



BAKER M^cKENZIE ZÜRICH (HRSG.)

► **Entwicklungen**
im schweizerischen
Wirtschaftsrecht
2018/2019 ► ► ► ►

Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2018/2019

Baker McKenzie, Zürich (Hrsg.)

Dr. Matthias Courvoisier, MSc in Finance (London)

Prof. Dr. Joachim Frick, LL.M./J.S.D.

Dr. Marcel Giger, M.C.J.

Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M.

Dr. Valentina Hirsiger

Dr. Sandra Marmy-Brändli

Dr. Manuel Meyer

Dr. Philippe Monnier

Kilian Perroulaz, dipl. Steuerexperte

Philippe M. Reich, LL.M.

Dr. Peter Reinert, LL.M.

Eva-Maria Strobel, EMLE

Alexandra Takhtarova, Master of Business Law

Dr. Michael Treis

Boris Wenger, J.S.M.

Tania Bukhari Benz, M.A. HSG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2019
ISBN 978-3-7255-7973-0

www.schulthess.com

Vorwort

Die Reihe "Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht" wurde 1999/2000 begonnen und soll Juristen und Nichtjuristen einen Überblick über die neusten Entwicklungen in den wichtigsten Gebieten des schweizerischen Wirtschaftsrechts verschaffen. Ziel ist es, in knapper Form die Entwicklungen des letzten Jahres, wie sie sich aus Gesetzgebung und Rechtsprechung ergeben, zusammen zu fassen und mit einem Ausblick über zu erwartende Rechtsänderungen zu ergänzen.

Dies ist ein Gemeinschaftswerk der nachfolgend aufgeführten Anwälte und Steuerexperten der Kanzlei Baker McKenzie Zürich. Die abschliessenden Redaktionsarbeiten übernahmen Joachim Frick und Tania Bukhari Benz. Erfasst wurden die folgenden Gebiete:

1. **Gesellschaftsrecht** (Lukas Glanzmann, Manuel Meyer)
2. **Finanz- und Kapitalmarktrecht** (Matthias Courvoisier, Marcel Giger)
3. **Arbeits- und Sozialversicherungsrecht**
 - I. Arbeitsrecht (Peter Reinert)
 - II. Sozialversicherungsrecht (Philippe Monnier)
4. **Steuerrecht** (Kilian Perroulaz, Alexandra Takhtarova)
5. **Immaterialgüterrecht**
 - I. Markenrecht (Michael Treis)
 - II. Urheber- und Designrecht (Sandra Marmy-Brändli, Eva-Maria Strobel)
6. **Wettbewerbsrecht** (Philippe Reich, Boris Wenger)
 - I. Unlauterer Wettbewerb
 - II. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen
7. **Schiedsgerichtsbarkeit** (Joachim Frick)
8. **Vertragsrecht und Vertragsmanagement** (Valentina Hirsiger)

Die vorliegende Ausgabe beschäftigt sich zur Hauptsache mit den Gerichtsentscheidungen, die zwischen 1. Januar und 31. Dezember 2018 publiziert worden sind; sie gibt aber auch einen Überblick über künftige Entwicklungen, soweit entsprechende Vorhaben des Gesetzgebers bekannt sind. Die Autoren hoffen auch in diesem Jahr eine für die Praxis geeignete Übersicht über die neusten Rechtsentwicklungen vorgelegt zu haben.

Zürich, im März 2019

Joachim Frick

Inhaltsübersicht

Teil 1	Gesellschaftsrecht	S. 1
Teil 2	Finanz- und Kapitalmarktrecht	S. 13
Teil 3	Arbeits- und Sozialversicherungsrecht	S. 25
	I. Arbeitsrecht	S. 25
	II. Sozialversicherungsrecht	S. 41
Teil 4	Steuerrecht	S. 51
Teil 5	Immaterialgüterrecht	S. 67
	I. Markenrecht	S. 67
	II. Urheber- und Designrecht	S. 73
Teil 6	Wettbewerbsrecht	S. 77
	I. Unlauterer Wettbewerb	S. 77
	II. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen	S. 78
Teil 7	Schiedsgerichtsbarkeit	S. 87
Teil 8	Vertragsrecht und Vertragsmanagement	S. 93

Teil 1 Gesellschaftsrecht*

A. Gesetzgebung

1. Aktienrechtsrevision

Der am 23. November 2016 erschienene Entwurf zur Aktienrechtsrevision¹ befindet sich nach wie vor in der parlamentarischen Beratung. Der Nationalrat hat dem Gesetzesentwurf am 15. Juni 2018 mit zahlreichen Änderungen zugestimmt. Der Ständerat hat die Vorlage in der Wintersession beraten, diese aber an seine Rechtskommission zurückgeschickt, wo sie momentan behandelt wird. Es wird davon ausgegangen, dass der Ständerat den Entwurf in der Sommersession 2019 erneut beraten wird. Eine Inkraftsetzung der Aktienrechtsnovelle dürfte kaum vor dem Jahr 2021 möglich sein.

