum Schluss kommen sollte, eine ausdrückliche Ermächtigung zur Stellvertretung gemäss Art. 32 Abs. 1 OR bestehe nicht (wovon wohl bei diesem Sachverhalt auszugehen sein wird), scheint es nicht ausgeschlossen zu sein, dass sie eine Vertretung der A. AG immerhin gestützt auf Art. 33 Abs. 3 OR oder allenfalls Art. 38 Abs. 1 OR bejahen wird.

²⁶ Vgl. BGer, 4A_323/2019, 22.11.2019, E. 2.1; BÖCKLI (FN 11), § 13 N 92; wohl a.M. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 19 N 19 und § 30 N 98. Ausnahmsweise zulässig ist eine Einflussnahme der Muttergesellschaft auf eine Tochtergesellschaft im Konzernverhältnis als Folge der einheitlichen Leitung (CHRISTOPH B. BÜHLER/DANIEL HÄRING, Décharge im Konzern, SZW 2009, 103 ff., 109 ff.).

²⁷ BGer, 4C.307/2001, 14.3.2002, E. 2b. In Bezug auf die Passivvertretung mag ein faktisches Organ einem formellen unter Umständen durchaus gleichgestellt sein (BSK OR II-WATTER, Art. 718 N 34, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016; ROLF WATTER, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich, Zürich 1985, N 274; wohl a.M. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [FN 17], § 30 N 130 f.). Das gilt aber nicht in Bezug auf aktive Handlungen. Ist die frühere Rechtsprechung mit dieser Einschränkung zu verstehen – es ging darin um die Entgegennahme von Arbeit und nicht um eine aktive Handlung –, ist der referierte Entscheid keine Abkehr von einem Präjudiz, sondern eine Konkretisierung.

²⁸ Im Ergebnis gleicher Meinung WYTENBACH (FN 11), 267 f.

²⁹ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 N 25, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018; HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. A., Bern 1993, Art. 55 ZGB N 44.

³⁰ Siehe etwa BGer, 4A_323/2019, 22.11.2019, E. 2.1; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 19 N 13.

³¹ Nur in dieser Hinsicht ist FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 19 N 19, zuzustimmen.

³² Siehe BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, E. 7.

³³ BGE 124 III 418 E. 1b und E. 1c; siehe zudem BGE 141 III 159 E. 2.3.