

Probleme der zivilprozessualen Vertretung von Gesellschaften und Unternehmen

Gesellschaften und Unternehmen führen Prozesse, sie klagen und werden verklagt. Doch vor Gericht tritt nicht "die Gesellschaft" oder "die Unternehmung" an sich auf, sondern natürliche Personen, welche für sich in Anspruch nehmen, für die Gesellschaft bzw. die Unternehmung handeln zu dürfen. Ob dies jeweils tatsächlich der Fall ist, hat das Gericht zu Beginn des Prozesses mit Bezug auf die klagende Partei bzw. später auch hinsichtlich der Gegenpartei zu klären.

Zur Gerichtsverhandlung wird eine juristische Person wie folgt vorgeladen:

"Juristische Personen haben eine einzelzeichnungsberechtigte oder schriftlich bevollmächtigte Person zu entsenden, welche über die Streitsache orientiert und zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt ist."

Weitere Hinweise zur Vertretung enthält die Vorladung nicht. In der Praxis ist oft unklar, welche Personen im konkreten Fall zur Vertretung berechtigt sind und mit welchen Dokumenten die Vertretungsmacht nachzuweisen ist. Welche Unterlagen hat beispielsweise ein Vereinsvorstand, welcher im Namen seines Vereines klagen will, dem Gericht vorzulegen, wenn er keinen Handelsregisterauszug vorweisen kann, da der Verein nicht im Handelsregister eingetragen ist? Wie ist die Rechtslage, wenn eine Person mit Kollektivunterschrift alleine zur mündlichen Hauptverhandlung erscheint und auch keine Vollmacht eines anderen Kollektivzeichnungsberechtigten einreicht? Wie ist durch das Gericht vorzugehen, wenn eine nicht im Handelsregister eingetragene Person eine superprovisorische Massnahme für eine Aktiengesellschaft verlangt?

1. Vertretung vor Gericht: Allgemeines

Eine Gesellschaft oder juristische Person gilt dann im Sinne von Art. 66 - 68 ZPO als vor Gericht erschienen, wenn entweder das entsprechende Organ sie vertritt oder wenn der bevollmächtigte Anwalt eine von diesem Organ unterzeichnete Vollmacht vorlegen kann (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZGB; Stephanie Hrubesch-Millauer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 68 N 14). Dasselbe gilt für schriftliche Eingaben: diese müssen durch diejenige Person unterzeichnet sein, welche die Gesellschaft vertreten darf bzw. von einem zugelassenen Rechtsanwalt, welcher über eine von diesem Organ unterzeichnete Vollmacht verfügt.

Wenn dies nicht der Fall ist, so gilt die Gesellschaft bzw. die juristische Person als säumig im Sinne von Art. 147 ZPO. Das Verfahren wird in der Folge ohne die versäumte Handlung fortgeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO). In diesem Falle gelten Tatsachenbehauptungen bzw. Einreden als nicht vorgebracht bzw. als nicht bestritten, da keine entsprechenden Ausführungen gemacht werden (vgl. Barbara Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 147 N 12 ff.; BSK ZPO-Gozzi, Art. 147 N 8). Diese von der ZPO vorgesehenen Säumnisfolgen können unter Umständen den Prozessverlust zur Folge haben. Vorbehalten sind diejenigen Verfahren, bei welchen der Untersuchungsgrundsatz bzw. die Officialmaxime gilt sowie die Fälle von Art. 153 Abs. 2 ZPO (Beweiserhebung von Amtes wegen).

2. Juristische Personen

Bei den juristischen Personen treten hauptsächlich AG's, GmbH's und Vereine vor Gericht auf, seltener Genossenschaften, Kommandit-AG's und Stiftungen.

Juristische Personen sind nach Art. 54 ZGB handlungs- und prozessfähig, sobald die nach Gesetz, Statuten bzw. Stiftungsurkunden unentbehrlichen Organe bestellt sind. Die Organe, welche für die juristische Person handeln, gelten als Teile

der juristischen Person. Das Handeln der Organe verpflichtet somit unmittelbar die juristische Person und die durch das entsprechende Organhandeln begründete rechtliche Beziehung entsteht direkt zwischen der juristischen Person und dem Dritten (BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Art. 54/55 N 9). Aus diesem Prinzip der Zuordnung von Organhandeln ergibt sich ausserdem der Grundsatz der sog. "Wissensvertretung": Danach gilt das Wissen eines Organs grundsätzlich auch als Wissen der betreffenden juristischen Person (BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Art. 54/55 N 19; BSK ZPO-Tenchio, Art. 67 N 6). Den juristischen Personen werden indes nicht nur die rechtsgeschäftlichen, sondern auch die unerlaubten Handlungen ihrer Organe zugerechnet. Sie haften dementsprechend für ihre Organe (Art. 55 ZGB; Stephanie Hrubesch-Millauer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 67 N 14; BSK ZPO-Tenchio, Art. 67 N 6, BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Art. 54/55 N 7 f.).

