



Baker  
McKenzie.

# Wirtschaftsrecht 2020

## Trends & Entwicklungen

Schulthess §

# **Wirtschaftsrecht 2020**

## Trends & Entwicklungen

Nadine Bosshard, CEMS MIM

Dr. Matthias Courvoisier, MSc in Finance (London Business School)

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

Dr. Marcel Giger, M.C.J.

Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M.

Dr. Valentina Hirsiger

Selina Many, dipl. Steuerexpertin

Dr. Sandra Marmy-Brändli

Dr. Manuel Meyer

Dr. Philippe Monnier

Kilian Perroulaz, dipl. Steuerexperte

Sylvia Polydor, LL.M.

Philippe M. Reich, LL.M.

Dr. Peter Reinert, LL.M.

Dr. Julia Schieber

Dr. Martina Patricia Steiner

Eva-Maria Strobel, EMLE

Gabrielle Tschopp, M.A. HSG in Law

Boris Wenger, J.S.M.

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 2020  
ISBN 978-3-7255-8156-6

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## *Inhaltsverzeichnis*

<b>Gesellschaftsrecht (Glanzmann, Meyer)</b>	<b>(Seite 1–17)</b>
I. Neue Entwicklungen .....	1
1. Global Forum Gesetz .....	1
2. Einführung des Registerwertrechts .....	2
3. Grosse Aktienrechtsrevision .....	2
4. Konzernverantwortungsinitiative .....	2
II. Rechtsprechung .....	3
1. Rechtsprechung Kapitalgesellschaften (AG und GmbH) ....	3
1.1 Vinkulierung .....	3
1.2 Klage auf Einberufung einer Generalversammlung .....	4
a) Kostentragung bei Durchführung der General-	
versammlung .....	4
b) Überspitzer Formalismus .....	5
c) Bei Rechtshängigkeit eines Ausschlussverfahrens ...	6
1.3 Einsichtsrecht .....	7
1.4 Sonderprüfung .....	8
1.5 Recht des Gesellschafters auf Eintragung ins	
Handelsregister .....	8
1.6 Vertretung der Gesellschaft durch faktische Organe .....	10
1.7 Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats .....	11
a) Verantwortlichkeit im Konzern .....	11
b) Geschäftsführerhaftung nach Art. 52 AHVG .....	13
2. Rechtsprechung übriges Gesellschaftsrecht .....	15
2.1 Einfache Gesellschaft .....	15
2.2 Genossenschaft .....	17
<b>Finanzmarktrecht (Giger)</b>	<b>(Seite 19–30)</b>
I. Neue Entwicklungen .....	19
1. Gesetzgebung .....	19
1.1 FIDLEG und FINIG .....	19
a) Zusammenfassender Überblick FIDLEG .....	19
b) Zusammenfassender Überblick FINIG .....	20
c) Übergangsfristen .....	21

1.2 KAG: Limited Qualified Investor Fund (L-QIF) .....	23
1.3 Bankeninsolvenz, Einlagensicherung und Segregierung	24
1.4 Geldwäschereibekämpfung .....	25
1.5 Blockchain/DLT .....	26
2. Verordnungen, Richtlinien und Rundschreiben .....	27
2.1 Kleinbankenregime .....	27
2.2 Rechnungslegung .....	27
2.3 Kryptowährungen/Stable-Coins .....	27
2.4 Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz .....	29
2.5 FINMA Risikomonitor 2019 .....	29
II. Regulatorische Rechtsprechung und Fallpraxis der FINMA .....	30

**Kapitalmarktrecht (Courvoisier) (Seite 31–37)**

I. Neue Entwicklungen .....	31
1. FIDLEG und FIDLEV .....	31
1.1 Prospektpflicht und Ausnahmen .....	31
1.2 Prospektinhalt .....	32
1.3 Prüfung von Prospekt und Nachträgen, Effekt von Nachträgen .....	32
1.4 Basisinformationsblatt .....	34
1.5 Werbung .....	34
1.6 Haftung .....	35
2. Regulierung der SIX Swiss Exchange .....	35
2.1 Regulierung in der Übergangsfrist .....	35
2.2 Neue Regeln für das reine Listing .....	36
II. Praxis .....	36
1.1 Praxis der Übernahmekommission .....	36
1.2 Praxis der Börse .....	37

**Arbeitsrecht (Reinert) (Seite 39–51)**

I. Gesetzgebung .....	39
1. Lohngleichheitsanalyse .....	39
2. Stellenmeldepflicht .....	39
3. Vaterschafts- und Adoptionsurlaub .....	40
4. Teilflexibilisierung des Arbeitsgesetzes .....	40

II. Rechtsprechung .....	40
1. Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Unterrichtsvertrag ...	40
2. Kein Arbeitsvertrag mit CEO und 50% Aktionär .....	41
3. Keine Pflicht zur Anzeige der Schwangerschaft .....	42
4. Lohnzahlung in Euro .....	42
5. Einbezug der Kommissionen in den Ferienlohn .....	42
6. Entschädigung für Home Office .....	43
7. Bonus .....	43
8. Zulässigkeit des Abzugs sämtlicher Sozialversicherungs-	
beiträge bei der Bonusberechnung .....	45
9. Grenzen des Gleichbehandlungsgebotes .....	45
10. Verwirkung von Kommissionsansprüchen .....	45
11. Verwirkung eines Überzeitanspruches .....	46
12. Gültigkeit Kettenarbeitsvertrag .....	46
13. Missbräuchlichkeit einer Kündigung infolge individueller	
Charakterzüge? .....	47
14. Kündigung auf zu frühen Termin als fristlose Kündigung ...	47
15. Gültigkeit des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes .....	48
16. Sexuelle Belästigung muss keinen sexuellen Bezug aufweisen	49
17. Diskriminierung aufgrund von Homosexualität stellt keine	
Geschlechterdiskriminierung dar .....	49
18. Betriebsübergang trotz neuen Betriebskonzepts .....	50
19. Bewilligung von Arbeit an Feiertagen .....	50
20. Normalarbeitsvertrag .....	50

**Sozialversicherungsrecht (Monnier, Steiner)**

**(Seite 53–62)**

I. Neue Entwicklungen .....	53
1. AHV/IV/EL: Erhöhung der Beiträge .....	53
2. Berufliche Vorsorge .....	53
2.1 Mindestzinssatz bleibt unverändert bei 1% .....	53
2.2 Anpassung der BVG-Hinterlassenen- und Invaliden-	
renten an die Preisentwicklung .....	54
3. Krankenversicherung .....	54
3.1 Mittlere Prämie steigt um 0.2% .....	54
3.2 Revidiertes Heilmittelgesetz in Kraft getreten .....	54
3.3 Pflegebeitrag .....	54
4. Observation von Versicherten .....	55

5.	Internationales .....	55
5.1	Sozialversicherungsabkommen mit Kosovo in Kraft getreten .....	55
5.2	Sozialversicherungsabkommen mit Brasilien in Kraft getreten .....	55
5.3	Sozialversicherungsabkommen mit Tunesien unterzeichnet .....	55
5.4	Brexit: Abkommen zum Erhalt der sozialen Sicherheit unterzeichnet .....	55
6.	Ausblick .....	56
6.1	Reform der EL .....	56
6.2	Modernisierung der Aufsicht in der 1. Säule und Optimierung in der 2. Säule .....	56
6.3	Stabilisierung der AHV (AHV 21) .....	56
6.4	Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose .....	56
II.	Rechtsprechung .....	56
1.	Alters- und Hinterlassenenversicherung .....	56
2.	Arbeitslosenversicherung .....	57
2.1	Aufschub des Anspruches auf Arbeitslosengelder wegen hoher Abgangsentschädigung .....	57
2.2	Kein Anspruch des Gesellschafters einer GmbH nach deutschem GmbHG auf Arbeitslosenentschädigung .....	58
2.3	Fristwahrung bei elektronischer Übermittlung namentlich der Nachweise der persönlichen Arbeitsbemühungen .....	58
3.	Berufliche Vorsorge .....	59
4.	Invalidenversicherung .....	60
4.1	Voraussetzung der Auferlegung der Abklärungskosten an die Partei .....	60
4.2	Voraussetzung für Abzug bei Nachzahlung der Kinderrente .....	60
5.	Unfallversicherung .....	61
5.1	Entlastungsbeweis des Unfallversicherers bei unfallähnlichen Körperschädigungen .....	61
5.2	Rückwirkende Rentenanpassung bei einer Meldepflichtverletzung .....	62
6.	Krankenversicherung .....	62