2. Global Forum Gesetz

Der Bundesrat hat am 21. November 2018 den Entwurf für eine Verschärfung der GAFI-Bestimmungen verabschiedet (sog. Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke).² Im Gesellschaftsrecht sieht der Entwurf vor, die Inhaberaktie ganz abzuschaffen, sofern die Gesellschaft nicht börsenkotiert ist oder die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgegeben sind. Daneben sollen Strafbestimmungen für eine Verletzung der Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Personen sowie bei nicht vorschriftsgemässer Führung des Aktien- bzw. Stammanteilsbuchs und des Verzeichnisses der wirtschaftlich berechtigten Personen eingeführt werden. Der Entwurf ist momentan in der ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben in Beratung.

3. Neues Handelsregisterrecht

Das am 17. März 2017 verabschiedete neue Handelsregisterrecht³ (Art. 927 – 943 OR) wurde immer noch nicht in Kraft gesetzt. Die Referendumsfrist ist am 6. Juli 2017 abgelaufen. Im heutigen Zeitpunkt ist nicht absehbar, wann das neue Gesetz in Kraft gesetzt wird.

* Bearbeitet von Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M., und Dr. Manuel Meyer. Die Ausführungen unter «Rechtsprechung» lehnen sich stark an den Text der entsprechenden Entscheide an. Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird darauf verzichtet, wörtliche Zitate als solche zu kennzeichnen. Die Autoren danken Dr. iur. Fabienne Bretscher für die Mitarbeit.

¹ Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 683; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399.

² Entwurf zum Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke, BBl 2019 339; Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz vom 21. November 2018, BBl 2019 279.

³ BBl 2017 2433.

Der Bundesrat hat am 20. Februar 2019 den Entwurf der revidierten Handelsregisterverordnung in die Vernehmlassung geschickt. Diese vereinfacht die Voraussetzungen für die Anmeldungen stark, indem neu auch bevollmächtigte Vertreter einer Rechtseinheit eine Anmeldung einreichen können. Die Vernehmlassung dauert bis am 27. Mai 2019.

B. *Rechtsprechung Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)*

1. *Voraussetzungen zur Einberufung einer Generalversammlung*

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid musste das Bundesgericht die Voraussetzungen zur Einberufung einer Generalversammlung prüfen.⁴

Gemäss Art. 699 Abs. 3 OR können ein oder mehrere Aktionäre, die zusammen mindestens 10 % des Aktienkapitals vertreten, die Einberufung der Generalversammlung verlangen. Entspricht der Verwaltungsrat diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist, so hat der Richter auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen (Art. 699 Abs. 4 OR).

Der gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR angerufene Richter muss nur formelle Fragen berücksichtigen, nämlich ob der Gesuchsteller Aktionär ist, ob er die formalen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 OR erfüllt und ob ein Antrag auf Einberufung tatsächlich an den Verwaltungsrat gerichtet wurde, der ihm nicht innerhalb einer angemessenen Frist entsprochen hat. Eine materielle Prüfung des Antrags wird hingegen nicht durchgeführt. Namentlich ist die Gültigkeit der Beschlüsse, für welche die Sitzung einberufen wird, grundsätzlich im Rahmen von etwaigen Nichtigkeits- oder Anfechtungsklagen zu prüfen.⁵

Einem Einberufungsgesuch ist nur dann nicht stattzugeben, wenn dieses offensichtlich missbräuchlich oder schikanös ist.⁶ Im vorliegenden Fall bezweckt die Einberufung gemäss verbindlicher Tatsachenfeststellung der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer die Kontrolle über die Gesellschaft erlangt, um das gegen ihn angestrebte Strafverfahren zu beenden. Konkret wird dem Gesuchsteller vorgeworfen, eine qualifizierte ungetreue Geschäftsführung, die der Gesellschaft einen Schaden von ca. CHF 146'000 verursacht hat, sowie Urkundenfälschung begangen zu haben.⁷

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist der Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung, um dort zum alleinigen Verwaltungsrat ernannt zu werden und die Einstellung der von der Gesellschaft gegen ihn erhobenen Verfahren zu erreichen, offensichtlich

⁴ BGer 4a_529/2017 vom 21. Februar 2018.

⁵ BGer 4a_529/2017 vom 21. Februar 2018, E. 3.2.

⁶ BGer 4a_529/2017 vom 21. Februar 2018, E. 3.3.