Bei den juristischen Personen, welche im Handelsregister eingetragen sein müssen (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein mit kaufmännischem Unternehmen [Art. 61 Abs. 2 ZGB], gewöhnliche privatrechtliche Stiftungen, kirchliche Stiftungen sowie Familienstiftungen, sofern sie ein kaufmännisches Unternehmen führen [Art. 52 Abs. 2 ZGB; Art. 934 Abs. 1 OR; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 81 N 14]) sowie den Vereinen ohne kaufmännischem Unternehmen, welche sich freiwillig eintragen lassen können (Art. 52 Abs. 2 ZGB und Art. 61 Abs. 1 ZGB), ergibt sich die Vertretungsberechtigung in der Regel aus dem Handelsregister. Gemäss dem öffentlichen Glauben, welches das Handelsregister genießt (Art. 933 OR), ermächtigt dieser Eintrag zur Vornahme sämtlicher Handlungen, welche der Zweck des Unternehmens mit sich bringen kann (Art. 459 Abs. 1 OR; Art. 710 OR i.V.m. Art. 718a Abs. 1; Art. 814 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 718a Abs. 1 OR). Dies schliesst auch die Berechtigung zur Führung von Prozessen ein. Das Handelsregister lässt nur zwei Einschränkungen zu: Die Filialprokura, bei welcher die Vertretungsmacht auf den Geschäftskreis einer Zweigniederlassung beschränkt wird (Art. 460 Abs. 1 OR) sowie die Kollektivprokura, mit welcher die Vertretungsmacht zwei

oder mehreren Personen gemeinsam übertragen werden kann (Art. 460 Abs. 2 OR). In diesem Falle darf eine Person nicht alleine, d.h. ohne Mitwirkung der anderen Person(en) handeln (vgl. auch Art. 718a Abs. 2 OR, Art. 814 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 718a Abs. 2 OR und Art. 899 Abs. 2 OR).

Das Gericht prüft, ob die für diese Körperschaften handelnden natürlichen Personen im Handelsregister eingetragen sind und ob sie alleine handeln dürfen bzw. ob die notwendigen kollektivzeichnungsberechtigten Personen mitwirken.

Bei den juristischen Personen, welche nicht im Handelsregister eingetragen sind (Vereine, kirchliche Stiftungen sowie Familienstiftungen ohne kaufmännisches Unternehmen; vgl. Art. 52 Abs. 2 ZGB, Art. 61 Abs. 1 ZGB sowie Art. 934 Abs. 1 OR) ist die Vertretungsberechtigung auf andere Weise nachzuweisen. Hierzu sind dem Gericht die Statuten bzw. Stiftungsbestimmungen sowie die massgebenden Sitzungsprotokolle einzureichen. Damit eine juristischen Personen handlungs- und prozessfähig ist, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens bedarf es einer **Organisation** (gemäss Gesetz und Statuten bzw. Stiftungsbestimmungen), welcher entnommen werden kann, welche Personen nach aussen handelnd auftreten dürfen (Exekutivorgane; vgl. Art. 69 ZGB und Art. 83 ZGB) und zweitens bedarf es in der Folge der effektiven Ernennung dieser Personen (**Organe**) mittels "Bestellung" oder "Wahl" durch das zuständige Gremium (BK Art. 52-59 ZGB-Riemer, Art. 54/55 N 4). Fehlt es an der Bestellung von Organen, so ist die - rechtsfähige - juristische Person nicht handlungs- und damit auch nicht prozessfähig (Art. 54 ZGB e contrario).

3. Parteifähigkeit und Prozessfähigkeit trotz fehlender Rechtsfähigkeit

Bestimmte Gebilde sind trotz fehlender Rechtsfähigkeit kraft Bundesrecht partei- und prozessfähig. Entsprechend hält Art. 66 ZPO fest, dass parteifähig ist, wer rechtsfähig ist oder von Bundesrechts wegen als Partei auftreten kann.

3.1. Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

Zu diesen Gebilden gehören die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Sie sind gestützt auf Art. 562 bzw. Art. 602 OR partei-, handlungs- und prozess- sowie betriebsfähig. Im Prozess werden sie mit ihrer Firma im Rubrum aufgenommen (BSK OR II-Pestalozzi/Vogt, Art. 562 N 5). Gemäss Art. 563 f. OR bzw. Art. 603 OR i.V.m. Art. 563 f. OR sind die zur Vertretung befugten Gesellschafter zur Vornahme aller Rechtshandlungen befugt, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Dies beinhaltet auch die Prozessführungsbefugnis (Stephanie Hrubesch-Millauer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 67 N 15, BSK ZPO-Tenchio, Art. 67 N 7).