<b>Steuerrecht (Perroulaz, Many)</b>		<b>(Seite 63–79)</b>
I.	Neue Entwicklungen .....	63
1.	Nationales Steuerrecht .....	63
1.1	Unternehmenssteuerreform (USR III / Steuervorlage 17 / STAF) .....	63
1.2	Kreisschreiben und Merkblätter der EStV .....	67
a)	KS der EStV zur Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens von Arbeitnehmern .....	67
b)	Arbeitspapier Kryptowährungen und Initial Coin/Token Offerings (ICOs/ITOs) .....	68
c)	Mitteilung zur Verrechnungssteuer bei Guthaben im Konzern .....	69
1.3	Verrechnungssteuern .....	69
a)	Rückerstattung der Verrechnungssteuer .....	69
b)	Vernehmlassung zur Revision der Verrechnungssteuer .....	70
2.	Internationales Steuerrecht .....	70
II.	Rechtsprechung .....	71
1.	Entscheid zur indirekten Teilliquidation .....	71
2.	Entscheide zum Unternehmenssteuerrecht .....	72
2.1	Steuerneutrale Holdingspaltung .....	72
2.2	Umsatzregister und Effekthändlerkarten bei der Umsatzabgabe .....	73
2.3	Überlanges Geschäftsjahr .....	75
3.	Entscheid in Sachen Amtshilfe an Frankreich im Fall UBS	76
4.	Mehrwertsteuerentscheid zu ausgenommenen Finanzumsätzen .....	78
<b>Kennzeichenrecht (Schieber, Polydor, Bosshard)</b>		<b>(Seite 81–87)</b>
I.	Neue Entwicklungen .....	81
1.	Praxisänderungen des IGE im Jahr 2019 .....	81
1.1	Weniger strikte Beurteilung als beschreibende Angabe bei einem Hinweis eines Zeichens auf die Form der Ware ...	81
1.2	Keine Berücksichtigung des Kaufkriteriums bei Marken mit Farbbezeichnungen .....	82



II. Rechtsprechung .....	82
1. «Zurich» für Versicherungs- und Immobilienwesen – kein absolutes Freihaltebedürfnis .....	82
2. Zivilrechtliche Ansprüche des Markeninhabers beim Import markenverletzender Ware zum privaten Gebrauch .....	84
3. Wofür steht «Apple»? Zum Sprachwandel bei berühmten Marken .....	86

**Urheber- und Designrecht (Strobel, Marmy-Brändli) (Seite 89–95)**

I. Gesetzgebung .....	89
1. Designrecht .....	89
2. Urheberrecht .....	89
II. Rechtsprechung .....	93
1. Streamen und streamen lassen – Keine Haftung von Internet Access Providern für Urheberrechtsverletzungen Dritter ....	93
2. Urheberpersönlichkeitsrechte sind im Vergaberecht grundsätzlich nicht zu beachten – Bau-Erweiterungsprojekt Bahnhof Zürich Stadelhofen .....	94

**Wettbewerbsrecht (Wenger, Reich) (Seite 97–104)**

I. Neue Entwicklungen .....	97
1. Unlauterer Wettbewerb .....	97
1.1 Gesetzesänderung .....	97
1.2 Politische Verstösse .....	97
2. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen .....	97
2.1 Keine relevanten Gesetzesänderungen .....	97
2.2 Politische Verstösse .....	98
2.3 Erläuterungen zu vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor .....	98
3. Ausblick .....	99
II. Rechtsprechung .....	100
1. Unlauterer Wettbewerb .....	100
2. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen .....	100
2.1 Wettbewerbsabreden .....	100
a) Horizontale Abreden .....	100
b) Vertikale Abreden .....	102

2.2 Missbräuche marktbeherrschender Stellung ..... 103  
2.3 Unternehmenszusammenschlüsse ..... 104

**Schiedsgerichtsbarkeit (Frick, Tschopp) (Seite 105–118)**

I. Neue Entwicklungen ..... 105  
II. Rechtsprechung ..... 105  
1. Anspruch auf rechtliches Gehör ..... 105  
2. Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung ..... 106  
3. Anzahl der Schiedsrichter ..... 107  
4. Unabhängigkeit von Schiedsrichtern ..... 108  
5. Willkür ..... 110  
6. Fristenwahrung und überspitzter Formalismus ..... 111  
7. Datum der Eröffnung eines Entscheids ..... 112  
8. Abkehr vom formellen Charakter des Gehörsanspruchs  
in internationalen Schiedsverfahren ..... 113  
9. Ausdehnung einer Schiedsklausel auf Drittparteien und  
New Yorker Übereinkommen ..... 114  
10. Opting-out vom 3. Teil der ZPO in das 12. Kapitel  
des IPRG ..... 114  
11. Der Ernennungsentscheid einer Schiedsinstitution ist nicht  
anfechtbar ..... 116  
12. Rückweisung einer Streitsache ans Schiedsgericht ..... 116  
13. Schiedsklauseln in Vereinsstatuten ..... 117  
14. Ablehnung der Ausdehnung einer Schiedsklausel auf  
Drittpartei ..... 117

**Vertragsrecht und Vertragsmanagement (Hirsiger) (Seite 119–129)**

I. Gesetzgebung ..... 119  
II. Rechtsprechung ..... 119  
1. Anwendbares Recht ..... 119  
2. Vertragserfüllung und Haftung ..... 121  
2.1 Negativzinsen bei einem Darlehensvertrag ..... 121  
2.2 Haftung aus Optionsgeschäften in der  
Vermögensverwaltung ..... 123  
3. Schadenersatz und Schadenersatzberechnung ..... 124

4. Verjährung und Verjährungsunterbrechung .....	126
4.1 Verjährung bei Irrtum und absichtlicher Täuschung .....	125
4.2 Verjährung des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung .....	127
4.3 Verjährungsunterbrechung durch Anerkennung einer Forderung .....	128

# Gesellschaftsrecht

LUKAS GLANZMANN, MANUEL MEYER\*

## I. Neue Entwicklungen

### 1. Global Forum Gesetz

Am 1. November 2019 trat das sog. *Global Forum* Gesetz in Kraft. Dieses beinhaltet verschiedene Änderungen des OR und StGB, die eine signifikante Verschärfung der seit 1. Juli 2015 geltenden GAFI-Bestimmungen (Art. 697i–697m sowie 790a OR) bewirken.<sup>1</sup>

Die Gesetzesnovelle bewirkt einerseits die faktische Abschaffung der Inhaberaktien, denn diese sind nur noch zulässig, wenn sie als Bucheffekten ausgegeben sind oder die Gesellschaft börsenkotiert ist. Aufgrund der rigiden Übergangsbestimmungen empfiehlt es sich, etwaige noch bestehende Inhaberaktien möglichst umgehend in Namenaktien umzuwandeln.