⁷ BGer 4a_529/2017 vom 21. Februar 2018, E. 4.4.

lich missbräuchlich, da der Gesuchsteller versucht, ein Rechtsinstitut in einer seinem Zweck zuwiderlaufenden Weise zu nutzen. Der Gesuchsteller habe demnach kein schutzwürdiges Interesse daran, die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen, und sein Antrag sei als offensichtlich rechtsmissbräuchlich abzulehnen.⁸

2. *Gebot der schonenden Rechtsausübung bei Festsetzung des Ausgabepreises von Aktien*

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid hat das Bundesgericht möglicherweise eine Praxisänderung bezüglich der Festsetzung des Ausgabepreises von Aktien eingeleitet.⁹ Im konkreten Fall beschloss die Generalversammlung eine Erhöhung des Aktienkapitals von CHF 120'000 auf CHF 1'620'000 durch Ausgabe von 15'000 neuen Aktien zum Nennwert von je CHF 100. Das Bezugsrecht der Aktionäre wurde dabei gewahrt. Der Kläger wollte als Minderheitsaktionär nicht an dieser Kapitalerhöhung teilnehmen. Dadurch wäre sein Stimmrechtsanteil von 30 % auf 2 % gesunken und er hätte eine massive kapitalmässige Verwässerung ertragen müssen.

Im Rahmen des provisorischen Rechtsschutzes war vor Bundesgericht streitig, ob der Minderheitsaktionär über einen glaubhaften materiellen Anspruch für eine Handelsregistersperre verfügte. Konkret ging es um die Frage, ob die unteren Gerichte Art. 706 Abs. 2 OR willkürlich angewandt haben, indem sie nicht untersuchten, ob die Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung eine für den Minderheitsaktionär weniger einschneidende Massnahme hätte ergreifen müssen.

Das Bundesgericht führt im Entscheid aus, dass die Verletzung des Prinzips der schonenden Rechtsausübung ein Anfechtungsgrund sei.¹⁰ Dieses Prinzip komme jedoch nur zur Anwendung, wenn die Rechte der Minderheitsaktionäre mit einer gewissen Schwere beeinträchtigt werden. Wegen der starken Verwässerung erachtete das Bundesgericht dieses Kriterium vorliegend als erfüllt.¹¹ Zudem stellt es fest, dass mit einer über-pari Emission der Kapitalbedarf der Gesellschaft auch ohne derart starke Stimmrechtsverwässerung hätte gedeckt werden können.¹²

Das Bundesgericht beanstandet, dass sich die Vorinstanz mit der Feststellung begnügt habe, dass nach aller Wahrscheinlichkeit eine über-pari Emission für die Gesellschaft umständlicher gewesen wäre. Hierfür gebe es keine Anhaltspunkte.¹³ Daraus schloss es, dass das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs vorliegend nicht verneint werden könne. Aus den Feststellungen der Vorinstanz ergebe sich vielmehr, dass es zumindest

⁸ BGer 4a_529/2017 vom 21. Februar 2018, E. 4.5.

⁹ BGer 4a_531/2017 vom 20. Februar 2018.

¹⁰ BGer 4a_531/2017 vom 20. Februar 2018, E. 3.1.

¹¹ BGer 4a_531/2017 vom 20. Februar 2018, E. 3.3.1.

¹² BGer 4a_531/2017 vom 20. Februar 2018, E. 3.3.

¹³ BGer 4a_531/2017 vom 20. Februar 2018, E. 3.3.1.

wahrscheinlich sei, dass die Gesellschaft die Möglichkeit gehabt hätte, für den Minderheitsaktionär weniger schädliche Massnahmen als eine über-pari Emission zu ergreifen. Eine solche hätte zudem nach Auffassung des Bundesgerichts keine Nachteile für den Mehrheitsaktionär gehabt.¹⁴ Es hiess deshalb die Beschwerde des Minderheitsaktionärs gut und die Handelsregistersperre wurde aufrechterhalten.

3. *Änderung des Logos als unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrats*

In einem arbeitsrechtlichen Entscheid ging es um die Frage, ob die fristlose Entlassung eines "Chairman of the European Group" sowie Geschäftsführers einer Schweizer AG gerechtfertigt war, weil er eigenmächtig das Logo der Gesellschaft geändert hatte, indem er ein in der Unternehmensgruppe bereits verwendetes Logo ebenfalls für die Schweizer Gesellschaft benutzte.¹⁵

Nach Auffassung des Bundesgerichts stellt der Entscheid bezüglich Änderung des Logos keine bloss operative Geschäftsführungsaufgabe dar, welche an den Gekündigten hätte übertragen werden können. Vielmehr handle es sich dabei um einen strategischen Unternehmensentscheid, der unter die Oberleitung der Gesellschaft im Sinne von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR falle und dem Gesamtverwaltungsrat nicht entzogen werden könne.¹⁶ Damit sei auch der Verwaltungsrat als Organ und nicht ein einzelnes Mitglied kompetent, darüber zu befinden, ob ein Wechsel des Logos wirtschaftlich begründet erscheint. Auch wenn der Gekündigte Präsident des Verwaltungsrats der Gesellschaft war, war er nach Auffassung des Bundesgerichts nicht befugt, allein über die Logo-Änderung zu entscheiden.¹⁷ Folglich erachtete das Bundesgericht die fristlose Entlassung als gerechtfertigt.