Sofern die Personengesellschaft im Handelsregister eingetragen ist (kaufmännische und nichtkaufmännische Kollektivgesellschaften) gilt mit Bezug auf die Vertretungsbefugnis das für die juristischen Personen Gesagte. Ansonsten - wenn kein Handelsregistereintrag vorliegt - (möglich bei den kaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften vor der Eintragung), sind die Gesellschaftsverträge bzw. die Protokolle beizuziehen. Gemäss Art. 563 OR bzw. Art. 603 OR ist bei der Kollektivgesellschaft jeder einzelne Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt, bei der Kommanditgesellschaft jeder Komplementär.

Wichtig zu wissen ist, dass Änderungen im Bestand der Gesellschafter während einem hängigen Prozess keine Auswirkungen auf diesen haben und dass aufgrund der Parteifähigkeit dieser Gesellschaften auch Prozesse zwischen der Ge-

sellschaft und den einzelnen Gesellschaftern möglich sind (BSK ZPO-Tenchio, Art. 66 N 20).

Falls sich eine einfache Gesellschaft während dem Prozess zu einer Kollektivgesellschaft wandelt, so liegt kein Parteiwechsel vor. Prozesspartei bleibt die Gemeinschaft zur gesamten Hand. Das Gericht hat indes die Parteibezeichnung zu ändern (ZR 81 Nr. 26 E. 4).

3.2. Die Stockwerkeigentümergeinschaft

Die Stockwerkeigentümergeinschaft erwirbt gemäss Art. 712I ZGB das sich aus ihrer Verwaltungstätigkeit ergebende Vermögen wie z.B. Beitragsforderungen für den Erneuerungsfonds. Im Rahmen dieser beschränkten Vermögensfähigkeit kann sie - trotz fehlender Rechtsfähigkeit - unter ihrem Namen klagen und betreiben sowie - am Ort der gelegenen Stockwerkeigentumseinheiten - beklagt und betrieben werden (Art. 712 I Abs. 2 ZGB sowie Art. 29 Abs. 1 lit. b ZPO). Durch die aktive Prozess- und Betreuungsfähigkeit ist es der Gemeinschaft möglich, Ansprüche durchzusetzen, die sie aufgrund ihrer (beschränkten) Vermögensfähigkeit erworben hat. Auf der anderen Seite ermöglicht die passive Prozess- sowie Betreuungsfähigkeit es einem Gläubiger, leichter gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft vorgehen zu können. In diesen Bereichen der Verwaltungstätigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft entfällt für den Gläubiger die Möglichkeit, die einzelnen Stockwerkeigentümer unmittelbar zu belangen (vgl. BSK ZGB II-Bösch, Art. 712 I N 2 und N 7 ff.).

Im Prozess sind im Rubrum nicht die einzelnen Stockwerkeigentümer aufzuführen, sondern es ist die "Stockwerkeigentümergeinschaft [Adresse]" aufzunehmen. Der Eintritt eines neuen Stockwerkeigentümers bzw. ein Eigentümerwechsel ändert im Übrigen nichts am angehobenen Prozess (ZR 89 Nr. 3; BSK ZPO-Tenchio, Art., 66 N 28 ff.).

Die Stockwerkeigentümerschaft bedarf zur Führung des Prozesses der Bestellung eines Vertreters (BSK ZGB II-Bösch, Art. 712 I N 13). Die Vertretung erfolgt in der Regel durch den Verwalter, welcher als Vertreter der Gemeinschaft über eine gesetzliche Prozessvollmacht für alle Angelegenheiten, welche im summarischen Verfahren zu behandeln sind, verfügt (Art. 712 t ZGB). Zur Führung eines anzuhebenden oder vom Gegner eingeleiteten Zivilprozesses ausserhalb des summarischen Verfahrens bedarf der Verwalter indes der vorgängigen Ermächtigung durch die Versammlung der Stockwerkeigentümer, unter Vorbehalt dringender Fälle, in denen die Ermächtigung nachgeholt werden kann (Art. 712t Abs. 2 OR). Das erforderliche Quorum ergibt sich aus dem Gesetz sowie dem Reglement der jeweiligen Stockwerkeigentümergeinschaft (Art. 712 m ff. ZGB).

