

# **BGer 4F\_7/2020 vom 22. Februar 2021**

Bundesgericht, 2021-02-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4F\\_7\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4F_7_2020)

FR: TF 4F\_7/2020 du 22 février 2021

IT: TF 4F\_7/2020 del 22 febbraio 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Urteile des Bundesgerichts erwachsen am Tag ihrer Ausfällung in Rechtskraft ( Art. 61 BGG ). Sie können mit keinem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden und eine nochmalige Überprüfung der einem Urteil des Bundesgerichts zu Grunde liegenden Streitsache ist grundsätzlich ausgeschlossen. Das Bundesgericht kann aber auf sein Urteil zurückkommen, wenn einer der in den Art. 121 - 123 BGG abschliessend aufgeführten Revisionsgründe vorliegt.

### **E. 1.2**

Das Revisionsverfahren vor Bundesgericht ist mehrstufig.

#### **E. 1.2.1**

Das Bundesgericht prüft vorab die Zulässigkeit des Revisionsgesuchs. Dabei sind für Fragen, die nicht im 7. Kapitel des Bundesgerichtsgesetzes betreffend die Revision behandelt werden, die allgemeinen Bestimmungen dieses Gesetzes anwendbar ( BGE 144 I 214 E. 1.2 S. 218). Insbesondere gelten für das Revisionsgesuch die in Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG genannten Begründungsanforderungen (Urteile 4F\_17/2018 vom 9. Oktober 2018 E. 1.1; 4F\_24/2017 vom 4. September 2018 E. 1; 4F\_16/2018 vom 31. August 2018 E. 1.1; 4F\_7/2017 vom 22. März 2017 E. 3). Sind die Sachurteilsvoraussetzungen nicht erfüllt, tritt das Bundesgericht auf das Revisionsgesuch nicht ein.

#### **E. 1.2.2**

Erachtet das Bundesgericht das Revisionsgesuch demgegenüber als zulässig, tritt es darauf ein und prüft, ob der geltend gemachte Revisionsgrund gegeben ist ( BGE 144 I 214 E. 1.2 S. 218). Ob tatsächlich ein Grund zur Revision vorliegt, ist demnach keine Frage des Eintretens, sondern der materiellen Beurteilung (Urteile 4F\_17/2018 vom 9. Oktober 2018 E. 1.1; 4F\_16/2018 vom 31. August 2018 E. 1.1; 4F\_7/2017 vom 22. März 2017 E. 3).

#### **E. 1.2.3**

Kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass der angerufene Revisionsgrund gegeben ist, fällt es nacheinander zwei Entscheide, normalerweise aber in einem einzigen Urteil.

Im ersten Entscheid hebt das Bundesgericht das Urteil auf, das Gegenstand des Revisionsgesuchs ist. Dieser Aufhebungsentscheid beendet das eigentliche Revisionsverfahren und hat die Wiederaufnahme des vorherigen Beschwerdeverfahrens zur Folge.

Im zweiten Entscheid befindet das Bundesgericht über die Beschwerde, mit der es sich zuvor befasst hatte (vgl. Art. 128 Abs. 1 BGG ). Dabei werden das Bundesgericht und die Verfahrensbeteiligten in jenen Zustand versetzt, in dem sie sich vor der damaligen

Urteilsfällung befunden hatten. Sie werden also so behandelt, wie wenn das Urteil nicht existiert hätte, das Gegenstand der Revision bildete ( BGE 144 I 214 E. 1.2 S. 218 f.). Das Beschwerdeverfahren ist indes nur soweit wieder aufzurollen, als der Revisionsgrund reicht ( BGE 120 V 150 E. 3a S. 156).

### **E. 2.1**

Die Revisionsgesuchstellerin beruft sich auf den Revisionsgrund nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG . Sie habe nachträglich erhebliche Tatsachen und Beweismittel entdeckt, die sie im früheren Verfahren nicht habe beibringen können. Sie habe nämlich nach der Fällung des bundesgerichtlichen Entscheids im Rahmen der Einsicht in die Akten des Strafverfahrens gegen den Revisionsgesuchsgegner erfahren, dass sich die strittigen 2.9 Mio. Inhaberaktien bereits im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides nicht mehr auf dem Depot des Revisionsgesuchsgegners befunden hätten. Der Revisionsgesuchsgegner habe noch während des erstinstanzlichen Verfahrens die Inhaberaktien an seinen Sohn F. \_\_\_\_\_ übertragen. Der Revisionsgesuchsgegner sei daher nicht mehr Aktionär und damit nicht befugt gewesen, die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen.

### **E. 2.2**

Dagegen stellt sich der Revisionsgesuchsgegner vorab auf den Standpunkt, das Bundesgericht sei zur Beurteilung der neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel nicht zuständig. Das Revisionsgesuch habe nicht den Bundesgerichtsentscheid zum Gegenstand, sondern die Revisionsgesuchstellerin verlange die Revision des erstinstanzlichen Entscheids. Das Bundesgericht habe deshalb auf das Revisionsgesuch nicht einzutreten.

### **E. 3**

Nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG kann in Zivilsachen und in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten die Revision verlangt werden, wenn die ersuchende Partei nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte, unter Ausschluss von Tatsachen und Beweismitteln, die erst nach dem Entscheid entstanden sind.

