

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/ Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs

Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M. (Zürich) und Moritz Seiler (Pfyn)

Die Entwicklung im Berichtsjahr war – nicht zuletzt angeheizt durch die Finanzkrise – von der öffentlichen Debatte um die Vergütungsfrage und die Abzockerinitiative bestimmt, die eine starke Ausstrahlungswirkung auf die parlamentarische Behandlung der Aktienrevision hatte.

Die Judikatur hat sich mit Detailklärungen in verschiedenen Bereichen beschäftigt.

Im Wertpapierrecht ist der Schritt zur Dematerialisierung der Wertpapiere vollzogen.

I. Gesetzgebung

A. Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts

1. Ablauf der parlamentarischen Beratungen

Seit Frühjahr 2009 befindet sich die Aktienrechtsrevision in den parlamentarischen Beratungen. Der Ständerat befasste sich als Erstrat mit dem Entwurf des Bundesrats und dem Zusatzentwurf zum Thema Managervergütungen, wobei Letzterer (auch) als indirekter Gegenvorschlag zur vom Bundesrat zur Ablehnung empfohlenen Volksinitiative «gegen die Abzockerei»¹ gedacht war. Die ständerätliche Rechtskommission (RK-S) und nachfolgend der Ständerat wichen in einigen Punkten (z.B. Amtsdauer der VR-Mitglieder, Einführung einer Stimmrechtsvertretung nach dem Nominee-Modell durch die Verwah- rungsstellen, fakultative Genehmi-

gung von gewissen VR-Entscheiden durch die GV) von der bundesrätlichen Vorlage ab. Das jederzeitige Auskunftsrecht der Aktionäre nichtkotierter Gesellschaften und ein von der RK-S vorgeschlagenes generelles Verbot von Abgangsentschädigungen an Organmitglieder, «golden hellos» und Transaktionsprämien lehnte der Ständerat ab. Unumstritten war dagegen die Aufspaltung der Revision in einen aktien- und einen rechnungslegungsrechtlichen Teil, um die Beratungen zur Aktienrechtsrevision zu beschleunigen. Die ab Oktober 2009 mit der Revision befasste Rechtskommission des Nationalrates (RK-N) beschloss, das Aktienrecht solle künftig in einen allgemeinen Teil und einen besonderen Teil für die Publikumsgesellschaften gegliedert werden, beauftragte das Bundesamt für Justiz mit der Ausarbeitung eines entsprechenden Entwurfs und sistierte deshalb die Beratungen der Aktienrechtsrevision. Am 20.11.2009 beschloss die RK-N, die Abzocker-Initiative von der Aktienrechtsrevision abzukoppeln. Sodann empfahl die RK-N mit 10 zu 9 Stimmen, die Initiative anzunehmen (vor- erst), ohne ihr einen Gegenvorschlag beiseite zu stellen. Im Dezember 2009 beriet der Ständerat die vom Aktienrecht abgekoppelte Revision des Rechnungslegungsrechts.

Im Winter 2009/10 warben Exponenten der CVP², aber auch Initiant Minder und die SVP für *indirekte* Gegenvorschläge zur Abzocker-Initiative, die Allianz Minder/SVP gar mit

der Aussicht auf Rückzug der Initiative. Auf ihren Beschluss vom 20.11.2009 zurückkommend entschloss sich die RK-N im Februar 2010 zu einem *direkten* Gegenvorschlag, mithin also einer Regelung auf Verfassungsstufe. Sowohl Initiative als auch der direkte Gegenvorschlag wurden von der RK-N und später vom Nationalrat zur Annahme empfohlen³. Sodann nahm die RK-N die Beratung der übrigen Aspekte der Aktienrechtsrevision wieder auf und beschloss, die Corporate-Governance-Bestimmungen der Vorlage von der restlichen Revision abzukoppeln und vorerst nicht weiter zu behandeln, um mögliche Doppelspurigkeiten zu vermeiden.

Ab April 2010 beriet die RK-N die Teilvorlage zum Rechnungslegungsrecht, wie sie nach den Beratungen des Ständerats von Ende 2009 bestand. Zur gleichen Zeit behandelte die RK-S die Abzocker-Initiative und den direkten Gegenvorschlag des Nationalrats. Sie plädierte dafür, derart detaillierte Bestimmungen nicht auf Verfassungsebene, sondern einfachgesetzlich zu regeln und schlug deshalb mittels einer parlamentarischen Initiative vor, doch noch einen indirekten Gegenvorschlag auszuarbeiten. Aufgrund dessen wurde eine Verlängerung der Beratungsfrist für die Abzocker-Initiative um ein Jahr gem.

¹ Botschaft BBl 2009 299.

² Dazu *Binder*, GesKR 5 (2010) 54.

³ Für den Stichentscheid siehe ParlG 102 II.

ParlG 105 I erforderlich und vom Parlament gewährt.