3.3. Konkursmasse

Die Konkursmasse wird vor Gericht gemäss Art. 240 SchKG durch die Konkursverwaltung vertreten. Die Konkursmasse erwirbt mit Eröffnung des Konkurses sämtliche Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse über das schuldnerische Vermögen (BGer 4A_242/2015 E. 2.4.2 und 2.4.4). Bei der Konkursmasse handelt es sich um ein Sondervermögen mit aktiver und passiver Parteifähigkeit (vgl. BGE 97 II 403 E. 2; BSK ZPO-Tenchio, Art. 66 N 23). Ein Gläubiger des Gemeinschuldners kann sich diejenigen Rechtsansprüche der Masse abtreten lassen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet (Art. 260 SchKG). Diese Abtretung nach Art. 260 SchKG verleiht dem Gläubiger direkt das Prozessführungsrecht, die Trägerschaft des Rechts verbleibt aber bei der Masse (BGE 121 III 488 E. 2b; BSK ZPO-Tenchio, Art. 66 N 24 mit weiteren Hinweisen).

3.4. Liquidationsmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Die Liquidationsmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist gemäss Art. 319 SchKG parteifähig. Vor Gericht handeln die Liquidatoren für die Liquidationsmasse (vgl. zum Ganzen: BSK SchKG II-Bauer/Hari/Jeaneret/Wüthrich, Art. 319 N 34).

3.5. Erbschaftsvermögen

Gemäss Art. 49 und 59 SchKG ist der ungeteilte Nachlass betreibungsfähig. Folglich wird ihm die Parteifähigkeit für Prozesse, die mit der Betreuung in engem funktionellem Zusammenhang stehen, zuerkannt. Dies gilt für die Rechtsöffnung, die Aberkennungsklage, die Aufhebungs- und Feststellungsklage sowie die Rückforderungsklage (BGE 116 III 4 E. 2a; BK ZPO-Sterchi, Art 66 N 6; BSK ZPO-Tenchio, Art. 66 N 27).

Nicht parteifähig ist die Erbengemeinschaft. Bei Aktivprozessen müssen alle Erben als notwendige Streitgenossenschaft auftreten. (Bei Passivprozessen sind nur dann zwingend alle Erben gemeinsam einzuklagen, wenn sich der Anspruch aus dem Gesamthandverhältnis ergibt, ansonsten kann jeder Erbe einzeln belangt werden [Solidarschuldnerschaft, vgl. Art. 603 Abs. 1 ZGB]).

Im Rubrum sind sämtliche Erben einzeln namentlich aufzuführen. Eine Sammelbezeichnung "Erbengemeinschaft" oder "Nachlass des X" genügt mangels Rechtspersönlichkeit nicht. Massgebend für die Zusammensetzung der Erbengemeinschaft ist der Erbschein gemäss Art. 559 ZGB. Ausnahmen vom Gesamthandprinzip bestehen nur in Ausnahmefällen, so z.B. bei zeitlicher Dringlichkeit oder bei Informationsansprüchen über Erbschaftsaktiven (BSK ZPO-Tenchio Art. 66 N 38 f.). Zudem sind der Willensvollstrecker, der amtliche Erbschaftsverwalter sowie der Erbenvertreter zur Prozessführung befugt. Sie führen den Pro-

zess an Stelle des Nachlasses in eigenem Namen und als Partei (sog. Prozessstandschaft). In diesem Falle wirkt der Prozess formell zwar nur für oder gegen den Willensvollstrecker bzw. den amtlichen Erbschaftsverwalter bzw. den Erbenvertreter persönlich. Weil dieser den Prozess aber für fremde Rechnung geführt hat, gehen Nutzen und Schaden zu Gunsten oder zu Lasten des Nachlasses (vgl. BGE 129 V 113 E. 4.2).

4. Mängel in der Organisation der Gesellschaft

Wie ist vorzugehen, wenn eine Gesellschaft über keine im Handelsregister eingetragenen Personen verfügt oder wenn eine Gesellschaft aus anderen Gründen - z.B. auf Grund einer andauernden Pattsituation - handlungsunfähig wird? So ist es vorgekommen, dass bei einer Aktiengesellschaft aufgrund von Differenzen nach Ablauf der 3-jährigen Amtsdauer kein neuer Verwaltungsrat mehr gewählt wurde (vgl. BGer 4P.325/2001 E. 1.3).

Juristische Personen sind nur dann handlungsfähig, wenn die nach Gesetz und Statuten hierfür unentbehrlichen Organe bestellt sind (Art. 54 ZGB), was das Vorhandensein einer Organisation sowie von Organträgern voraussetzt (BK ZGB-Riemer, Art. 54/55 ZGB N 4; BGer 4P.325/2001 E. 1.3; BGer 4A_347/2014).