Im vorgängigen Beschwerdeverfahren ist das Bundesgericht an den Sachverhalt der Vorinstanz gebunden ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dem Bundesgericht dürfen sodann neue Tatsachen und Beweismittel nur vorgebracht werden, soweit der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Aufgrund dieser Sachverhaltsbindung des Bundesgerichts im Beschwerdeverfahren stellt sich die Frage, ob die Revisionsgesuchstellerin das Revisionsgesuch zu Recht am Bundesgericht stellte, oder ob sie es bei der Vorinstanz hätte einreichen müssen, welche den Sachverhalt für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich festlegte. Zu beurteilen ist mithin, ob sich das Bundesgericht mit den von der Revisionsgesuchstellerin nachträglich entdeckten Tatsachen und Beweismitteln bezüglich der fehlenden Aktionärsstellung des Revisionsgesuchsgegners im Rahmen des Revisionsgrundes nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG zu befassen hat.

#### **E. 3.1.1**

In der Lehre wird vertreten, dass der Anwendungsbereich von Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG äusserst beschränkt sei. Das Bundesgericht könne streng genommen nur dann in einer Revision nachträglich entdeckte Tatsachen und Beweise im Sinne von Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG berücksichtigen und selber frei würdigen, wenn es den vorinstanzlichen Sachverhalt von Amtes wegen oder auf entsprechende Rüge hin berichtigen und ergänzen könne oder

daran im Sinne von Art. 105 Abs. 3 BGG nicht gebunden sei. Die Revision eines bundesgerichtlichen Entscheids hänge damit auch von der Kognition im vorangegangenen Verfahren ab. Die altrechtliche Praxis, wonach das Bundesgericht die Revision von Beschwerde- und Berufungsentscheiden wegen nachträglich beigebrachter Tatsachen und Beweise unter bestimmten Voraussetzungen wiederholt und ungeachtet der Kognition in diesen Verfahren zugelassen habe, sei im Lichte des geltenden Rechtsmittelsystems überholt. Ohnehin sei die Revision eines Entscheides immer vor dem Gericht zu verlangen, das den Sachverhalt letztinstanzlich festgestellt habe (Elisabeth Escher, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 6 zu Art. 123 BGG ; dieselbe, in: Prozessieren vor Bundesgericht, 4. Aufl. 2014, Rz. 8.36; wohl auch Christian Kölz, in: Ulrich Haas / Reto Marghitola [Hrsg], Fachhandbuch Zivilprozessrecht, 2020, Rz. 29.203).

Sodann wird argumentiert, dass das Revisionsgesuch für neu entdeckte Tatsachen und Beweismittel vor der kantonalen Instanz und nicht vor dem Bundesgericht eingereicht werden müsse. Das Bundesgericht sei kein "juge du fait". Anderes gelte nur, wenn die Revision ausnahmsweise Tatsachen betreffe, welche das Bundesgericht selbst klären müssen, d.h. Tatsachen, die nur vor Bundesgericht erheblich seien, und die Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde betreffen würden (Yves Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, 2008, N. 4691). Bei den unechten Noven, die im Revisionsverfahren vorgebracht werden könnten, müsse es sich um solche handeln, die gemäss Art. 99 BGG im Verfahren, das zum angefochtenen Entscheid geführt habe, überhaupt hätten vorgebracht werden können (Christoph Hurni, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2018, Rz. 339).

### **E. 3.1.2**

Demgegenüber stellen sich andere Autoren auf den Standpunkt, die Revision eines das eingelegte Rechtsmittel materiell prüfenden bundesgerichtlichen Urteils in Zivilsachen sei ungeachtet der eingeschränkten Kognition bezüglich des Sachverhalts im ursprünglichen Verfahren nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG zulässig (Martin H. Sterchi, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 6c zu Art. 328 ZPO ). Der bundesgerichtliche Entscheid ersetze das kantonale Urteil, wenn das Bundesgericht die Beschwerde gutheisse oder abweise. In diesen Fällen sei einzig der bundesgerichtliche Entscheid der Revision zugänglich, denn es bestünde kein kantonaler Entscheid mehr, der revidiert werden könne (Philippe Schweizer, in: Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 13b zu Art. 328 ZPO ; Nicolas Herzog, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2017, N. 12 f, zu Art. 328 ZPO ; Pierre Ferrari, in: Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 123 BGG ).

Bei Fehlen eines revisionsfähigen kantonalen Entscheids habe das Bundesgericht daher auch auf ein Revisionsbegehren einzutreten, das sich auf den vor der kantonalen Instanz etablierten Sachverhalt bzw. auf den kantonalen Entscheid beziehe (Herzog, a.a.O., N. 13 zu Art. 328 ZPO ). Das Bundesgericht habe somit im Revisionsverfahren neu entdeckte Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen, die es im vorgängigen Beschwerdeverfahren nicht hätte beachten können (Schweizer, a.a.O.).

### **E. 3.1.3**

Eine dritte Lehrmeinung unterscheidet für das Vorbringen von neu entdeckten Tatsachen und Beweismitteln im Revisionsverfahren danach, ob das Bundesgericht im vorgängigen Beschwerdeverfahren die Beschwerde gutgeheissen oder abgewiesen hat. Wenn der

Entscheid der Vorinstanz aufgehoben worden sei, komme nur das Bundesgericht als Revisionsinstanz in Betracht, womit die im ordentlichen Verfahren geltenden Kognitionsbeschränkungen entfallen müssten. In den Fällen, in denen das Bundesgericht eine Beschwerde materiell behandelt und abgewiesen habe, solle die funktionelle Zuständigkeit zur Revision dagegen von der Kognition abhängig gemacht werden. Das Bundesgericht wäre demnach zuständig, wenn es im ursprünglichen [Beschwerde]verfahren zur Feststellung des Sachverhalts befugt gewesen sei (Alfred Kölz / Isabelle Häner / Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 1791; vgl. auch: Martin Bertschi, in: Alain Griffel [Hrsg.], *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG]*, 3. Aufl. 2014 N. 11 zu § 86b VRG).