4. *Gültigkeit einer Abgangsentschädigung trotz Interessenkonflikt*

In einem in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheid geht es um die Gültigkeit von Rechtsgeschäften bei Vorliegen eines Interessenkonflikts.¹⁸

Im beurteilten Fall ging es um die Frage, ob einem Chief Financial Officer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses seitens der Arbeitgeberin eine Abfindung in der Höhe von CHF 500'000 geschuldet war. Die Arbeitgeberin machte geltend, dass die vereinbarte Abgangsentschädigung ein Insichgeschäft sei, da sich der CEO und einziger Verwaltungsrat einerseits und der CFO andererseits "übers Kreuz" begünstigt hätten; ein solches Geschäft sei vom Gesellschaftszweck nicht erfasst.¹⁹

¹⁴ BGer 4a_531/2017 vom 20. Februar 2018, E. 3.3.2.

¹⁵ BGer 4a_349/2017 vom 23. Januar 2018.

¹⁶ BGer 4a_349/2017 vom 23. Januar 2018, E. 3.2.

¹⁷ BGer 4a_349/2017 vom 23. Januar 2018, E. 3.3.

¹⁸ BGE 144 III 388.

¹⁹ BGE 144 III 388, E. 5.2.

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist im konkreten Fall die Tatsache von Bedeutung, dass die sich "übers Kreuz" begünstigenden Personen der Abgangsentschädigung nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz die alleinigen Eigentümer der Holding waren und diese insgesamt alle Tochter- und Enkelgesellschaften zu 100 % besaß. Die Situation sei damit vergleichbar mit jener eines Alleinaktionärs, d.h. es fehlt an gegenläufigen Interessen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bedarf es in einem solchen Fall keiner zusätzlichen Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ bzw. eine solche wird stillschweigend angenommen. Dies gilt sowohl bezüglich der Generalversammlung der Enkelgesellschaft wie auch jener der Muttergesellschaft. Nach Auffassung des Bundesgerichts sind deshalb die Rügen, die sich auf die fehlende Ermächtigung des Verwaltungsrates der Muttergesellschaft durch deren Generalversammlung beziehen, nicht entscheidend.²⁰ Das Bundesgericht begründet seine Rechtsprechung damit, dass den Gesellschaftsgläubigern mit den paulianischen Anfechtungsklagen und der Verantwortlichkeitsklage gegenüber Verwaltungsratsmitgliedern andere Rechtsbehelfe zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zur Verfügung stünden. Es kommt deshalb zum Schluss, dass die Arbeitgeberin beim Abschluss der Abgangsentschädigung gültig vertreten war.²¹

5. *Gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsrechts des Verwaltungsrats*

In einem weiteren in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid war die Frage zu beurteilen, ob das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Mitglieder des Verwaltungsrats gerichtlich durchgesetzt werden kann.²²

Nach Art. 715a OR kann jedes Mitglied des Verwaltungsrats Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen (Abs. 1). Soweit es für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist, kann zudem jedes Mitglied beim Präsidenten beantragen, dass ihm Bücher und Akten vorgelegt werden (Abs. 4).

Das Bundesgericht musste bis anhin die Frage der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Auskunfts- und Einsichtsrechts eines Verwaltungsratsmitglieds nie beantworten. Nach einer detaillierten Auseinandersetzung mit den verschiedenen Argumenten kommt es zum Schluss, dass der Informationsanspruch des Verwaltungsratsmitglieds klageweise gegen die Gesellschaft durchgesetzt werden kann. Das angerufene Gericht hat auf entsprechendes Gesuch eines Verwaltungsratsmitglieds zu prüfen, ob die geltend gemachten Ansprüche auf Einsicht bestehen, namentlich ob die verlangten Informationen zur Erfüllung des Verwaltungsratsmandats erforderlich sind, ob nach allfälliger Beendigung des Mandats ein hinreichender Zusammenhang (etwa aufgrund strittiger Verantwortlichkeits- oder Honoraransprüche) noch besteht, der die Einsichtsgewährung in einem selbstständigen Verfahren rechtfertigt, oder ob der Einsicht durch das (ehemali-

²⁰ BGE 144 III 388, E. 5.3.1.

²¹ BGE 144 III 388, E. 5.3.2.