Wenn nun die vorgeschriebenen Organe fehlen oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist, so kann im Falle der AG gemäss Art. 731b OR ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Der Richter hat dann verschiedene Möglichkeiten: Er kann der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist; er kann das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen oder aber er kann - als ultima ratio - die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Art. 731b Abs. 1 OR). Ernennet der Rich-

ter das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt er die Dauer, für die die Ernennung gültig ist. Er verpflichtet die Gesellschaft, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten (Art. 731b Abs. 2 OR). Dieselben Regelungen gibt es durch Verweise bei der GmbH (Art. 819 OR) sowie der Genossenschaft (Art. 908 OR). Ähnliche Bestimmungen betreffen den Verein (Art. 69c ZGB) und die Stiftung (Art. 83d Abs. 1 ZGB). Der Richter ist indes nicht an die im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten gebunden, die Aufzählung in Art. 731b OR ist nicht abschliessend (BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser, Art. 731b N 16). Er kann im Einzelfall eine andere Massnahme anordnen, wenn diese zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes erforderlich und geeignet ist (BGer 4A_147/2015 E. 2.1.3; BGE 140 III 349 E. 2.1). Der Richter hat dabei immer diejenige Massnahme zu wählen, die am wenigsten in die Rechte der Gesellschaft eingreift. Die Auflösung der Gesellschaft darf auf Grund des Verhältnismässigkeitsprinzips erst dann angeordnet werden, wenn mildere Massnahmen nicht zur Anwendung gelangen können bzw. nicht genügen bzw. erfolglos geblieben sind oder wenn die Gesellschaft sich in keiner Art und Weise vernehmen lässt (u.a. BGE 141 III 43 E. 2.6).

Meistens werden die entsprechenden Begehren auf Behebung des Organisationsmangels durch das Handelsregisteramt gestellt, entweder auf eigene Veranlassung oder auf Grund einer Mitteilung durch Dritte. Die Handlungspflichten des Handelsregisteramtes sowie das konkrete Vorgehen bei Vorliegen eines Organisationsmangels werden durch Art. 154 HRegV geregelt. Die Klage auf Behebung des Organisationsmangels ist am Sitz der Gesellschaft zu erheben (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO) und wird im summarischen Verfahren durchgeführt (Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO; BGE 138 III 166 E. 3). Zuständig ist im Kanton Zürich für sämtliche Gesellschaftsformen das Handelsgericht (vgl. Urteil des Obergerichts, II. Zivilkammer, vom 14. Februar 2011, LF110011-O).

5. Vorgehen, wenn die Gesellschaft nicht mehr im Handelsregister eingetragen ist

Es kann sein, dass nach der Löschung der Rechtseinheit im Handelsregister z.B. Guthaben oder Liegenschaften auftauchen, welche im Konkurs- oder Liquidationsverfahren nicht verwertet wurden. Ebenso ist es denkbar, dass Grundpfandrechte entdeckt werden, welche bei der Verwertung nicht abgelöst wurden.

Da mit der Löschung der Rechtseinheit im Handelsregister die Rechts- und Parteifähigkeit und damit auch das Recht zur Prozessführung untergeht (vgl. 116 Abs. 3 HRegV; BGE 132 III 731 E. 3.1 m.w.H.), muss zur Wahrung der Rechte - und allfälliger Pflichten - der Gesellschaft ein Verfahren um Wiedereintragung durchgeführt werden. Gemäss Art. 164 Abs. 1 HRegV kann das Gericht in einem solchen Fall auf Antrag die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit ins Handelsregister anordnen, sofern glaubhaft gemacht wird, dass (a) nach Abschluss der Liquidation der gelöschten Rechtseinheit Aktiven vorliegen, die noch nicht verwertet oder verteilt worden sind, (b) die gelöschte Rechtseinheit in einem Gerichtsverfahren als Partei teilnimmt, (c) die Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit für die Bereinigung eines öffentlichen Registers erforderlich ist, oder (d) die Wiedereintragung für die Beendigung des Konkursverfahrens der gelöschten Rechtseinheit erforderlich ist.

Zum Antrag berechtigt ist, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Wiedereintragung der gelöschten Einheit hat (Art. 164 Abs. 2 HRegV). Ein solches ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann gegeben, wenn das vorgebrachte Interesse einzig durch die Wiedereintragung in das Handelsregister gewahrt werden kann, d.h. wenn die geltend gemachten Ansprüche nicht auf einem anderen, ebenfalls zumutbaren Weg durchgesetzt werden können (BGE 132 III 731 E. 3.2; 121 III 324 E. 1 m.w.H.). Beim Verfahren um Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit i.S.v. Art. 164 HRegV handelt es sich um eine Anordnung der frei-

willigen Gerichtsbarkeit (Art. 1 lit. b ZPO; Rüetschi in: Siffert/Turin [Hrsg.], Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013, Art. 164 N 32). Es ist somit das summarische Verfahren anwendbar (Art. 248 lit. e ZPO). Erst nachdem die Rechtseinheit im Handelsregister wieder eingetragen wurde, kann sie in der Folge ihre Rechte wahrnehmen bzw. klagen oder eingeklagt werden.