#### **E. 3.1.4**

Schliesslich wird danach unterschieden, ob das Bundesgericht kassatorisch oder in der Sache entschieden habe. Im letzteren Fall sei eine Revision des vorinstanzlichen Entscheids nicht mehr möglich. Im Rahmen eines Revisionsverfahrens nach Art. 123 Abs. 2 lit. b BGG müsse es daher grundsätzlich zulässig sein, auch Tatfragen aufzuwerfen, die der bundesgerichtlichen Kognition im Beschwerdeverfahren entzogen gewesen seien (Niklaus Oberholzer, *Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz [BGG]*, 2. Aufl. 2015, N. 13 zu Art. 123 BGG ).

#### **E. 3.2**

Die Frage, ob ein Revisionsgesuch propter nova beim Bundesgericht oder bei der Vorinstanz einzureichen ist, entscheidet sich danach, ob sich das Bundesgericht im Ausgangsverfahren materiell mit der Sache befasst hat, mithin ob es auf die Beschwerde in Zivilsachen eingetreten ist oder nicht.

##### **E. 3.2.1**

Ist das Bundesgericht auf die Beschwerde in Zivilsachen eingetreten, führt die Gutheissung oder die Abweisung der Beschwerde in Zivilsachen auf der Grundlage der im angefochtenen Entscheid festgestellten Tatsachen dazu, dass der Entscheid des Bundesgerichts an die Stelle des angefochtenen kantonalen Entscheids tritt. In solchen Fällen ist das Revisionsbegehren grundsätzlich beim Bundesgericht zu stellen. Eine Ausnahme gilt, wenn ausschliesslich Aspekte aufgegriffen werden, die vor Bundesgericht nicht (mehr) Streitgegenstand bildeten. In diesem Fall hat der Gesuchsteller nach Erlass des Bundesgerichtsurteils mit seinem Revisionsgesuch an die kantonale Instanz zu gelangen (vgl. Urteile 5A\_166/2015 vom 19. März 2015 E. 6; 4F\_11/2013 vom 16. Oktober 2013 E. 3.2.1; 4F\_8/2010 vom 18. April 2011 E. 1.1).

##### **E. 3.2.2**

Ist das Bundesgericht hingegen nicht auf die Beschwerde in Zivilsachen eingetreten, ersetzt sein Urteil den angefochtenen Entscheid nicht. Diesfalls ist das Revisionsgesuch nicht an das Bundesgericht, sondern an die zuständige kantonale Vorinstanz zu richten (Urteil 4F\_9/2018 vom 4. April 2018; 4F\_2/2017 vom 25. Januar 2017; 5A\_166/2015 vom 19. März 2015 E. 6; 4F\_11/2013 vom 16. Oktober 2013 E. 3.2.1). Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass der Revisionsgrund die Sachurteilsvoraussetzungen vor Bundesgericht betrifft. Diesfalls ist das Revisionsgesuch beim Bundesgericht zu stellen (Urteile 5F\_8/2017 vom 8. Mai 2017 E. 3.2; 4F\_21/2016 vom 2. Dezember 2016; 5F\_21/2014 vom 7. November 2014 E. 1.3).

### **E. 3.3**

Bezüglich der Kognition des Bundesgerichts gilt: Ist das Bundesgericht für das Revisionsgesuch aufgrund neu entdeckter Tatsachen oder Beweismittel zuständig, prüft es, ob der geltend gemachte Revisionsgrund gegeben ist (Erwägung 1.2.2), mithin ob die Voraussetzungen der Revision nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG erfüllt sind. Dafür hat es unter anderem zu beurteilen, ob die neu entdeckte Tatsache bzw. das neu entdeckte Beweismittel erheblich ist (dazu im Einzelnen unten Erwägung 4.1 und 4.2).

In diesem Rahmen befasst sich das Bundesgericht mit den neu entdeckten Tatsachen und Beweismitteln, auch wenn es den Sachverhalt im vorangegangenen Beschwerdeverfahren nur mit beschränkter Kognition überprüfen konnte (vgl. Urteile 2F\_23/2017 vom 9. Januar 2018 E. 2.2; 1C\_231/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 1.2.1).

Hinge der Anwendungsbereich von Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG von der Kognition im vorangehenden Beschwerdeverfahren ab, würde der Gesuchsteller oft ohne Revisionsrechtsmittel dastehen: Vor der kantonalen Instanz könnte er für die neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel kein Revisionsgesuch einreichen, weil der bundesgerichtliche Entscheid den kantonalen ersetzt; das Bundesgericht wäre zwar für das Revisionsgesuch zuständig, es könnte aber in aller Regel aufgrund der Sachverhaltsbindung die neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel nicht berücksichtigen. Eine solche Verkürzung des Rechtsmittels der Revision kann nicht gewollt sein.