Durch das *Global Forum Gesetz* wurde auch eine Pönalisierung des vorschriftswidrigen Führens des Aktienbuchs bzw. der Nicht-Meldung der an Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen eingeführt. Aufgrund dieser strafrechtlichen Sanktionierung empfiehlt es sich, zu prüfen, ob sämtliche erforderlichen Meldungen vorgenommen worden sind und die Register vorschriftsgemäss geführt werden.

---

\* Bearbeitet von Prof. Dr. iur. Lukas Glanzmann, LL.M., Rechtsanwalt und Dr. Manuel Meyer, Rechtsanwalt. 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 Ladislav von Sury d'Aspremont, BLaw, für die Mitarbeit.

<sup>1</sup> Für eine detaillierte Darstellung des *Global Forum Gesetzes* vgl. LUKAS GLANZMANN, Abschaffung der Inhaberaktien sowie neue strafrechtliche Sanktionen für Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 2019 611–621 und PHILIP SPOERLÉ, Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, in: GesKR 2019 339–354.

## 2. Einführung des Registerwertrechts

Am 22. März 2019 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft<sup>2</sup> und den Entwurf<sup>3</sup> zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (Blockchain-Gesetz). Das Gesetz wird die Verbriefung von Aktien in Form von Token (*Coins*) auf der Blockchain bzw. einer Distributed Ledger-Technologie (DLT) ermöglichen.

## 3. Grosse Aktienrechtsrevision

Die Aktienrechtsrevision stand auch in dieser Berichtsperiode im Mittelpunkt der parlamentarischen Beratungen. Aktuell sind zwischen Nationalrat und Ratskommission des Ständerats die folgenden drei zentralen Punkte: Aktienkapital in Fremdwährung, Loyalitätsaktien, Abhaltung von Generalversammlungen im Ausland. Der Stand des parlamentarischen Verfahrens ist unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160077> (besucht am 31. Januar 2020) abrufbar.

## 4. Konzernverantwortungsinitiative

Die Konzernverantwortungsinitiative<sup>4</sup> verpflichtet Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, sämtliche Sorgfalt walten zu lassen und darüber Rechenschaft abzulegen, um zu verhindern, dass sie, von ihnen kontrollierte Unternehmen oder Geschäftspartner (i) anerkannte Menschenrechte und Umweltstandards (vgl. UNO Leitprinzipien und OECD-Leitsätze) einhalten und (ii) dafür sorgen, dass von ihnen kontrollierte Unternehmen und Geschäftspartner auch dafür sorgen, dass von denen beherrschte Unternehmen und Geschäftspartner diese Rechte und Standards einhalten. Miterfasst ist damit die gesamte Wertschöpfungs- oder Lieferkette des Verantwortungsträgers.

Der Nationalrat hat beschlossen, den Gegenvorschlag zur Initiative aus der Aktienrechtsrevision auszugliedern. Der Gegenvorschlag ist im Differenzbereinigungsverfahren. Die Volksabstimmung wird voraussichtlich im Herbst 2020 durchgeführt. Der Stand des parlamentarischen Verfahrens ist unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2019-11-22.aspx> (besucht am 31. Januar 2020) abrufbar.

---

<sup>2</sup> BBI 2020 233.

<sup>3</sup> BBI 2020 329.

<sup>4</sup> BBI 2017 6379.

## II. Rechtsprechung

### 1. Rechtsprechung Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)

#### 1.1 *Vinkulierung*<sup>5</sup>

In einem in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil des Bundesgerichts geht es um die Ausübung des gesetzlichen Ankaufsrechts der Gesellschaft gemäss Art. 685b Abs. 1 OR bei der Übertragung von Aktien. Danach kann die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung der Übertragung ablehnen, wenn sie dem Veräusserer der Aktien anbietet, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen (sog. *escape clause*).

Vorab hält das Bundesgericht fest, dass der Erwerber von Aktien bei Widerrechtlichkeit der Ablehnung zur Klage legitimiert ist, obwohl er in diesem Zeitpunkt noch nicht Aktionär ist.<sup>6</sup>

Das Bundesgericht führt weiter aus, dass ein Entscheid des Verwaltungsrats, mit dem er von der Befugnis gemäss Art. 685b Abs. 1 OR zum Ankauf eigener Aktien und der Verweigerung der Übertragung auf einen anderen Erwerber Gebrauch macht, nicht in den Anwendungsbereich der *Business Judgment Rule* fällt, da es sich dabei nicht um einen Geschäftsentscheid handelt.<sup>7</sup>

Wenn die Gesellschaft ihr Kaufrecht ausübt, muss sie weder wichtige Gründe geltend machen noch irgendwelche Gründe nennen. Der Entscheid muss hingegen das Gleichbehandlungsgebot achten und darf nicht rechtsmissbräuchlich sein. Ein offener Missbrauch des Rechts läge gemäss Bundesgericht vor, wenn der Entscheid sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen liesse bzw. keine in der Interessensphäre der Gesellschaft liegenden vertretbaren Gründe gegen die Anerkennung des Erwerbers sprächen oder die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt würden. Für die Rechtfertigung eines Beschlusses durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen ist auf die Interessen der Gesellschaft und der Gesamtheit der Aktionäre abzustellen, wobei indessen keine Prüfung seiner Angemessenheit erfolgt.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> BGE 145 III 351.

<sup>6</sup> BGE 145 III 351 E. 2.

<sup>7</sup> BGer 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1 (publiziert in BGE 145 III 351).

<sup>8</sup> BGE 145 III 351 E. 3.2.1.

Schliesslich berief sich der Käufer der Aktien auf den sog. umgekehrten Durchgriff, d.h., dass die Gesellschaft die Übertragung nicht mittels Anrufung der *escape clause* verhindern könne, da der Hauptaktionär verpflichtet sei, ihm die Aktien zu verkaufen. Diesbezüglich hält das Bundesgericht fest, dass es im vorliegenden Fall nicht nur um die Erfüllung einer gewöhnlichen vertraglichen Verpflichtung gehe, sondern bei einem umgekehrten Durchgriff die körperschaftliche Bestimmung – die *escape clause* – ausgehebelt würde. Es sei aber strikte zwischen der körperschaftsrechtlichen und der vertragsrechtlichen Ebene zu unterscheiden.<sup>9</sup> Zudem bedürfe der umgekehrte Durchgriff einer ganz besonderen Begründung, denn es sei im Hinblick auf die Gläubiger der Gesellschaft nicht das gleiche, ob der Alleinaktionär aufgrund besonderer Umstände Pflichten der Gesellschaft übernehmen müsse, oder umgekehrt die Gesellschaft für Pflichten des Alleinaktionärs einstehen müsse.<sup>10</sup> Angesichts der rund 30 % Minderheitsaktionäre sei es im konkreten Fall nicht zu beanstanden, wenn der Verwaltungsrat die Vinkulierungsbestimmung nicht einfach ausser Acht lässt und – aufgrund seiner pflichtgemässen Beurteilung der Interessen der Gesellschaft – nicht auf eine Ausübung des Ankaufs der Aktien für Rechnung eines Dritten verzichtet.<sup>11</sup>

## 1.2 *Klage auf Einberufung einer Generalversammlung*

Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode gleich drei Mal Gelegenheit, sich mit dem Recht auf Einberufung einer Generalversammlung bzw. Gesellschafterversammlung zu beschäftigen.

### a) **Kostentragung bei Durchführung der Generalversammlung<sup>12</sup>**

Im ersten Urteil, der nicht in der amtlichen Sammlung publiziert ist, ging es um die Frage, wer die Verfahrenskosten zu tragen hat, wenn die Gesellschaft während des Verfahrens dem Gesuch auf Einberufung einer Generalversammlung nachkommt.