²² BGE 144 III 100.

ge) Verwaltungsratsmitglied überwiegende (Geheimhaltungs-)Interessen der Gesellschaft entgegen stehen.²³

Hinsichtlich des Verfahrens ist das Bundesgericht der Auffassung, dass für die gerichtliche Geltendmachung die Vorschriften des Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre und Gläubiger sinngemäss gelten. Der Anspruch des Verwaltungsratsmitglieds auf Einsicht und Auskunft nach Art. 715a OR sei daher in einem – allerdings "atypischen" – summarischen Verfahren nach Art. 252–256 ZPO zu beurteilen.²⁴

6. Voraussetzungen für eine Erneuerung der Opting-out-Erklärung

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob das Handelsregisteramt ohne besonderen Anlass eine Erneuerung der Opting-out-Erklärung verlangen kann.²⁵ Im konkreten Fall wurde die Gesellschaft am 16. Juli 2013 gegründet. Gleichzeitig wurde die Erklärung abgegeben, dass sie auf die eingeschränkte Revision verzichtet (Opting-out). Vier Jahre später, am 20. September 2017, leitete das Handelsregisteramt des Kantons Zürich beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein Organisationsmängelverfahren ein, da die Gesellschaft auf entsprechende Aufforderung hin die Opting-out-Erklärung nicht erneuert bzw. keine aktuelle Jahresrechnung eingereicht hat. Das Handelsregisteramt stützte sein Begehren auf Erneuerung der Opting-out-Erklärung auf Art. 62 Abs. 4 HRegV.

Im vorliegenden Verfahren war strittig, ob das Handelsregisteramt ohne besonderen Anlass die Erneuerung der Opting-out-Erklärung verlangen kann. Dabei ist zu beachten, dass der einmal gefasste Beschluss über den Verzicht auf die eingeschränkte Revision nach Art. 727a Abs. 4 OR ausdrücklich auch für die nachfolgenden Jahre gilt, soweit nicht ein Aktionär die Einsetzung einer Revisionsstelle verlangt oder eine andere Voraussetzungen für das Opting-out entfällt.²⁶ Nach Ansicht des Bundesgerichts schliesst die gesetzliche Vermutung von Art 727a Abs. 4 OR aus, ohne Anhaltspunkte für eine Änderung der Verhältnisse einen erneuten Nachweis für die Voraussetzung des Opting-out zu verlangen.²⁷

Im konkreten Fall wurde das Handelsregisteramt durch das Betreibungsamt darauf hingewiesen, dass gegen die Gesellschaft Verlustscheine vorlägen. Nach Ansicht des Bundesgerichts führt eine desolante finanzielle Situation nach der gesetzlichen Regelung aber nicht dazu, dass die Gesellschaft zur ordentlichen oder eingeschränkten Revision verpflichtet wird; die Solvenz der Gesellschaft bildet nach der gesetzlichen Regelung auch keine Voraussetzung für die Gültigkeit des Beschlusses zum Opting-out.

²³ BGE 144 III 100, E. 5.2.3.2.

²⁴ BGE 144 III 100, E. 6.

²⁵ BGer 4a_589/2017 vom 9. Februar 2018.

²⁶ BGer 4a_589/2017 vom 9. Februar 2018, E. 2.3.2.

²⁷ BGer 4a_589/2017 vom 9. Februar 2018, E. 2.3.4.

Derartige Umstände mögen dazu führen, dass Gläubiger die Gesellschaft in den Konkurs treiben; sie begründen hingegen keine Pflicht der Gesellschaft zur Wahl einer Revisionsstelle.²⁸ Deswegen kann gestützt darauf auch kein Organisationsmangelverfahren eingeleitet werden.

7. *Haftung des faktischen Organs für Sozialversicherungsbeiträge*

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob ein Zeichnungsberechtigter mit Einzelprokura für nicht abgelieferte Sozialversicherungsbeiträge haftet.²⁹ Es kam aufgrund der konkreten Umstände zum Schluss, dass der Beklagte als faktisches Organ der Arbeitgeberin zu gelten hat.

Die Schadenersatzpflicht faktischer Organe reicht grundsätzlich nur so weit, als die betreffende Person in Bezug auf die nicht bezahlten Beiträge disponieren und Zahlungen an die Ausgleichskasse veranlassen konnte.³⁰ Da der Beklagte ab 8. April 2013 freigestellt war, wurde ein Verschulden in Form eventualvorsätzlichen Handelns nur insoweit bejaht, als es um die Beitragspflicht bis Ende Februar 2013 geht.³¹

Nicht gehört wurde vom Bundesgericht das Argument des Beklagten, dass die Gesellschaft nach seinem Ausscheiden die ausstehenden Beiträge nicht beglichen habe, obwohl sie genügend Mittel dafür gehabt hätte. Selbst wenn dies zuträfe, würde dies nach Ansicht des Bundesgerichts den adäquaten Kausalzusammenhang nicht unterbrechen und damit den Beklagten nicht von seiner Haftung befreien.³²

8. *Nachweis der Aktionärsstellung nach Kraftloserklärung von Inhaberaktien*

In einem weiteren Urteil ging es um die Frage, wie ein Inhaberaktionär nach Durchführung eines Kraftloserklärungsverfahrens seine Aktionärsstellung nachweisen muss.³³ Im konkreten Fall vertrat die Gesellschaft die Auffassung, dass die Kraftloserklärung den Aktionär nicht vom Nachweis seiner Aktionärsstellung entbinde, und sie liess ihn deshalb nicht zur Generalversammlung zu.