### **E. 3.4**

Bejaht das Bundesgericht die Erheblichkeit der neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel sowie die weiteren Voraussetzungen des Revisionsgrunds nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG, hebt es das Urteil auf, das Gegenstand des Revisionsgesuchs ist, und urteilt in der Folge über die ursprüngliche Beschwerde (oben Erwägung 1.2.3). Bei Gutheissung der Revision nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG und der damit verbundenen Änderung der tatsächlichen Grundlagen weist das Bundesgericht die Sache in aller Regel an die kantonale Instanz zur Neubeurteilung zurück, weil das Bundesgericht grundsätzlich nicht selbst eine neue Würdigung der tatsächlichen Situation vornimmt (Urteile 4F\_24/2017 vom 4. September 2018 E. 2.3; 4F\_7/2018 vom 23. Juli 2018 E. 1.2). Das Bundesgericht kann im wieder aufgerollten Beschwerdeverfahren aber auch auf eine Rückweisung an die Vorinstanz verzichten und selbst über die Sache entscheiden ( Art. 107 Abs. 2 BGG ; Ferrari, a.a.O., N. 6 zu Art. 123 BGG und N. 4 zu Art. 128 BGG ), insbesondere wenn der massgebende Sachverhalt ohne weiteres feststeht.

### **E. 3.5**

Die Revisionsgesuchstellerin beruft sich in ihrem Revisionsgesuch auf neu entdeckte Tatsachen und Beweismittel bezüglich der Aktionärsstellung des Revisionsgesuchsgegners. Im Urteil 4A\_134/2020 vom 15. Juni 2020, um dessen Revision die Revisionsgesuchstellerin ersucht, ist das Bundesgericht auf ihre Beschwerde eingetreten, hat sie aber abgewiesen, soweit es darauf eintrat. Die Frage der Aktionärsstellung des Revisionsgesuchsgegners war Streitgegenstand im ursprünglichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht (Urteil 4A\_134/2020 vom 15. Juni 2020 E. 3.3). Ob es im ursprünglichen Beschwerdeverfahren zulässig gewesen wäre, tatsächliche Fragen bezüglich der Aktionärsstellung des Revisionsgesuchsgegners aufzuwerfen, ist im Revisionsverfahren nicht entscheidend.

Die Revisionsgesuchstellerin stellte ihr Revisionsgesuch somit zu Recht am Bundesgericht.

### **E. 3.6**

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere das Revisionsbegehren unbestrittenermassen innert 90 Tagen nach Entdeckung des Revisionsgrundes beim Bundesgericht eingereicht wurde ( Art. 124 Abs. 1 lit. d BGG ), ist auf das Revisionsgesuch einzutreten, unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung ( Art. 42 Abs. 2 BGG ).

### **E. 4**

Die Tatsache muss nachträglich, also nach diesem Zeitpunkt, entdeckt worden sein.

#### **E. 4.1**

Für eine Revision aufgrund nachträglich entdeckter

Tatsachen müssen die folgenden fünf Voraussetzungen gegeben sein:

1. Der Gesuchsteller beruft sich auf eine Tatsache.
2. Diese Tatsache ist erheblich, d.h. sie ist geeignet, die tatsächliche Grundlage des angefochtenen Urteils zu verändern und bei zutreffender rechtlicher Würdigung zu einer anderen Entscheidung zu führen.
3. Die Tatsache existierte bereits, als das bundesgerichtliche Urteil gefällt wurde (unechtes Novum). Es handelt sich - präziser ausgedrückt - um eine Tatsache, die sich bis zum Zeitpunkt verwirklichte, als im Hauptverfahren noch tatsächliche Vorbringen prozessual zulässig waren. Tatsachen, die später entstanden sind, also echte Noven, werden nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG ausdrücklich ausgeschlossen.

#### **E. 4.2**

Für eine Revision aufgrund nachträglich entdeckter

Beweismittel müssen die folgenden fünf Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Das neue Beweismittel hat dem Beweis einer vorbestandenen Tatsache, also eines unechten Novums, zu dienen.
2. Es muss erheblich, d.h. geeignet sein, eine Änderung des Urteils zugunsten des Gesuchstellers zu bewirken.
3. Das Beweismittel muss bereits vor dem zu revidierenden Urteil bestanden haben beziehungsweise bis zum Zeitpunkt, da es im Hauptverfahren prozessual zulässigerweise noch hätte eingebracht werden können.
4. Es darf erst nach diesem Zeitpunkt entdeckt worden sein.

#### **E. 4.3**

Wird das Revisionsgesuch aufgrund von neu entdeckten Tatsachen oder Beweismitteln im Sinne von Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG gutgeheissen, weist das Bundesgericht die Sache im Prinzip an die kantonale Instanz zur Neuurteilung zurück. Es kann aber auch selbst neu über die Sache befinden, insbesondere wenn der massgebende Sachverhalt ohne weiteres feststeht (oben Erwägung 3.4).

### **E. 5**

Der Revisionsgesuchsteller konnte das Beweismittel unverschuldet nicht im früheren Verfahren einreichen.