Im konkreten Fall klagte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 24. April 2018 auf Einberufung einer Generalversammlung. Noch während des Verfahrens, nämlich am 5. Juni 2018, hat die Gesellschaft die ordentliche Generalversammlung einberufen, die am 28. Juni 2018 stattfand und an der alle von der Gesuchstellerin verlangten Traktanden behandelt worden sind. Die Gesellschaft teilte dies dem

---

<sup>9</sup> BGE 145 III 351 E. 4.3.1.

<sup>10</sup> BGE 145 III 351 E. 4.3.2.

<sup>11</sup> BGE 145 III 351 E. 4.3.3.

<sup>12</sup> BGer 4A\_24/2019 vom 26. Februar 2019.

Gericht nach Eingang der Klageantwort mit. Dieses schrieb das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit ab und verpflichtete die Gesuchstellerin zur Bezahlung der Gerichtsgebühren von CHF 9'000 sowie einer Parteientschädigung von CHF 9'500.<sup>13</sup>

Das Bundesgericht schützt den Entscheid der Vorinstanz. Zwar sei es zutreffend, dass die Begehren der Gesuchstellerin durch deren Behandlung an der ordentlichen Generalversammlung vollständig erfüllt und das Verfahren aus diesem Grund gegenstandslos wurde. Im vorliegenden Fall stellte die Vorinstanz aber fest, dass die Gesuchstellerin schon bei Verfahrenseinleitung davon auszugehen hatte, dass der Termin für die ordentliche Generalversammlung feststand und die Begehren dort behandelt würden, weshalb ihre Klage unnötig war. Überdies sei die Klageeinleitung rechtsmissbräuchlich gewesen, und selbst bei einem gutheissenden Urteil hätte kein früherer Termin für eine ausserordentliche Generalversammlung erreicht werden können. Unter diesen Umständen sei es nicht unhaltbar, wenn die Vorinstanz einzig auf den mutmasslichen Prozessausgang abstellte und dabei annahm, dass die Gesuchstellerin mutmasslich unterlegen wäre (da alle Begehren schon erfüllt waren) und ihr deswegen die Prozesskosten auferlegte.<sup>14</sup>

#### **b) Überspitzter Formalismus<sup>15</sup>**

Im zweiten, ebenfalls nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil hatte die Klägerin am 10. April 2018 die Einberufung einer Generalversammlung und die Traktandierung der Beschlussfassung über die Jahresrechnung 2016 verlangt. Da die Gesellschaft ein *Opting-out* hatte, hat sie zudem eine eingeschränkte Revision und die Wahl einer Revisionsstelle gefordert, ohne jedoch explizit eine entsprechende Traktandierung zu verlangen.<sup>16</sup>

Die Gesellschaft wehrte sich gegen das Gesuch unter anderem damit, dass die Gesuchstellerin nicht ausdrücklich verlangt habe, die Wahl der Revisionsstelle in die Traktandenliste aufzunehmen. Nach Ansicht des Bundesgerichts konnte aber diese Aufforderung der Gesuchstellerin nur im Sinne eines Antrags auf Aufnahme dieses Verhandlungsgegenstandes auf die Traktandenliste verstanden werden, da alles andere überspitzt formalistisch wäre.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> BGer 4A\_24/2019 vom 26. Februar 2019, Sachverhalt A. und B.

<sup>14</sup> BGer 4A\_24/2019 vom 26. Februar 2019 E. 3.1.

<sup>15</sup> BGer 4A\_184/2019 vom 15. Juli 2019.

<sup>16</sup> BGer 4A\_184/2019 vom 15. Juli 2019, Sachverhalt A.b.

<sup>17</sup> BGer 4A\_184/2019 vom 15. Juli 2019 E. 2.2.



*Bemerkung:* Der Einwand der Gesellschaft hätte auch aufgrund von Art. 727a Abs. 4 OR entkräftet werden können: Danach hat nämlich jeder Aktionär das Recht, spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen, und die Generalversammlung muss diesfalls die Revisionsstelle wählen. Dieses Recht konnte die Gesuchstellerin nicht nur unabhängig von ihrem Gesuch auf Einberufung einer Generalversammlung geltend machen, sondern sie musste diesbezüglich auch kein Traktandierungsbegehren stellen.

### c) Bei Rechtshängigkeit eines Ausschlussverfahrens<sup>18</sup>

Im dritten, ebenfalls nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil hatte die Gesellschaft das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren der Gesuchstellerin mit der Begründung abgelehnt, dass gegen letztere ein Ausschlussverfahren i.S.v. Art. 823 OR hängig sei.

Dem Streit um das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren geht ein paralleles Gerichtserfahren vor. Die Gesellschaft hat gegen den Gesuchsteller eine Ausschlussklage erhoben, die vom Obergericht des Kantons Zug gutgeheissen wurde. Die dagegen von der Gesuchstellerin erhobene Beschwerde ans Bundesgericht wurde allerdings ebenfalls gutgeheissen, womit der Entscheid des Obergericht des Kantons Zug aufgehoben und die Sache an dasselbe zurückgewiesen wurde.<sup>19</sup> Der Entscheid über die Ausschlussklage ist damit nicht rechtskräftig. Bis zum rechtskräftigen Entscheid bleibt die Gesuchstellerin Gesellschafterin der Gesellschaft mit sämtlichen Rechten (und Pflichten). Der Entscheid über den Ausschluss eines Gesellschafters wirkt nämlich *ex nunc*, sodass selbst eine spätere rechtskräftige Gutheissung der Ausschlussklage das Einberufungs- und Traktandierungsrecht der Gesuchstellerin nicht berührt.<sup>20</sup>

Vor Bundesgericht umstritten ist die Frage der *Rechtsmissbräuchlichkeit*. Dabei anerkennt das Bundesgericht, dass ein Einberufungs- und Traktandierungsgesuch nicht schon deswegen rechtsmissbräuchlich ist, weil gegen die Gesuchstellerin ein Ausschlussverfahren hängig ist oder ein Konkurrenzverhältnis besteht. Die Gesellschaft vermochte im Übrigen keine besondere Umstände rechtsgenügend zu begründen, die auf einen Rechtsmissbrauch schliessen lassen würden.<sup>21</sup>

*Bemerkung:* Aus prozessualer Sicht ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht nicht auf die Beschwerde in Zivilsachen der Gesellschaft, sondern lediglich auf

---

<sup>18</sup> BGer 4A\_665/2018 vom 25. Februar 2019.

<sup>19</sup> BGer 4A\_665/2018 vom 25. Februar 2019, Sachverhalt A.c.

<sup>20</sup> BGer 4A\_665/2018 vom 25. Februar 2019 E. 3.2.

<sup>21</sup> BGer 4A\_665/2018 vom 25. Februar 2019 E. 3.3.

die eventualiter erhobene Verfassungsbeschwerde eintreten. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten kann die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich nur erhoben werden, wenn der Streitwert mindestens 30'000 Franken beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Diese Streitwertgrenze ist *in casu* nicht erreicht. Infolgedessen kann das Bundesgericht auf die Beschwerde in Zivilsachen nur ausnahmsweise eintreten, wenn es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG handelt. Das Bundesgericht verneint das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, wenn es – wie im vorliegenden Fall – bloss um die Frage des Rechtsmissbrauchs geht. Beim Rechtsmissbrauchsverbot geht es nämlich um die Umstände des Einzelfalls, sodass nicht von einer umstrittenen Rechtsfrage die Rede sein kann, an deren Beantwortung ein allgemeines und dringendes Interesse besteht, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts zu gewährleisten.<sup>22</sup>

### 1.3 Einsichtsrecht<sup>23</sup>

Das Bundesgericht bestätigt in einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil den Entscheid<sup>24</sup> des Handelsgerichts Zürich bezüglich der Zustellung des Protokolls der Gesellschafterversammlung an die Gesuchstellerin. Das Handelsgericht Zürich hatte die Gesellschaft dazu verurteilt, das Protokoll über die vor über einem Jahr abgehaltene Gesellschafterversammlung innerhalb von 40 Tagen nach Zustellung des Entscheids zu verfassen und eine Kopie desselben der Gesuchstellerin zukommen zu lassen. Gemäss Bundesgericht sei ein Protokoll, auch wenn keine gesetzliche Frist für die Erstellung des Protokolls besteht, spätestens dann zu erstellen, wenn ein Gesellschafter Einsicht in das Protokoll verlangt.<sup>25</sup>

*Bemerkung:* Bemerkenswert ist, dass die Gesuchstellerin nicht um die vom Handelsgericht zugesprochene Zustellung einer Protokollkopie, sondern lediglich um "Einsicht in das Protokoll" ersucht hat. Ebenso gewährt das Gesetz dem Wortlaut nach lediglich das Recht auf Einsichtnahme in das Protokoll und nicht auf Zustellung einer Protokollkopie (vgl. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 7 OR i.V.m. Art. 702 Abs. 3 OR).<sup>26</sup> Darauf geht das Bundesgericht allerdings nicht ein.