Das Bundesgericht führt diesbezüglich aus, dass die Wirkung der Kraftloserklärung rein legitimationsrechtlicher Natur sei; die materielle Rechtslage bleibt davon unberührt. Die Kraftloserklärung von Wertpapieren bewirkt lediglich, dass der Schuldner in Aufhebung des Grundsatzes von Art. 965 OR auch ohne Vorweisung der Urkunde leisten darf. Das Recht wird vom Papier getrennt und der Berechtigte kann das Recht

²⁸ BGer 4a_589/2017 vom 9. Februar 2018, E. 2.4.3.

²⁹ BGer 9C_27/2017 vom 8. August 2017.

³⁰ BGer 9C_27/2017 vom 8. August 2017, E. 4.1.

³¹ BGer 9C_27/2017 vom 8. August 2017, E. 3.

³² BGer 9C_27/2017 vom 8. August 2017, E. 4.7.

³³ BGer 4a_501/2018 vom 3. Dezember 2018.

ohne Vorlage der Urkunde geltend machen. Der Gesuchsteller wird damit in die Lage versetzt, in der er sich befinden würde, wenn er im Besitz der Urkunde wäre und diese vorweisen könnte. Somit kann sich der Aktionär mit dem Kraftloserklärungsentscheid gegenüber der Gesellschaft legitimieren, wie wenn er die verlorenen Inhaberaktien noch besässe.³⁴

Der Gesellschaft steht auch nach einer Kraftloserklärung der Nachweis offen, dass der angebliche Aktionär nicht Aktionär ist. Die Gesellschaft ist dafür aber beweisbelastet.³⁵ Da die Gesellschaft im vorliegenden Fall diesen Beweis nicht erbracht hat, wurde der Aktionär zu Unrecht von der Generalversammlung ausgeschlossen.

9. Anwendbarkeit statutarischer Schiedsklauseln

In einem Urteil des Bundesgerichts ging es um den Anwendungsbereich einer Schiedsklausel, die in den Statuten einer GmbH enthalten ist.³⁶

Nachdem die beiden Gesellschafter eine GmbH gemeinsam gegründet hatten, schlossen sie einen Treuhandvertrag ab, gestützt auf den der eine Gesellschafter als Treugeber seine Stammanteile an derselben GmbH dem anderen Gesellschafter als Treunehmer treuhänderisch übergab. In der Folge machte der Treugeber einen Schaden gegen den Treunehmer wegen Verletzung des Treuhandvertrags geltend. Unklar war, ob die in den Statuten der GmbH vorgesehene Schiedsklausel anwendbar ist.

Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass bei der Auslegung von Statuten unterschiedliche Auslegungsmethoden zur Anwendung kommen können. Bei Gesellschaften mit einem grossen Gesellschafterkreis ist die Methode der *Gesetzesauslegung* anzuwenden. Bei solchen mit einem kleinen Gesellschafterkreis ist hingegen die Methode der *Vertragsauslegung* anwendbar.³⁷

In Anwendung der Auslegungsmethode der Vertragsauslegung kommt das Bundesgericht vorliegend zum Schluss, dass die statutarische Schiedsklausel nicht auf Verträge zwischen den Gesellschaftern Anwendung finde. Deshalb sei diese Schiedsklausel auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Zwar müsse dem Treuhandvertrag ein Bezug zur Gesellschaft zugestanden werden. Jedoch ergebe sich der geltend gemachte Schadenersatzanspruch ausschliesslich aus dem Treuhandvertrag und sei daher vertraglicher und nicht körperschaftlicher Natur.³⁸

³⁴ BGer 4a_501/2018 vom 3. Dezember 2018, E. 5.2.

³⁵ BGer 4a_501/2018 vom 3. Dezember 2018, E. 5.3.

³⁶ BGer 4a_344/2017 vom 21. Dezember 2017.

³⁷ BGer 4a_344/2017 vom 21. Dezember 2017, E. 3.1.

³⁸ BGer 4a_344/2017 vom 21. Dezember 2017, E. 3.4.

Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht die Frage nicht behandelt, ob die Statuten vertragsrechtliche Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern überhaupt einem Schiedsgericht unterstellen könnten.³⁹ Es ist also unklar, ob die Gesellschafter mit einem griffigeren Wortlaut der statutarischen Schiedsklausel auch Verträge zwischen den Gesellschaftern über Gesellschaftsangelegenheiten gültig der statutarischen Schiedsgerichtsbarkeit hätten unterwerfen können.

10. Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund

In einem weiteren Urteil des Bundesgerichts ging es um den Ausschluss eines Gesellschafters einer GmbH aus wichtigem Grund.⁴⁰

Das Bundesgericht musste beurteilen, ob ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 823 OR, der den Ausschluss eines Gesellschafters rechtfertigt, vorliegt. Ein wichtiger Grund in diesem Sinne liegt vor, wenn die Fortführung der GmbH zwischen den Gesellschaftern aufgrund persönlicher Eigenschaften der Gesellschafter nicht mehr zumutbar ist. Entsprechend ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 823 OR vorwiegend von den Umständen des Einzelfalls abhängig.⁴¹

Im vorliegenden Fall wies das Bundesgericht den Fall an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurück. Insbesondere sei die Frage der Zumutbarkeit unter Berücksichtigung der behaupteten Konfliktsituation zwischen den Gesellschaftern zu prüfen.

C. Rechtsprechung übriges Gesellschaftsrecht

1. Einfache Gesellschaft

a) Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft

Das Bundesgericht befasste sich in der vorliegenden Berichtserstattungsperiode erneut mit der Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft.⁴²

Die Überführung der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft ist eine von verschiedenen Möglichkeiten, einen Nachlass zu teilen.⁴³ Die Bildung einer einfachen Gesellschaft setzt eine vertragsmässige Bindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln voraus (vgl. Art. 530 Abs. 1 OR).

³⁹ BGer 4a_344/2017 vom 21. Dezember 2017, E. 3.4.

⁴⁰ BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018.

⁴¹ BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.5.2.

⁴² BGer 5A-952/2017 vom 8. März 2018.

⁴³ BGer 5A-952/2017 vom 8. März 2018, E. 3.1.

Streitgegenstand des Verfahrens ist die Auslegung eines Erbteilungsvertrags vom 7. April 1972. Darin vereinbarten die Erben u.a., die geerbten Liegenschaften zu veräussern. Im Anschluss daran erschlossen die Erben das Grundstück, verkauften es teilweise parzellenweise und verteilten den jeweiligen Erlös gemäss den erbrechtlichen Quoten. In einem partiellen Teilungsvertrag vom 7. März 1991 parzellierten die Erben weitere Grundstücke ab und teilten diese einzelnen Erben zu vereinbarten Anrechnungswerten zu.

Die Kläger erblicken im Erbteilungsvertrag vom 7. April 1972 die Begründung einer einfachen Gesellschaft.

Schulbuchartig führt das Bundesgericht die Grundregeln der Vertragsauslegung aus. So sind Verträge zuerst nach dem *tatsächlichen Parteiwillen* auszulegen. Der tatsächliche Parteiwille ist eine Tatfrage, die das Bundesgericht grundsätzlich nicht überprüft. Es ist demnach vorab zu untersuchen, ob sich die Vertragsparteien tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Haben sich die Vertragsparteien in den Vertragsverhandlungen übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, ist der Vertrag nicht zustande gekommen. Haben sich die Vertragsparteien hingegen übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, ist ein Vertrag nur dann zustande gekommen, wenn nach dem *Vertrauensgrundsatz* die eine Vertragspartei in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen ist und die andere Vertragspartei auf ihre Äusserung in deren objektiven Sinn zu behaften ist. Letzteres ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei überprüft.⁴⁴ Eine Erklärung ist jeweils so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den Gesamtumständen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verstanden werden durfte und musste.⁴⁵

Das Bundesgericht hält dafür, dass der Wille zur Fortführung der Erbengemeinschaft in der Form einer einfachen Gesellschaft eindeutig sein muss.⁴⁶ Der streitgegenständliche Erbteilungsvertrag erwähnt weder den Begriff der "einfachen Gesellschaft" noch lassen andere vertragliche Formulierungen den Schluss zu, die Erbengemeinschaft habe damit die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft begründen wollen. Einen tatsächlichen Willen zur Begründung einer einfachen Gesellschaft sei damit nicht gegeben. Auch die im Anschluss an den Abschluss des Erbteilungsvertrags vorgenommenen Handlungen (Parzellierungen, Planungen, Erschliessungen und gemeinsame Überbauungen) überzeugten das Bundesgericht nicht. Zwar räumt das Bundesgericht ein, dass das Verhalten der Vertragsparteien nach Vertragsabschluss Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen derselben zulasse. Die genannten Vorgänge, die sich nach Vertragsabschluss zugetragen haben, waren jedoch für die

⁴⁴ BGer 5A-952/2017 vom 8. März 2018, E. 4.

⁴⁵ BGer 5A-952/2017 vom 8. März 2018, E. 6.1.

⁴⁶ BGer 5A-952/2017 vom 8. März 2018, E. 6.1.