## **E. 5.1**

Die Revisionsgesuchstellerin bringt vor, die Vorinstanzen hätten sich für die Aktionärsstellung des Revisionsgesuchsgegners auf den Depotauszug vom 31. Dezember 2018 und die Bestandsbestätigung per Valuta 21. März 2019 gestützt. Im Rahmen der Einsicht in die Akten der Staatsanwaltschaft im gegen den Revisionsgesuchsgegner laufenden Strafverfahren habe sie neue Tatsachen und Beweismittel erfahren. Sie habe entdeckt, dass sich die strittigen 2'900'000 Inhaberaktien im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides nicht mehr auf dem Depot des Revisionsgesuchsgegners befunden hätten. Der Revisionsgesuchsgegner habe die Inhaberaktien am 30. April 2019 auf das Depot seines Sohnes, F. \_\_\_\_\_, bei der Bank G. \_\_\_\_\_ AG übertragen. F. \_\_\_\_\_ habe das Depot kurz zuvor eröffnet. Mit Schreiben vom 7. August 2019 habe die Bank G. \_\_\_\_\_ AG bestätigt, dass die 2'900'000 Inhaberaktien der Revisionsgesuchstellerin am 24. Juni 2019 in das Depot von F. \_\_\_\_\_ eingebucht worden seien. Der Revisionsgesuchsgegner sei daher nicht mehr Aktionär der Revisionsgesuchstellerin und damit nicht befugt gewesen, die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen.

Die Revisionsgesuchstellerin unterlegt diese neu entdeckten Tatsachen mit neu entdeckten Beweismitteln. Aus den von ihr eingereichten Unterlagen ist ersichtlich, dass der Revisionsgesuchsgegner mit Schreiben vom 30. April 2019 mit dem Betreff "Auftrag zum Transfer von Wertschriften sowie Saldierungsauftrag" die Bank D. \_\_\_\_\_ beauftragte, seine Wertschriften auf das Depot von "F. \_\_\_\_\_" bei der Bank G. \_\_\_\_\_ AG zu transferieren (act. 3/5). Ebenso geht aus den eingereichten Unterlagen hervor, dass F. \_\_\_\_\_ am 17. April 2019 bei der Bank G. \_\_\_\_\_ AG einen Konto bzw. Depot-Eröffnungsantrag stellte. Antragsteller und Konto- bzw. Depotinhaber war F. \_\_\_\_\_ (act. 3/6). Die Bank G. \_\_\_\_\_ AG bestätigte in der Folge mit Schreiben vom 7. August 2019 an F. \_\_\_\_\_ mit dem Betreff "Einlieferung", dass sie am 24. Juni 2019 mit Valuta 7. August 2019 2'900'000 Aktien der Revisionsgesuchstellerin in sein Depot eingebucht habe (act. 3/7).

Die Voraussetzung Nr. 1, dass sich die Revisionsgesuchstellerin auf Tatsachen stützt, und diese mit Beweismitteln unterlegt, ist damit erfüllt.

## **E. 5.2**

Der Revisionsgesuchsgegner bestreitet diese neu entdeckten Elemente nicht. Er anerkennt im Gegenteil ausdrücklich, dass sein Sohn F. \_\_\_\_\_ am 14. April 2019 bei der Bank G. \_\_\_\_\_ AG einen Kontoeröffnungsantrag einreichte (act. 9, S. 5). Der Revisionsgesuchsgegner bekräftigt ebenso, dass er am 30. April 2019 der Bank D. \_\_\_\_\_ den Auftrag erteilt habe, die Vermögenswerte auf das Konto seines Sohnes bei der Bank G. \_\_\_\_\_ AG zu transferieren (act. 9, S. 6). Er bestätigt auch, dass die 2.9 Mio. Inhaberaktien der Revisionsgesuchstellerin am 7. August 2019 von seinem Depot bei der Bank D. \_\_\_\_\_ abgebucht und auf das Depot seines Sohnes F. \_\_\_\_\_ gutgeschrieben worden seien (act. 9, S. 6 f.). Schliesslich anerkennt der Revisionsgesuchsgegner, dass es sich bei der Konto- und Depotbeziehung seines Sohnes bei der Bank G. \_\_\_\_\_ AG um eine "Allein-Kontobeziehung lautend auf F. \_\_\_\_\_" handle (act. 9 S. 7).

### **E. 5.2.1**

Der Revisionsgesuchsgegner macht aber geltend, dass diese neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel nicht erheblich seien. Er beruft sich unter Verweis auf die Lehrmeinung von Tanner darauf, dass für die Prüfung der Aktionärsseigenschaft einzig und allein auf den

Zeitpunkt der "Klageeinreichung" abzustellen sei.

Richtig ist, dass die genannte Kommentatorin ausführt, für die Prüfung der Aktionärseseigenschaft sei auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Einberufungsveranlassungsrechts abzustellen. Sie macht diese Aussage aber nicht bezüglich der gerichtlichen Anordnung der Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 4 OR, sondern bezüglich der dem Gerichtsverfahren vorausgehenden Legitimation des Aktionärs gegenüber dem Verwaltungsrat der Gesellschaft (vgl. Brigitte Tanner, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2018, N. 50 zu Art. 699 OR).

Diese Überlegung kann nicht auf die Anordnung der Einberufung der Generalversammlung durch den Richter übertragen werden, indem die Aktionärseseigenschaft nur im Zeitpunkt der Stellung des Gesuchs beim Gericht bestehen müsste: Bezüglich dem Recht auf gerichtliche Einsetzung auf Sonderprüfung hat das Bundesgericht bereits erwogen, dass das Quorum, welches die zur Stellung des Gesuchs um Sonderprüfung massgebende Aktionärsminderheit definiere, zu den Voraussetzungen der Aktivlegitimation gehöre. Die Aktivlegitimation als materiellrechtliche Voraussetzung eines bundesrechtlichen Anspruchs müsse (auch noch) im Zeitpunkt des gerichtlichen Entscheids über die Einsetzung des Sonderprüfers gegeben sein ( BGE 133 III 180 E. 3.4 S. 184; vgl. auch Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 16 N. 51a).