---

<sup>22</sup> BGer 4A\_665/2018 vom 25. Februar 2019 E. 1.4.

<sup>23</sup> BGer 4A\_79/2019 vom 8. April 2019.

<sup>24</sup> HGer ZH HE 180481-O vom 17. Januar 2019.

<sup>25</sup> BGer 4A\_79/2019 vom 8. April 2019 E. 5.

<sup>26</sup> Vgl. auch BSK OR I-DUBS/TRUFFER, Art. 702, N 30.

#### 1.4 Sonderprüfung<sup>27</sup>

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil des Bundesgerichts geht es um die Frage, ob der Richter nach Art. 697e Abs. 3 OR den gesuchstellenden Aktionären und der Gesellschaft ausdrücklich Frist anzusetzen hat, eine Stellungnahme zum Sonderprüfungsbericht einzureichen und Ergänzungsfragen dazu zu stellen, oder ob diese nach der Zustellung des Berichts ohne richterliche Aufforderung von sich aus eine Stellungnahme und Ergänzungsfragen einzureichen haben.

Das Bundesgericht gelangt bei der Auslegung von Art. 697e Abs. 3 OR zum Ergebnis, dass der Richter den gesuchstellenden Aktionären und der Gesellschaft ausdrücklich Gelegenheit einräumen muss, eine Stellungnahme zum Sonderprüfungsbericht abzugeben und Ergänzungsfragen dazu zu stellen. Der Richter kann dieser Pflicht dadurch nachkommen, dass er den Parteien je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls entweder eine kurze Frist ansetzt, damit diese ihre Stellungnahme und Fragen schriftlich einreichen können, oder sie zu einer mündlichen Verhandlung vorlädt.<sup>28</sup>

#### 1.5 Recht des Gesellschafters auf Eintragung ins Handelsregister<sup>29</sup>

In einem Fall vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ging es um die Eintragung eines neuen Gesellschafters einer GmbH in das Handelsregister. Vor Verwaltungsgericht sind eine vom Handelsregister gegen den einzigen Geschäftsführer ausgesprochene Busse in Höhe von 200 Franken sowie die auferlegten Eintragungsgebühren für den Eintrag des neuen Gesellschafters in Höhe von 211.60 Franken strittig.<sup>30</sup>

Nachdem B. als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer einen Teil seiner Stammanteile an C. veräussert hatte, meldete C. die Stammanteilsübertragung mittels einer beglaubigten Kopie des unterzeichneten Abtretungsvertrags beim Handelsregisteramt Zürich an. Zu Recht nahm das Handelsregisteramt Zürich den Eintrag nicht vor, sondern forderte B. auf, die Anmeldung für die Stammanteilsübertragung einzureichen. C. ist nämlich dazu gemäss Art. 17 HRegV nicht befugt. Vielmehr kann C. gestützt auf Art. 82 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 lit. a HRegV das Handelsregisteramt zur Eintragung von Amtes wegen anhalten.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> BGer 4A\_223/2019 vom 16. Oktober 2019.

<sup>28</sup> BGer 4A\_223/2019 vom 16. Oktober 2019 E. 4.4.

<sup>29</sup> VerwGer ZH VB.2018.00727 vom 26. Februar 2019.

<sup>30</sup> VerwGer ZH VB.2018.00727 vom 26. Februar 2019 E. 1.3.

<sup>31</sup> VerwGer ZH VB.2018.00727 vom 26. Februar 2019 E. 2.1.

B. kam den Aufforderungen des Handelsregisteramts Zürich mit der Begründung nicht nach, der Kaufvertrag mit C. werde rückabgewickelt. In der Folge nahm das Handelsregisteramt Zürich den Eintrag von Amtes wegen vor, sprach gegen B. die Busse aus und auferlegte der Gesellschaft die Eintragungsgebühren. Das Verwaltungsgericht weist die dagegen erhobene Beschwerde ab.

Für die Eintragung eines neuen Gesellschafters bedarf es eines formgültigen Abtretungsvertrags und regelmässig der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts könne das Handelsregisteramt von einem Gesellschafterbeschluss allerdings absehen, wenn alle ausscheidenden und verbleibenden Gesellschafter den Abtretungsvertrag mitunterzeichnen. In diesem Fall könne von einer "*impliziten Zustimmung im Sinn eines bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gültigen Zirkularbeschlusses der Gesellschafterversammlung ausgegangen werden*".<sup>32</sup>

Das Verwaltungsgericht erinnert auch an die vom Bundesgericht bestätigte Kognition des Handelsregisterführers, die auf die Prüfung zwingender Gesetzesbestimmungen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt sind, eingeschränkt ist. Im Zusammenhang mit der Eintragung neuer Gesellschafter hat damit der Handelsregisterführer zu prüfen, ob der Abtretungsvertrag die in Art. 785 Abs. 1 OR vorausgesetzte Schriftform bzw. allenfalls eine strengere statutarische Form einhält und ob der Stammanteilerwerber in zweckmässiger Weise auf seine künftigen statutarischen Rechte und Pflichten aufmerksam gemacht wurde. Letzterem sei Genüge getan, wenn die Statuten als integraler Bestandteil dem Abtretungsvertrag beigelegt werden oder der Erwerber vor Unterzeichnung bestätigt, dass er die Statuten gelesen habe.<sup>33</sup> Im zu beurteilenden Fall enthielt der Abtretungsvertrag eine Bestätigung des Erwerbers, von den Statuten Kenntnis genommen zu haben.<sup>34</sup>

*Bemerkung:* Art. 785 Abs. 2 OR schreibt ausdrücklich vor, dass der Abtretungsvertrag inhaltlich auf statutarische Rechte und Pflichten hinweisen muss (d.h. Nachschuss- und Nebenleistungspflichten, Konkurrenzverbote für Gesellschafter, Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufrechte der Gesellschafter oder der Gesellschaft sowie Konventionalstrafen). Die statutarischen Bestimmungen müssen gemäss herrschender Lehre nicht im Wortlaut wiedergegeben werden. Vielmehr ist ein ausdrücklicher Verweis auf diese Bestimmungen in den Abtretungsvertrag aufzunehmen.<sup>35</sup> Es ist allerdings zumindest fraglich, ob die

---

<sup>32</sup> VerwGer ZH VB.2018.00727 vom 26. Februar 2019 E. 2.1.

<sup>33</sup> VerwGer ZH VB.2018.00727 vom 26. Februar 2019 E. 2.2.

<sup>34</sup> VerwGer ZH VB.2018.00727 vom 26. Februar 2019 E. 2.3.