Gemäss Art. 164 Abs. 4 HRegV ist die gelöschte Rechtseinheit als "in Liquidation" befindlich einzutragen. Wurde zwischen der Löschung und der gerichtlichen Wiedereintragung eine Gesellschaft mit einer identischen Firma eingetragen, so muss die Firma der wiedereingetragenen Gesellschaft mit einem weiteren Zusatz ("wiedereingetragene X AG in Liquidation") ergänzt werden (Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Prüfung von Firmen und Namen vom 1. Juli 2016, S. 21). Das Gericht hat zudem bei der Anordnung der Wiedereintragung den Liquidator inklusive dessen Art und Umfang der Zeichnungsberechtigung anzugeben (Art. 164 Abs. 4 HRegV; vgl. Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich 2016, Art. 164 N 576 ff.).

Abschliessend sei noch darauf hingewiesen, dass der Liquidator in Anwendung von Art. 164 Abs. 5 HRegV die Löschung der Rechtseinheit beim Handelsregisteramt zu beantragen hat, sobald der Grund für die Wiedereintragung entfällt.

6. Besondere Probleme:

6.1. Vertretungsmacht übersteigt Vertretungsbefugnis

Die aktive Vertretungsbefugnis des Organs einer juristischen Person bedeutet das Recht, im Namen der juristischen Person Rechte und Pflichten zu begründen, mithin das *rechtliche Dürfen*. Die Vertretungsmacht bedeutet das *rechtliche Können*, für die juristische Person zu handeln (BK ZGB-Riemer, Art. 54/55 N 41). Vor

Gericht kommt es grundsätzlich nur auf die Vertretungsmacht an; interne Beschränkungen der Vertretungsbefugnis entfalten in der Regel nur im internen Verhältnis Wirkung. Ob die Personen, welche vor Gericht auftreten bzw. Eingaben einreichen dies auch tatsächlich tun dürfen, hat das Gericht nicht zu kümmern. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn das Gericht von der Beschränkung Kenntnis hat (vgl. BK ZGB-Riemer, Art. 54/55 N 42 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, Bern, S. 251 f.).

6.2. Vertretungsmacht ohne Handelsregistereintrag / ohne ordnungsgemässe Bestellung?

a) Nicht eingetragene kaufmännische Prokura

Das schweizerische Recht unterscheidet zwischen der kaufmännischen und der nicht-kaufmännischen Prokura, wobei nur die nichtkaufmännische "Prokura zwingend im Handelsregister einzutragen ist (dieser Eintrag hat konstitutive Wirkung, vgl. Art. 458 Abs. 3 OR). Für die kaufmännische Prokura sieht das Gesetz keine Formerfordernisse vor. Der Eintrag ins Handelsregister ist zwar obligatorisch (Art. 458 Abs. 2 OR), das Unterlassen lässt eine bestehende Zeichnungsberechtigung indes gleichwohl bestehen. Durch mündliche bzw. stille Ermächtigung kann somit ebenfalls eine kaufmännische Prokura entstehen (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., S. 253). Hier besteht für das Gericht das Problem, dass die Erteilung einer solchen Prokura nicht zeitnah überprüft werden kann (z.B. superprovisorische Begehen etc.).

b) Geschäftsführung ohne Auftrag

Die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art 419 ff. OR) können nach einem Teil der Lehre eine Möglichkeit darstellen, die Vertretung der eigentlich handlungsunfähigen Gesellschaft bzw. juristischen Person durch eine nicht ord-

nungsgemäss bestellte Person - zumindest für eine begrenzte Zeit - zuzulassen (vgl. zum Ganzen: Stephanie Hrubesch-Millauer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 67 N 25; BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Art. 54/55 N 5; BK ZGB-Riemer Art. 54/55 N 14).

Auch hier stehen dem Gericht in der Regel keine Überprüfungsmöglichkeiten der Berechtigung zu Verfügung.