Gleiches gilt für die Einberufung einer Generalversammlung im Sinne von Art. 699 Abs. 4 OR : Auch hier gehört die Aktionärseseigenschaft zu den Voraussetzungen der Aktivlegitimation, die nicht bloss im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs beim Gericht, sondern bis zur Urteilsfällung vorliegen müssen (Stefan Knobloch, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, 2011, S. 435). Würde einzig darauf abgestellt, ob der Gesuchsteller im Zeitpunkt der Stellung des Gesuchs Aktionär war, könnte dies dazu führen, dass der Richter für eine gesuchstellende Person eine Generalversammlung einzuberufen hat, die nach Gesuchseinreichung ihre Aktien übertragen hätte. Der Richter hätte in diesem Fall die Einberufung einer Generalversammlung zu veranlassen, obschon der Gesuchsteller nicht mehr Aktionär ist. Dafür fehlte auch das Rechtsschutzinteresse ( Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ; Knobloch, a.a.O.).

Das erste Argument des Revisionsgesuchsgegners gegen die Erheblichkeit der neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel überzeugt damit nicht.

### **E. 5.2.2**

Der Revisionsgesuchsgegner verneint die Erheblichkeit der neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel in zweiter Linie damit, dass sein Sohn die Aktien für ihn nur treuhänderisch halte. Dies habe ihm sein Sohn mit handschriftlichem Schreiben vom 26. Juli 2019 vor der Übertragung der Aktien erklärt. Der guten Form halber hätten sie mit schriftlichem Treuhandvertrag vom 30. September 2019 das Treuhandverhältnis inklusive Entschädigung für den Sohn präzisiert und niedergeschrieben (act. 9 S. 6 f.).

Ob dieser behauptete Treuhandvertrag zwischen dem Vater und Sohn B.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, braucht hier nicht beurteilt zu werden. Selbst wenn von einem solchen ausgegangen würde, änderte dies an der Erheblichkeit der neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel nichts:

Die fiduziarische Rechtsübertragung führt dazu, dass der Fiduziar (Treuänder) das volle Eigentum am Treugut erwirbt und er gegenüber dem Fiduzianten (Treugeber) nur

obligatorisch verpflichtet ist, dieses in bestimmter Weise zu gebrauchen. Werden Aktien treuhänderisch übertragen, wird der Treuhänder somit Eigentümer der Aktien und damit ausschliesslicher Träger der Gesellschaftsrechte ( BGE 130 III 417 E. 3.4 S. 427; 123 IV 132 E. 4b/bb; 119 II 326 E. 2b). Gleiches gilt, wenn die Inhaberaktien nicht als Urkunde dem Treuhänder zu Eigentum übertragen werden, sondern ihm die in den Bucheffekten verkörperte Rechtsposition zu Vollrecht auf seinem Effektenkonto gutgeschrieben wird, wie es hier der Fall war (Art. 24 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten; SR 957.1). Auch bei Bucheffekten führt die fiduziarische Rechtsübertragung dazu, dass der Fiduziar Vollrechtsinhaber der Bucheffekte wird und gegenüber dem Fiduzianten nur obligatorisch verpflichtet ist, diese in bestimmter Weise zu gebrauchen (vgl. Angsar Schott, in: Dieter Zobl et al, Kommentar zum Bucheffektengesetz [BEG], 2013, N. 57 ff. zu Art. 24 BEG zur Sicherungsübereignung).

Der allfällige Treuhandvertrag zwischen Vater und Sohn B.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ ändert somit nichts daran, dass der Revisionsgesuchsgegner mit der Übertragung der Inhaberaktien auf das Depot seines Sohnes die Stellung als Aktionär verloren hat. Auch das zweite Argument des Revisionsgesuchsgegners gegen die Erheblichkeit der neuen Tatsachen und Beweismittel ist damit nicht stichhaltig.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass hier nicht beurteilt zu werden braucht, wer an den Inhaberaktien wirtschaftlich berechtigt ist und ob F.\_\_\_\_\_ die Mitgliedschaftsrechte gegenüber der Revisionsgesuchstellerin ohne weiteres ausüben könnte (vgl. dazu Umsetzung der Empfehlungen der Groupe d'action financière in Art. 697i ff. OR ).

### **E. 5.2.3**

Die von der Revisionsgesuchstellerin neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel sind somit geeignet, die tatsächliche Grundlage des angefochtenen Urteils zu verändern. Der Revisionsgesuchsgegner war bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens nicht mehr Inhaber der Aktien und damit nicht mehr Aktionär der Revisionsgesuchstellerin. Es fehlte ihm somit an der Aktivlegitimation zur Einberufung der ausserordentlichen Generalversammlung (oben Erwägung 5.2.1). Fehlt die Sachlegitimation, wird die Klage als unbegründet abgewiesen ( BGE 140 III 598 E. 3.2 S. 601). Die neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel führen damit zu einer anderen Entscheidung in der Sache. Die neu entdeckten Tatsachen und Beweismittel sind damit erheblich, womit die Voraussetzung Nr. 2 der Revision gegeben ist.

### **E. 5.3**

Mit Schreiben vom 30. April 2019 erteilte der Revisionsgesuchsgegner den Auftrag für die Übertragung der Inhaberaktien an seinen Sohn. Per Valuta 7. August 2019 wurden die Inhaberaktien vom Depot des Revisionsgesuchsgegners in dasjenige seines Sohnes F.\_\_\_\_\_ übertragen (oben Erwägung 5.1 und 5.2).