<sup>35</sup> BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 784, N 4.

vom Verwaltungsgericht genannte blosser Bestätigung des Erwerbers, die Statuten gelesen zu haben, dieser gesetzlich vorgeschriebenen inhaltlichen Anforderung an den Abtretungsvertrag gerecht wird.

### 1.6 Vertretung der Gesellschaft durch faktische Organe<sup>36</sup>

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil des Bundesgerichts ging es um die Frage, ob *faktische Organe* die Gesellschaft bei Abschluss von Rechtsgeschäften vertreten können.

Das Bundesgericht rief vorab in Erinnerung, dass die Gesellschaft beim Abschluss von Rechtsgeschäften durch ihre formellen Organe (Mitglieder des Verwaltungsrats oder Direktoren) vertreten werden.<sup>37</sup> Sodann kann die Gesellschaft auch Prokuristen und andere Bevollmächtigte ernennen.<sup>38</sup> Schliesslich können Personen, die die Eigenschaft eines Stellvertreters im Sinne von Art. 32 ff. OR haben, die Aktiengesellschaft vertreten. Diese allgemeinen Vertretungsregeln gelten in Abwesenheit besonderer Bestimmungen.<sup>39</sup> Hingegen gebe es kein eigenständiges Konstrukt einer rechtsgeschäftlichen Vertretung durch faktische Organe, da dieses Konstrukt aus dem Verantwortlichkeitsrecht stamme.<sup>40</sup>

Falls eine Person als Stellvertreter der Gesellschaft auftritt, gibt es drei Fälle, in denen die Gesellschaft durch das Handeln des Stellvertreters gebunden wird: (1) Wenn die Gesellschaft dem Vertreter im Innenverhältnis die erforderlichen Befugnisse erteilt hatte (Art. 32 Abs. 1 OR); (2) wenn der Dritte, falls der Vertreter keine internen Befugnisse vom Auftraggeber erhalten hat, diese aus dem Verhalten des Auftraggebers im Aussenverhältnis ableiten konnte (Art. 33 Abs. 3 OR); und (3) wenn der Auftraggeber dem Vertreter keine internen Befugnisse erteilt hat, er den Vertrag jedoch genehmigt hat (Art. 38 Abs. 1 OR).<sup>41</sup> Für die Anwendbarkeit von Art. 33 Abs. 3 OR ist es erforderlich, (1) dass der Vertreter im Namen der Gesellschaft gehandelt hat, ohne dabei über interne Vertretungsbefugnisse zu verfügen (Vertretung ohne Befugnisse), und (2) dass der Dritte in gutem Glauben an das Vorhandensein interner Befugnisse des Vertreters glauben durfte, weil die Gesellschaft (d.h. die Vertretene) dem Dritten Befugnisse zur Kenntnis gebracht hat, die über die Befugnisse hinausgehen, die

---

<sup>36</sup> BGer 4A\_455/2018 vom 9. Oktober 2019.

<sup>37</sup> BGer 4A\_455/2018 vom 9. Oktober 2019 E. 5.1.

<sup>38</sup> BGer 4A\_455/2018 vom 9. Oktober 2019 E. 5.2.

<sup>39</sup> BGer 4A\_455/2018 vom 9. Oktober 2019 E. 5.3.

<sup>40</sup> BGer 4A\_455/2018 vom 9. Oktober 2019 E. 6.2.

<sup>41</sup> BGer 4A\_455/2018 vom 9. Oktober 2019 E. 7.1.

sie dem Vertreter in seiner internen Funktion tatsächlich erteilt hat. Die Idee ist, dass derjenige, der den Anschein einer Vertretungsmacht entstehen lässt, an die in seinem Namen vorgenommenen Handlungen gebunden ist.<sup>42</sup>

### 1.7 Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

#### a) Verantwortlichkeit im Konzern<sup>43</sup>

Das Bundesgericht hat ziemlich genau 18 Jahre nach dem *Swissair-Grounding* das Urteil im wohl letzten Verantwortlichkeitsprozess gegen 14 ehemalige Organmitglieder der Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft ("Swissair") gefällt. Bemerkenswert ist, dass alleine dieser Prozess Gerichtskosten von ca. 3,1 Mio. Franken und Parteientschädigungen von ca. 6,3 Mio. Franken verursacht hat.<sup>44</sup>

Vorab ging es um die Frage der Passivlegitimation. Die Vorinstanz bejahte die Passivlegitimation nicht nur für die Verwaltungsratsmitglieder der Swissair, sondern auch – als faktische Organe – für die Mitglieder der Konzernleitung der SAirGroup, der Muttergesellschaft der Swissair. Dagegen verneinte sie die Stellung als faktische Organe der Swissair für die Mitglieder des Verwaltungsrats der SAirGroup, da diese keine organotypischen Aufgaben für die Swissair wahrgenommen und als Mitglieder des Konzernverwaltungsrats keine Handlungspflichten bei der Konzernuntergesellschaft Swissair gehabt hätten. Das Bundesgericht schützt diesen Entscheid.<sup>45</sup>

Die Klägerin machte in einem ersten Punkt geltend, dass die Swissair eine widerrechtliche Konzernorganisation gehabt habe, da sie ihre finanzielle Eigenständigkeit aufgegeben habe.<sup>46</sup> Dazu führte die Vorinstanz aus, dass sich in einem Konzern zwangsläufig ein einheitlicher Führungsanspruch der Obergesellschaft ergebe. Dieser stehe aber in einem Spannungsverhältnis zur "eigenständigen Selbstverwaltung" der Untergesellschaft, die eine selbständige juristische Einheit bleibe und in welcher der Verwaltungsrat die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR wahrnehmen müsse. Dieses *Konzernparadoxon* werde dadurch gelöst, dass für Konzerntochtergesellschaften der Aufgabenkatalog gemäss Art. 716a Abs. 1 OR im Sinn einer teleologischen Reduktion so zu lesen sei, dass dem Verwaltungsrat

<sup>42</sup> BGer 4A\_455/2018 vom 9. Oktober 2019 E. 7.1.2.1.

<sup>43</sup> BGer 4A\_268/2018 vom 18. November 2019.

<sup>44</sup> BGer 4A\_268/2018 vom 18. November 2019, Sachverhalt B und Dispositiv Ziff. 1–3.

<sup>45</sup> BGer 4A\_268/2018 vom 18. November 2019 E. 5.

<sup>46</sup> BGer 4A\_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.2.

einer Untergesellschaft nur Restkompetenzen zustünden. Da im vorliegenden Fall keine (Finanz-) Kompetenzen unzulässigerweise übertragen bzw. usurpiert worden seien, habe auch keine widerrechtliche Konzernorganisation vorgelegen.<sup>47</sup>