c) Fortbestand Vollmacht

Ebenso kann gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts trotz einem aktuellen Fehlen von Organträgern unter bestimmten Umständen Dritten die Vertretungsbefugnis zugestanden werden: dies dann, wenn zu einem früheren Zeitpunkt die damals ordnungsgemäss bestellten Organe diesen Personen Vollmachten erteilt hatten. Das Bundesgericht führte hierzu aus: "Zwar sind juristische Personen erst handlungsfähig, wenn die nach Gesetz und Statuten hierfür unentbehrlichen Organe bestellt sind [...]. Indessen tritt trotz aktuellem Fehlen von Organträgern keine Handlungsunfähigkeit ein, wenn frühere Organe einem Dritten eine Vollmacht erteilt haben und diese noch fortbesteht, d.h. weder widerrufen wurde noch aus einem gesetzlichen Grund erloschen ist. Dank des rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters hat die juristische Person zumindest für eine beschränkte Zeit trotz dem Fehlen von Organträgern weiterhin die Möglichkeit, am Rechtsverkehr teilzunehmen und durch ihre Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen. Bei einer solchen Situation die Handlungsfähigkeit zu verneinen und damit die Vollmacht zum Erlöschen zu bringen, wäre ein Zirkelschluss. Die Lehre bejaht deshalb übereinstimmend den Fortbestand der Vollmacht für eine gewisse Zeit. Die umstrittene Vollmacht behält für die beschränkte Zeit bis zum Abschluss des Prozesses ihre Gültigkeit" (BGer 4P.325/2001 E. 1.3). Ich halte diese Rechtsprechung für problematisch: Das Gericht hat in diesem Falle zwar keine Probleme, die Vollmacht zu überprüfen und den Prozess durchzuführen. Indes stellt sich die Frage, ob man das Auseinanderklaffen der - realen - Handlungsunfähigkeit zu

dieser Form einer - rein fiktiven Vertretungsberechtigung - tatsächlich hinnehmen will, zudem Zivilprozesse unter Umständen mehrere Jahre dauern können.

d) Faktische Organe

Faktische Organe sind Personen, die tatsächlichen Organen vorbehaltenen Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (vgl. zum Ganzen: BGE 141 III 159; BGE 128 III 29 E. 3a m.w.H.). Ein faktisches Organ ist also gerade nicht im Handelsregister eingetragen bzw. kann sich nicht mit Hilfe von Statuten und Beschlüssen als gewähltes Organ ausweisen.

In der Lehre ist umstritten, ob das faktische Organ tatsächliche Organqualität hat und (über die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht hinausgehend) durch sein Handeln die juristische Person aktiv binden kann (vgl. BGE 141 III 159 E. 2.3). Nur wenn dies der Fall wäre, könnten faktische Organe ihre Gesellschaft vor Gericht rechtsgültig vertreten.

Diese Frage hat das Bundesgericht jüngst - leider - nicht beantwortet ("Es kann hier offenbleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen ein faktisches Organ aktiv für die juristische Person materiell bindende Rechtshandlungen vornehmen kann [...]"; BGE 141 III 159 E. 2.4). Es ging in der entsprechenden Entscheidung um die Frage, ob sich eine juristische Person im Schlichtungsverfahren - wo die Parteien gemäss Art. 204 Abs. 1 ZPO persönlich zu erscheinen haben - von einem faktischen Organ vertreten lassen darf. Das Bundesgericht verneinte die Vertretungsbefugnis des faktischen Organs und führte aus: "Erscheint nun für eine juristische Person eine natürliche Person zur Schlichtungsverhandlung, die sich als faktisches Organ ausgibt, so lässt sich deren Stellung innerhalb der juristischen Person durch die Schlichtungsbehörde nur schwer verifizieren. Ein faktisches Organ ist gerade nicht im Handelsregister eingetragen. [...]. Jedenfalls könnte nicht be-

reits aus der Tatsache des Erscheinens zur Schlichtungsverhandlung für die juristische Person auf eine faktische Organschaft geschlossen werden, da so eine beliebige Person zum faktischen Organ werden könnte [...]." (BGE 141 III 159 E. 2.4).

In BGer 4C.307/2001 E. 2b) führte das Bundesgericht noch Folgendes aus:

"Auch das faktische Organ kann die Gesellschaft nach aussen vertreten. Die Gesellschaft muss sich die Handlungen eines faktischen Organs in gleicher Weise anrechnen lassen, wie jene eines ordentlich gewählten. Die Vertretungsmacht ergibt sich aus dem Umstand, dass die entsprechenden Personen in gleicher Weise wie ein gewähltes Organ an der Meinungsbildung der juristischen Person beteiligt sind und nach aussen auftreten. In analoger Anwendung der Bestimmungen über die Anscheinsvollmacht ergibt sich aus dem Vertrauensprinzip, dass Dritte eine Organstellung auch annehmen dürfen, wenn die juristische Person jemanden gewähren lässt, der sich als Organ aufspielt. Ausschlaggebend ist, dass die juristische Person selber das Handeln des Dritten gewähren lässt oder dass das nicht gewählte Organ von den gewählten in die Entscheidbildung massgeblich eingebunden wird."