Zum Zeitpunkt der Einbuchung der 2'900'000 Inhaberaktien im Depot von F.\_\_\_\_\_ reichten die Parteien noch Eingaben im erstinstanzlichen Verfahren ein: Die Revisionsgesuchstellerin äusserte sich am 12. August 2019 letztmalig, der Revisionsgesuchsgegner replizierte dazu am 20. August 2019. Am 15. Oktober 2019 fällte die Erstinstanz ihren Entscheid. Die neuen Tatsachen und Beweismittel hätten somit noch ins erstinstanzliche Verfahren eingebracht werden können ( Art. 229 Abs. 1 ZPO ; BGE 143 III 272 E. 2.3). Die Tatsachen und Beweismittel verwirklichten sich somit zu einem

Zeitpunkt, als sie im Hauptverfahren prozessual zulässigerweise noch hätten vorgebracht werden können. Die Voraussetzung Nr. 3 der Revision nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG ist damit ebenfalls erfüllt.

#### **E. 5.4**

Die Revisionsgesuchstellerin beruft sich darauf, dass sie erstmals im Anschluss an die ersten Einvernahmen vom 13. August 2020 Akteneinsicht im Strafverfahren habe beantragen können. Die Staatsanwaltschaft habe ihrem Rechtsanwalt die Akten mit Schreiben vom 17. August 2020 zugestellt. Sie habe damit erstmals am 18. August 2020 mit der Akteneinsicht von den vorgebrachten Tatsachen und Beweismitteln erfahren.

Diese Vorbringen stellt der Revisionsgesuchsgegner zu Recht nicht in Frage. Unbestritten und ausgewiesen ist, dass die Revisionsgesuchstellerin als Privatklägerin erst im Anschluss an die ersten Einvernahmen vom 13. August 2020 (act. 3/4) Akteneinsicht im Strafverfahren beantragen konnte ( Art. 101 Abs. 1 StPO ; BGE 138 IV 78 E. 3 S. 80). Ebenso ist nachgewiesen, dass die Staatsanwaltschaft die Akten des Strafverfahrens dem Rechtsanwalt der Revisionsgesuchstellerin mit Schreiben vom 17. August 2020 zustellte (act. 3/3). Die Tatsachen und Beweismittel wurden damit rund zwei Monate nach der Fällung des zu revidierenden Bundesgerichtsurteils vom 15. Juni 2020 entdeckt. Die Voraussetzung Nr. 4 ist damit gegeben.

#### **E. 5.5.1**

Der Revisionsgesuchsgegner stellt sich auf den Standpunkt, die Revisionsgesuchstellerin hätte früher erfahren können, dass die Aktien im Depot seines Sohnes F. \_\_\_\_\_ seien. Sie hätte diesbezüglich Nachforschungen anstrengen sollen.

#### **E. 5.5.2**

Wie oben dargelegt, wird für die Revision nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG verlangt, dass der Gesuchsteller die Tatsachen und Beweismittel unverschuldet nicht im früheren Verfahren einreichen konnte (Erwägung 4.1 f.). Wer ein Revisionsgesuch auf neu entdeckte Tatsachen und Beweismittel gründet, muss also dartun, dass es ihm trotz aller Umsicht nicht möglich war, sich schon im früheren Verfahren auf sie zu berufen ( BGE 98 II 250 E. 3 S. 255).

An genügender Sorgfalt mangelt es, wenn die Entdeckung neuer Tatsachen oder Beweismittel auf Nachforschungen zurückzuführen ist, die bereits im früheren Verfahren hätten angestellt werden können und müssen. Dass es einer Prozesspartei unmöglich war, eine bestimmte Tatsache bereits im früheren Verfahren vorzubringen, ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen, da der Revisionsgrund der unechten Noven nicht dazu dient, bisherige Unterlassungen in der Prozessführung wieder gutzumachen (Urteile 5F\_19/2018 vom 29. Oktober 2018 E. 2.1; 4F\_7/2018 vom 23. Juli 2018 E. 2.1.1 und E. 2.1.2; 4F\_18/2017 vom 4. April 2018; E. 3.1.1 und E. 3.1.2; 4A\_763/2011 vom 30. April 2012 E. 3.1; 4A\_528/2007 vom 4. April 2008 E. 2.5.2.2). Keine Nachlässigkeit ist dem Gesuchsteller vorzuwerfen, wenn die Gegenpartei relevante Umstände unterdrückt, von welchen er keine Kenntnis hat und auch keine haben musste (Adrian Staehelin / Daniel Staehelin / Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 26 N. 54a; Herzog, a.a.O., N. 51 zu Art. 328 ZPO ).