In einem zweiten Punkt warf die Klägerin den Beklagten vor, sie hätten durch die Einführung und den Betrieb eines *Cash Pool* sowie die Gewährung von Festgeld-Darlehen an die SAirGroup gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht bei der Vermögensanlage und gegen die Kapitalschutzvorschriften verstossen.<sup>48</sup> Diesbezüglich kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Gewährung von Cash-Pool-Darlehen und die der SAirGroup gewährten Festgeld-Darlehen widerrechtlich gewesen seien, da sie nicht Marktbedingungen entsprochen haben.<sup>49</sup> Damit ist aber nach Ansicht des Bundesgerichts noch nicht gesagt, ob die Teilnahme am *Cash Pool* beziehungsweise die Gewährung der Festgeld-Darlehen im konkreten Fall einen Verstoss gegen die Pflichten der Gesellschaftsorgane darstellt. Denn aus dem Umstand, dass ein unbesichertes Darlehen den Drittmannstest nicht besteht, folge nicht zwingend, dass die Gewährung eines unbesicherten Darlehens an die Muttergesellschaft beziehungsweise die Teilnahme am *Cash Pool* eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt. Die Vorinstanz habe deshalb zu Recht erwogen, dass die dem Konzern zur Verfügung gestellten Darlehen im Interesse des Konzerns und mittelbar auch im Interesse der Gruppengesellschaft Swissair verwendet werden konnten. Das Interesse der Swissair am Fortbestand der SAirGroup und bestimmter Schwestergesellschaften sei eminent gewesen, denn die Swissair sei für den Flugbetrieb darauf angewiesen gewesen, dass die anderen Konzerngesellschaften fortbeständen. Ansonsten hätte sie ihren Flugbetrieb nicht fortführen können. Die Darlehensgewährung sei mithin im Dienst dieses prioritären Gesellschaftsinteresses der Swissair gestanden und auch unter dem Aspekt der Organverantwortlichkeit in diesem Kontext zu würdigen. In diesem Sinne seien die Festgeld- und Cash-Pool-Darlehen betriebliche Investitionen und keine reinen Finanzanlagen gewesen. Bei der nachträglichen Überprüfung solcher betrieblichen Investitionen sei wie bei anderen Geschäftsentscheiden eine gewisse Zurückhaltung anzulegen. Deshalb könne mit Blick auf die Vorteile der Konzernzugehörigkeit nicht einfach isoliert das Gesellschaftsinteresse der Swissair Massstab bilden, sondern müsse in einem gewissen Grad auch das Konzerninteresse mitberücksichtigt werden. Entsprechend habe vorliegend bei der Bewertung der Festgeld- und Cash-Pool-Darlehen in die Waagschale geworfen werden dürfen, dass der Fortbestand der SAirGroup im eminenten

---

<sup>47</sup> BGer 4A\_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.4.

<sup>48</sup> BGer 4A\_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.2.

<sup>49</sup> BGer 4A\_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.3.

(mittelbaren) Interesse der Swissair lag, deren Flugbetrieb aufrechterhalten werden musste, und die dazu auf ihre Konzerngesellschaften angewiesen war. Unter diesem Aspekt könnten die beanstandeten Darlehensgewährungen, wiewohl für die Swissair ab Januar 2001 mit Nachteilen verbunden und – bei blossem Abstellen auf Drittbedingungen – gegen Kapitalschutzvorschriften verstossend, nicht als pflichtwidrig im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR betrachtet werden – zumal bei der hier gebotenen Zurückhaltung in der Überprüfung von Geschäftsentscheiden im Sinne der *Business Judgment Rule* Gesellschaftsinteressen gewahrt wurden. Insofern wurde nicht dem Konzerninteresse ein entgegengesetztes Gesellschaftsinteresse der Swissair untergeordnet.<sup>50</sup>

*Bemerkung:* In diesem Urteil anerkennt das Bundesgericht im Ergebnis erstmals, dass eine Verletzung von Kapitalschutzvorschriften aufgrund des Konzerninteresses gerechtfertigt sein kann. Allerdings macht es dies in einem ganz engen Rahmen: Einerseits wurden die Kapitalschutzvorschriften nur verletzt, weil Darlehen nicht zur Drittbedingungen gewährt worden sind, andererseits fiel die Darlehensgewährung in den Anwendungsbereich der *Business Judgment Rule* und lag im (zumindest mittelbaren) Gesellschaftsinteresse.

#### **b) Geschäftsführerhaftung nach Art. 52 AHVG<sup>51</sup>**

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern geht in seinem Urteil über die subsidiäre Haftung der Gesellschaftsorgane nach Art. 52 AHVG für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge der Gesellschaft gegenüber der Ausgleichskasse Bern eingehend auf die Haftungsvoraussetzungen ein und verurteilt darauf die Geschäftsführerin in gewohnter Manier.

Gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG haftet ein Arbeitgeber für den *Schaden*, der *adäquat kausal* dadurch entsteht, dass *Vorschriften absichtlich oder grobfahrlässig* missachtet wurden. Bei juristischen Personen haften subsidiär die Verwaltungsorgane oder die mit der Liquidation befassten Personen (Art. 52 Abs. 2 AHVG). Im zu beurteilenden Fall war die Gesellschaft nach Abschluss des Konkursverfahrens vom Handelsregister gelöscht worden.

Der Schaden besteht, wenn und soweit einer Kasse den ihr gesetzlich geschuldeten Betrag entgeht. Schadensbestandteil sind alle Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge, die Verwaltungs- und Betriebskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie Verzugszinsen, nicht jedoch Ordnungsbussen.<sup>52</sup> Davon

<sup>50</sup> BGer 4A\_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.4.

<sup>51</sup> VerwGer BE 200 18 931 AHV vom 6. September 2019.

<sup>52</sup> VerwGer BE 200 18 931 AHV vom 6. September 2019 E. 2.2.



in Abzug zu bringen sind von der Arbeitslosenkasse anstelle der Arbeitgeberin ausgerichtete Beiträge, jedoch nur für die Zeit bis zum Ausscheiden der ins Recht geführten Geschäftsführerin aus der Gesellschaft.<sup>53</sup>

Der Schaden muss infolge Missachtung von Vorschriften entstanden sein. Dabei ist anzumerken, dass diese Voraussetzung stets erfüllt ist. Denn gemäss konstanter Rechtsprechung begründet *per se* der Ausstand eines gesetzlich geschuldeten Betrags die Missachtung von Vorschriften.<sup>54</sup>

Das gesetzlich vorausgesetzte qualifizierte Verschulden, mit der die Vorschrift missachtet worden sein muss, nämlich Absicht oder Grobfahrlässigkeit, wird vermutet.<sup>55</sup> Diese Vermutung führt zu einer *Beweislastumkehr*. Es obliegt der ins Recht gefassten Person zu beweisen, dass ihr kein Verschulden im Sinne der Absicht oder Grobfahrlässigkeit trifft. Missglückt der Beweis, hat die ins Recht gefasste Person in den Augen des Gerichts schuldhaft, d.h. absichtlich oder (zumindest) grobfahrlässig, gehandelt. Das Gericht nennt als Beispiel für einen Verschuldensausschluss die Existenzsicherung der Gesellschaft durch Aussetzen der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge. Allerdings gilt dieser Umstand nur dann als Verschuldensausschluss, wenn im Zeitpunkt des Entscheids, die Sozialversicherungsbeiträge auszusetzen, aufgrund der *objektiven* Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit gerechnet werden durfte, dass die Gesellschaft überlebt und die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge innert nützlicher Frist bezahlt werden.<sup>56</sup>

Schliesslich muss zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden ein *adäquater Kausalzusammenhang* gegeben sein. Die Argumentationsweise des Verwaltungsgerichts lässt keine Zweifel offen, dass dieser im Falle von Zahlungsausständen stets als gegeben erachtet wird. Ein adäquater Kausalzusammenhang fehlt nur dann ausnahmsweise, wenn *mit Gewissheit oder mit hoher Wahrscheinlichkeit* nachgewiesen werden kann, dass der Schaden auch bei pflichtgemässen Verhalten eingetreten wäre und damit nicht hätte verhindert werden können.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> VerwGer BE 200 18 931 AHV vom 6. September 2019 E. 2.7.

<sup>54</sup> VerwGer BE 200 18 931 AHV vom 6. September 2019 E. 2.3.

<sup>55</sup> VerwGer BE 200 18 931 AHV vom 6. September 2019 E. 2.4.3.

<sup>56</sup> VerwGer BE 200 18 931 AHV vom 6. September 2019 E. 2.5.

<sup>57</sup> VerwGer BE 200 18 931 AHV vom 6. September 2019 E. 2.6.