Auslegung unbeachtlich, weil sie während den Vertragsverhandlungen noch nicht angedacht gewesen waren.⁴⁷

Auch nach dem Vertrauensgrundsatz könne der Wille zur Begründung einer einfachen Gesellschaft nicht abgeleitet werden. Die Veräusserung von Erbschaftsliegenschaften gehört nämlich zu den typischen Liquidationshandlungen einer Erbengemeinschaft. Deren Erwähnung im Erbteilungsvertrag vom 7. April 1972 könne damit nach Treu und Glaube nicht so verstanden werden, dass damit eine einfache Gesellschaft begründet werden sollte.⁴⁸

b) Vertrauensschutz in den Bestand einer einfachen Gesellschaft

In einem weiteren Urteil des Bundesgerichts ging es um den Schutz des berechtigten Vertrauens eines Dritten auf das Bestehen einer einfachen Gesellschaft.⁴⁹

Der Fall hat bereits zu einem Urteil des Bundesgerichts⁵⁰ geführt, das im Jahrbuch 2016/17 diskutiert worden ist. Dem Urteil liegt ein Ferkelbetrieb zugrunde. Streitgegenstand war damals die Frage, ob der Vater und Begründer des Ferkelbetriebs alleine oder zusammen mit seinen Söhnen für eine Forderung eines Geschäftsgläubigers hafte. Das Bundesgericht hatte damals verbindlich festgestellt, dass ein Dritter in seinem guten Glauben, es liege eine einfache Gesellschaft vor, zu schützen sei, sodass die vermeintlichen Gesellschafter nach dem **Vertrauensprinzip** für den geschaffenen **Rechtsschein** wie wenn eine einfache Gesellschaft begründet worden wäre gestützt Art. 534 Abs. 3 OR solidarisch haften.⁵¹ Das Bundesgericht wies den Fall an die Vorinstanz zurück, um beurteilen zu können, ob der Dritte in gutem Glauben davon ausging und ausgehen durfte, dass eine einfache Gesellschaft zwischen dem Vater und seinen Söhnen bestehe und damit ob tatsächlich ein entsprechender Rechtsschein geschaffen worden sei.

Beachtenswert ist die Rückweisung des Bundesgerichts an die Vorinstanz insofern, als das Bundesgericht ausdrücklich festhielt, dass die von einem der Söhne gegenüber Geschäftspartnern verwendete Bezeichnung "X. [...] & Söhne" sowie die im Geschäftsverkehr verwendete Redewendung "wir" für sich allein einen solchen Rechtsschein nicht begründen vermöge.

Die Vorinstanz bejahte in der Folge den Rechtsschein. Das Bundesgericht folgte dieser Auffassung. Im Wesentlichen stützt das Bundesgericht den Rechtsschein auf eine nachweisbare Aussage des Vaters im Jahr 2006 gegenüber dem Geschäftspartner. Der

⁴⁷ BGer 5A-952/2017 vom 8. März 2018, E. 6.3.

⁴⁸ BGer 5A-952/2017 vom 8. März 2018, E. 6.3.

⁴⁹ BGer 4A_253/2017 vom 18. Juni 2018.

⁵⁰ BGer 4A_513/205 vom 13 April 2016, E. 2.2.

⁵¹ BGer 4A_513/205 vom 13 April 2016, E. 3.1.

Vater hatte dem Geschäftspartner angekündigt, dass seine Söhne dem Betrieb beitreten würden. Damit sei ein Rechtsschein – *nota bene* ohne Zutun der Söhne – begründet worden. Die anschliessenden Handlungen der Söhne in der Korrespondenz und im Zusammenhang mit der Tilgung der Schuld des Ferkelbetriebs gegenüber dem Geschäftspartner konnten das Vertrauen des Geschäftspartners im Bestand einer einfachen Gesellschaft lediglich *bekräftigen*.⁵² Dies erstaunt insofern, als das Bundesgericht zwei Jahre zuvor befunden hatte, dass diese Handlungen für sich allein genommen den Rechtsschein nicht zu begründen vermögen.

2. *Genossenschaft – Ausschluss eines Genossenschafters aus wichtigen Gründen*

In einem Urteil des Bundesgerichts ging es um den Ausschluss eines Genossenschafters.⁵³

Der Ausschluss eines Genossenschafters aus wichtigen Gründen gemäss Art. 846 Abs. 2 OR ist möglich, wenn die Umstände so gravierend sind, dass eine Fortführung der Mitgliedschaft für die Genossenschaft *unzumutbar* erscheint. Im vorliegenden Fall genügte dem Bundesgericht dafür, dass ein Genossenschafter ohne schlüssige Begründung Rollladenmotoren, die er zwischen CHF 25 und 50 das Stück erworben hatte, der Genossenschaft für CHF 486 das Stück weiterverrechnete.⁵⁴

⁵² BGer 4A_513/205 vom 13. April 2016, E. 4.2 f.

⁵³ BGer 4A_59/2018 vom 23. August 2018.

⁵⁴ BGer 4A_59/2018 vom 23. August 2018, E. 2.