Im vorher erwähnten BGE 141 III 159 weist das Bundesgericht selber auf den Entscheid 4C.307/2001 hin und relativiert, dass es in diesem Fall nicht um eine aktive Handlung, sondern (ähnlich einer Wissenszurechnung) um die Zurechnung der Entgegennahme von Arbeit gegangen sei (BGE 141 III 159 E. 2.3.). Man mag sich mit Fug und Recht fragen, ob diese Abgrenzung Sinn macht. Denn entweder ist dem faktischen Organ tatsächliche Organqualität zuzusprechen oder eben nicht. Leider wurde durch das Bundesgericht in BGE 141 III 159 ebenfalls nicht ausgeführt, ob es seine Ansicht auch für die gerichtlichen Verfahren (v.a. des ordentlichen und vereinfachten Verfahrens) vertreten würde. Es weist mehrfach auf die Besonderheiten des Schlichtungsverfahrens hin, insbesondere darauf, dass

die Schlichtungsbehörde möglichst rasch und gestützt auf Urkunden entscheiden müsse und die Durchführung eines Beweisverfahrens der Prozessökonomie abträglich sei (vgl. BGE 141 III 159 E. 2.4). Dieses Argument kann für die gerichtlichen Verfahren nicht gelten, wären hier doch - ausser in dringenden Fällen - entsprechende Beweisverfahren möglich.

In der Praxis ist es zudem so, dass in den weniger dringenden Fällen ohne Weiteres die entsprechenden Erklärungen - nämlich dass die ordentlich bestellten Organe mit dem Handeln des faktischen Organs einverstanden sind - bzw. die erforderlichen Dokumente betreffend der Zeichnungsberechtigung eingeholt werden können; indes in den dringenden Fällen hierzu (bzw. zur Durchführung eines Beweisverfahrens) keine Zeit bleibt.

e) Praxis

Für die dringenden Verfahren kommt als möglicher "Vertretungstitel" eigentlich nur der Fortbestand einer vorab erteilten Vollmacht für eine gewisse Zeit in Frage. Alle übrigen Vertretungsvarianten scheitern an der zeitnahen Nachweisbarkeit der tatsächlichen Berechtigung. Ob ein Richter in einem solchen Fall dennoch eine Vertretung zulassen soll, ist wohl je nach den konkreten Umständen zu entscheiden. Die Gefahren einer nicht vorhandenen Berechtigung sind als hoch einzustufen. Denn um es mit den Worten des Bundesgerichts zu sagen: "Wer jemandem traut, ohne in das Handelsregister zu blicken oder sich von den ordentlich bestellten Organen die Vertretungsmacht bestätigen zu lassen, **trägt selber das Risiko, dass keinerlei Vertretungsmacht besteht**" (BGer 4C.307/2001 E. 2 b). Diese Aussage betrifft natürlich auch die Richter bzw. die Gerichte.

f) Exkurs: Faktische Organe im Beweisverfahren:

Die Frage, wie faktische Organe zu behandeln sind, stellt sich auch im Beweisverfahren. Sind faktische Organe als Partei oder als Dritte zu befragen?

Art. 159 ZPO besagt, dass im Beweisverfahren Organe einer juristischen Person wie eine Partei behandelt werden. Wenn faktische Organe den formellen Organen gleichgestellt wären, so wären sie im Beweisverfahren nicht als Zeugen

(Art. 169 ff. ZPO unter Strafandrohung von Art. 307 StGB), sondern als Parteien zu befragen (Parteibefragung unter Hinweis auf die Ordnungsbusse) und könnten zur Beweisaussage verpflichtet werden (Straffolgen gemäss Art. 306 StGB). Hier herrscht eine gewisse Unsicherheit: Gemäss der Botschaft sowie einem Teil der Lehre soll die Regelung des Art. 159 ZPO auch für faktische Organe angewendet werden (Botschaft ZPO, BBl 2006 7315; ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 159 N 13; Christian Leu, DIKE -Komm-ZPO, Art. 159 N 6 ff.). Doch gibt es auch Stimmen, welche sich wegen der damit verbundenen Unsicherheiten - die Organqualität kann gerade bei faktischer Organschaft umstritten sein - für die Behandlung solcher Personen als Dritte aussprechen (womit faktische Organe als Zeugen unter der strengen Strafandrohung des Art. 307 StGB vernommen werden würden; BK ZPO-Brönnimann, Art. 159 N 7).

Gerade bei umstrittener faktischer Organqualität kann es zu einer ungebührlichen Verzögerung des Prozesses führen, wenn das Gericht vor einer Befragung zunächst über die Organeigenschaft des Einzuvernehmenden befinden und hierzu ein eigenes Beweisverfahren durchführen müsste. Da die Strafandrohungen im Falle der Beweisaussage einer Partei weniger streng sind, ist in Zweifelsfällen dieser Variante den Vorzug zu geben.