## 2. Rechtsprechung übriges Gesellschaftsrecht

### 2.1 *Einfache Gesellschaft*<sup>58</sup>

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil des Bundesgerichts ging es um die Frage, ob im Rahmen von Anstellungsverhandlungen zwischen der Gesellschaft und der Arbeitssuchenden eine einfache Gesellschaft begründet worden sei.

Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Die A. AG ist ein Beratungsunternehmen für Privatpersonen und Unternehmen in finanziellen und anlagetechnischen Fragen. Der Verwaltungsratspräsident. C. schlug der Bankkundenberaterin B., die damals bei der Bank D. angestellt war, eine Zusammenarbeit vor. Angedacht war, dass die Beratungsgebühren und die Spesen aller von B. akquirierten Kunden hälftig zwischen der A. AG und B. geteilt würden, mithin B. keinen Anspruch auf eine fixe Vergütung habe. In der Folge verhandelten die beide einen Vertragsentwurf mit der Überschrift "Arbeitsvertrag im Aussendienst (Art. 347 ff. OR)". Die Parteien konnten sich nie einigen, weshalb der Vertragsentwurf auch nie unterzeichnet wurde.<sup>59</sup>

Noch während den Anstellungsverhandlungen kündigte B. bei der Bank D. und nahm 31 Kunden mit zur A. AG, wobei die Beratungsverträge zwischen den Kunden und der A. AG abgeschlossen wurden. Für die übernommenen Kunden richtete A. AG Kundendepots bei der Bank E. ein. Das Beratungshonorar wurde direkt von den Kundendepots auf das Konto der A. AG überwiesen.

In der Folge verschlechterte sich das Verhältnis zwischen dem C. und der B., worauf C. die Bank E. anwies, der B. keine Informationen über die Kundendepots mehr zukommen zu lassen. Darin sah B. einen Vertrauensmissbrauch und beendete die Zusammenarbeit, worauf sämtliche 31 akquirierten Kunden ihre Beratungsverträge mit der A. AG ebenfalls kündigten.<sup>60</sup>

Gestützt auf diesen Sachverhalt macht die A. AG. einen Schaden von EUR 51'060 geltend. Alle kantonalen Instanzen haben den Schadenersatzanspruch abgewiesen, weil weder eine vertragliche noch eine ausservertragliche Haftungsgrundlage dafür bestehe.<sup>61</sup> Das Bundesgericht bestätigt die kantonalen Entscheide.

---

<sup>58</sup> BGer 4A\_526/2018 vom 4. April 2019.

<sup>59</sup> BGer 4A\_526/2018 vom 4. April 2019, Sachverhalt A.

<sup>60</sup> BGer 4A\_526/2018 vom 4. April 2019, Sachverhalt B.

<sup>61</sup> BGer 4A\_526/2018 vom 4. April 2019, Sachverhalt B.

Vor Bundesgericht ist strittig ist, ob zwischen der A. AG und der B. eine einfache Gesellschaft (allenfalls konkludent) entstanden ist, woraus die A. AG ihren Schaden geltend machen könnte, oder ob sich die Parteien eher in einem vorvertraglichen Verhandlungsstadium befunden hätten.<sup>62</sup>

Eine einfache Gesellschaft ist eine vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Art. 530 Abs. 1 OR). Das gemeinsame Interesse am Erfolg oder die Vereinbarung einer Gewinnbeteiligung reichen für die Annahme einer einfachen Gesellschaft jedoch nicht aus. Wesentlich sei gemäss Bundesgericht vielmehr, ob die Parteien ein gemeinsames Hauptinteresse haben, zu dem sie gleichberechtigt beitragen. Eine ungleiche Stellung zwischen den Parteien, wie beispielsweise infolge Weisungsgebundenheit der einen Partei, schliesst die Annahme einer einfachen Gesellschaft aus. Die einfache Gesellschaft unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag insbesondere durch die Stellung der Parteien. Beim Arbeitsvertrag liegt ein *Subordinationsverhältnis* vor, währenddessen sich die Parteien beim Gesellschaftsvertrag auf gleicher Stufe gegenüberstehen.<sup>63</sup>

Die Tatsache, dass die im Vertragsentwurf vereinbarte Gewinn- und Kostenregelung derjenigen der gesetzlichen Gewinn- und Kostenregelung der einfachen Gesellschaft (Art. 533 Abs. 1 OR) entspricht und übrigens im Rahmen eines Arbeitsvertrags so nicht durchsetzbar wäre, reiche gemäss Bundesgericht nicht aus, um auf eine einfache Gesellschaft zu schliessen.<sup>64</sup> Die Beratungsverträge mit den Kunden sowie die Verträge über die Kundendepots mit der Bank E. wurden alle von A. AG abgeschlossen und nicht von B. Auch die Beratungsgebühren wurden von den Kunden direkt an A. AG und nicht an B. überwiesen. Ferner komme aus der E-Mailkorrespondenz zwischen C. und B. klar ein *Subordinationsverhältnis* zum Ausdruck, verwende C. doch ausdrücklich seine alleinige Verantwortung für die Begründung seiner alleinigen Entscheidungsbefugnis. In Würdigung dieser Gesamtumstände sieht das Bundesgericht ein Subordinationsverhältnis als gegeben an und lehnt eine einfache Gesellschaft ab.<sup>65</sup> Da der Arbeitsvertrag nie unterzeichnet wurde, bestehe auch keine vertragliche Haftungsgrundlage für die Ansprüche der A. AG.

---

<sup>62</sup> BGer 4A\_526/2018 vom 4. April 2019 E. 3. f.

<sup>63</sup> BGer 4A\_526/2018 vom 4. April 2019 E. 3.5.1.

<sup>64</sup> BGer 4A\_526/2018 vom 4. April 2019 E. 3.5.2.

<sup>65</sup> BGer 4A\_526/2018 vom 4. April 2019 E. 3.5.3.

## 2.2 Genossenschaft<sup>66</sup>

Das Obergericht Solothurn befasst sich in einem Urteil mit der Frage der zu ergreifenden Massnahme zur Behebung eines Organisationsmangels einer Genossenschaft. Im zu beurteilenden Fall fehlte der Genossenschaft eine zugelassene Revisionsstelle. Die Genossenschaft zeigte jedoch keinerlei Reaktion zu den Aufforderungen des Handelsregisteramts und des erstinstanzlichen Richteramts, weshalb letzteres unter Anwendung von Art. 731b Abs. 1 OR i.V.m. Art. 908 OR die zuvor angedrohte Liquidation der Genossenschaft im Konkursverfahren anordnete.<sup>67</sup>

Erst im Anschluss an dieses Urteil reagierte die Genossenschaft und beantragte beim Obergericht die Aufhebung der Liquidation unter Vorweisung einer neuen Revisionsstelle. Das Obergericht folgt diesem Begehren - freilich unter Kostenfolge für die Genossenschaft.<sup>68</sup>

Gemäss konstanter Rechtsprechung ernennt das Gericht bei Organisationsmängeln das fehlende Organ. Dies ist in Wahrung des *Verhältnismässigkeitsgrundsatzes* das mildeste Mittel. Nur ausnahmsweise, wenn die Gesellschaft überhaupt keine Reaktion zeigt und deshalb davon auszugehen ist, dass die Gesellschaft auch bei richterlicher Einsetzung einer Revisionsstelle keine Reaktion zeigten und insbesondere den Kostenvorschuss der Revisionsstelle nicht erbringen wird, kann das Gericht die Liquidation anordnen.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> OGer SO ZKBER.2018.76 vom 15. Januar 2019.

<sup>67</sup> OGer SO ZKBER.2018.76 vom 15. Januar 2019 E. I.

<sup>68</sup> OGer SO ZKBER.2018.76 vom 15. Januar 2019 E. II.4.1. f.

<sup>69</sup> OGer SO ZKBER.2018.76 vom 15. Januar 2019 E. II.3.1. f.