#### **E. 5.5.3**

Der Revisionsgesuchsgegner machte bei der Erstinstanz mit Gesuch vom 20. April 2019 geltend, er sei Aktionär der Revisionsgesuchstellerin und reichte dafür neben einem Depotauszug per Ende 2018 auch eine aktuelle Bestandsbestätigung vom 21. März 2019 ein. Zehn Tage nach der Einleitung des Gesuchs erteilte er seiner Bank den Auftrag, die Aktien an seinen Sohn zu übertragen. Dennoch stellte er sich im weiteren Prozess weiterhin auf den Standpunkt, Aktionär zu sein. So führte er noch im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren 4A\_134/2020 aus, dass er Mehrheitsaktionär der Revisionsgesuchstellerin sei. Er legte dabei vor Bundesgericht dar, er habe nachgewiesen, dass er der "Inhaber von 2'900'000 als Bucheffekten ausgestalteten Aktien der [Revisionsgesuchstellerin]" sei. Diesen Beweis der Aktionärsstellung habe er durch Vorlegung der Depotbestätigung der Bank D.\_\_\_\_\_ vom 31. Dezember 2018 und der Bestandbestätigung der Bank D.\_\_\_\_\_ vom 21. März 2019 erbracht (Beschwerdeantwort des Revisionsgesuchstellers vom 1. April 2020, Rz. 11 S. 4 f.; Rz. 19 und 22 S. 6).

Der Revisionsgesuchsgegner unterdrückte damit im vorgängigen Verfahren nicht nur, dass er die Inhaberaktien der Revisionsgesuchstellerin an seinen Sohn übertragen hatte, sondern machte darüberhinaus nach der Übertragung der Aktien die unrichtige Angabe, Inhaber der Aktien der Revisionsgesuchstellerin zu sein, und unterlegte diese falsche Behauptung mit veralteten Bankauszügen. Ob diese unrichtigen Vorbringen des Revisionsgesuchsgegners im Prozess strafrechtlich relevant wären, braucht hier nicht beurteilt zu werden, zumal sich die Revisionsgesuchstellerin nicht auf den Revisionsgrund nach Art. 123 Abs. 1 BGG beruft. Unter diesen Umständen kann der Revisionsgesuchstellerin jedenfalls keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden, wenn sie im vorgängigen Prozess keine weiteren Nachforschungen über die Inhaberschaft von anderen Personen an den Aktien tätigte. Vom Revisionsgesuchsgegner wird im Übrigen auch nicht nachvollziehbar dargetan, gestützt auf welche Indizien die Revisionsgesuchstellerin im ursprünglichen Verfahren an der Inhaberschaft des Revisionsgesuchsgegners an den Aktien hätte zweifeln und diesbezüglich Nachforschungen tätigen müssen. Auch die Voraussetzung Nr. 5 ist damit gegeben.

#### **E. 5.6**

Die fünf Voraussetzungen des Revisionsgrundes nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG sind demnach erfüllt. Der angerufene Revisionsgrund nach Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG ist gegeben.

#### **E. 6**

Das Revisionsgesuch ist damit gutzuheissen und das Urteil des Bundesgerichts 4A\_134/2020 vom 15. Juni 2020 wird aufgehoben. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Revisionsgesuchsgegner für das Revisionsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 2 BGG ).

#### **E. 7**

Mit der Gutheissung des Revisionsgesuchs ist das frühere Beschwerdeverfahren 4A\_134/2020 wieder aufzunehmen. Im vorliegenden Fall kann auf die Rückweisung, die bei Gutheissung eines Revisionsgesuchs wegen neu entdeckter Tatsachen und Beweismittel in der Regel gilt (oben Erwägungen 3.4), verzichtet werden. Der neue Sachverhalt ist vom Revisionsgesuchsgegner anerkannt und kann ohne weiteres dem neuen Entscheid zugrunde gelegt werden: Nach dem oben Dargelegten steht nämlich fest, dass der damalige Beschwerdegegner und jetzige Revisionsgesuchsgegner im massgeblichen Zeitpunkt nicht

mehr Aktionär der damaligen Beschwerdeführerin und jetzigen Revisionsgesuchstellerin war, da er während des erstinstanzlichen Verfahrens die Aktien an seinen Sohn F.\_\_\_\_\_ übertragen hatte (dazu oben Erwägung 5.2).

Dem Revisionsgesuchsgegner fehlt es somit an der Aktionärsstellung und an der Aktivlegitimation, beim Richter die Einberufung einer Generalversammlung der Revisionsgesuchstellerin im Sinne von Art. 699 Abs. 4 OR zu verlangen. Entsprechend wird sein Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung mangels Sachlegitimation abgewiesen (oben Erwägung 5.2.1 und 5.2.3).

Die Revisionsgesuchstellerin dringt damit im Beschwerdeverfahren mit ihrem Standpunkt durch, dass der Revisionsgesuchsgegner nicht berechtigt gewesen war, eine Generalversammlung einzuberufen. Im Verfahren 4A\_134/2020 ist damit ihre Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichter, vom 12. Februar 2020, ERZ 19 66, und das Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichter, vom 15. Oktober 2019, SV1 19 95, werden aufgehoben. Das Gesuch des Revisionsgesuchsgegners vom 20. April 2019 um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung der Revisionsgesuchstellerin wird abgewiesen.

Bei diesem Verfahrensausgang wird der unterliegende Beschwerdegegner und jetzige Revisionsgesuchsgegner für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 2 BGG ). Er unterliegt auch im kantonalen Verfahren vollständig. Die Sache ist zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG ).

## **E. 8**

Die Revisionsgesuchstellerin beantragt schliesslich, dass die Entschädigung von Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ dem Revisionsgesuchsgegner aufzuerlegen sei (Rechtsbegehren Ziff. 3). Aus der Abweisung des Gesuchs des Revisionsgesuchsgegners um Einberufung der Generalversammlung folgt ohne weiteres, dass auch die Entschädigung von Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_, der von der Erstinstanz mit der Durchführung der Generalversammlung beauftragt wurde, neu zu regeln sein wird. Auch dafür ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.