2. Inhaltliche Änderungen

Auf inhaltlicher Ebene hat sich in der Aktienrechtsrevision erstaunlich wenig bewegt. Zwar gab es in der Beratung der von der Abzocker-Initiative betroffenen Fragen eine grosse Dynamik, doch hat man sich rückblickend einmal um die eigene Achse gedreht: Wie schon im Sommer 2009 will das Parlament der Initiative auch im Sommer 2010 mit einem indirekten Gegenvorschlag begegnen. Aufgrund dieser Ausgangslage erscheinen nur punktuelle Ausführungen zum materiellen Recht angebracht⁴.

a) Abzocker-Initiative und Gegenvorschläge des Parlaments

Obschon das Parlament im Sommer 2010 wieder für einen indirekten Gegenvorschlag optiert hat, ist der im Frühjahr 2010 zustande gekommene direkte Gegenvorschlag des Nationalrats noch nicht völlig obsolet: Sollte nämlich die Verabschiedung eines indirekten Gegenvorschlags im Parlament scheitern, würde der Initiative wahrscheinlich der direkte Gegenvorschlag gegenüber gestellt. Eine Darstellung seines Inhalts erscheint deshalb angebracht.

Wie die Abzocker-Initiative ist der direkte Gegenvorschlag in seiner Wirkung auf die börsenkotierten Gesellschaften beschränkt. Im Unterschied zur Initiative verlangt der Gegenvor-

schlag nur für den Gesamtbetrag der Verwaltungsrats-Vergütung zwingend eine jährliche Abstimmung; für die Vergütung der Geschäftsleitung und des Beirats soll eine Abstimmung nur stattfinden, wenn sie von den Statuten verlangt wird (bedingt notwendiger Statuteninhalt). Wie schon die bundesrätliche Zusatzvorlage verlangt der direkte Gegenvorschlag vom VR die Erstellung eines Vergütungsreglements und einen jährlichen Vergütungsbericht an die GV. Abgangsentschädigungen und sonstige Sondervergütungen verbietet der direkte Gegenvorschlag – anders als die Initiative – nicht absolut, sondern lässt Raum für Ausnahmen. Obschon der direkte Gegenvorschlag die jährliche Wahl des VR als Regel betrachtet, lässt er statutarisch geregelte Amtszeiten von bis zu drei Jahren zu. In der Frage der Abschaffung der Depot- und Organstimmrechtsvertretung besteht Übereinstimmung zwischen der Initiative und dem direkten Gegenvorschlag. Das vom Ständerat angedachte Nominee-Modell zur Lösung des Problems der Dispo-Aktien greift der Gegenvorschlag nicht auf. Die Vorsorgeeinrichtungen werden nicht wie von der Initiative dazu verpflichtet, sondern lediglich «gehalten», ihr Stimmrecht im Interesse der Destinatäre einzusetzen. Zudem sollen auch die Träger der öffentlichen Hand ihre Stimmrechte einsetzen und ihr Stimmverhalten offenlegen. Dagegen fehlen Strafbestimmungen, wie sie die Initiative für Widerhandlungen vorsieht. Dafür soll die Rückerstattungsklage in der Verfassung verankert werden. Wie im geltenden Recht – und damit entgegen der Vorschläge des Bundesrats und der RK-N – verlangt der direkte Gegenvorschlag ein offensichtliches und nicht nur ein Missverhältnis der Leistungen. Zu-

sätzlich soll die GV über die Klageanhebung entscheiden dürfen.

Die parlamentarische Initiative der RK-S enthält bereits die Kernpunkte, welche den im Berichtszeitpunkt noch nicht vorliegenden indirekten Gegenvorschlag kennzeichnen sollen⁵. Augenfälligste Abweichungen vom direkten Gegenvorschlag des Nationalrats sind die Abstimmung auch über die Vergütung der Geschäftsleitung, das generelle Verbot von Abgangsentschädigungen und die durch die Abzocker-Initiative inspirierte Aufnahme von Strafbestimmungen.

b) Rechnungslegung

Das Rechnungslegungsrecht soll rechtsformneutral ausgestaltet werden und aufbauend auf einen Teil für alle rechnungslegungspflichtigen Rechtsträger und Personengesellschaften einen zusätzlichen Teil für «grössere Unternehmen» (E-OR 961 ff.) enthalten. Diese sollen zur Angabe zusätzlicher Informationen im Anhang, zur Erstellung eines Lageberichts (im geltenden Recht als «Jahresbericht» auch für eine kleine AG Pflicht) sowie zur Erstellung einer Geldflussrechnung verpflichtet werden.

Der Ständerat hat bei seinen Beratungen im Dezember hieran nur wenige Änderungen vorgenommen. Die Buchführungspflicht soll nicht mehr für alle eintragungspflichtigen Einzelunternehmen und Personengesellschaften gelten, sondern erst ab einem Umsatzerlös von Fr. 250 000. Auch die Schwelle für die Pflicht zur Konzernrechnung hob der Ständerat an. Zwei weitere Änderungen betreffen die stillen Reserven: Die Pflicht zur Angabe der Nettoauflösung von stillen Reserven, wenn sie sich «wesentlich» auf den Geschäftsgang auswirken (heute: OR 663b Ziff. 8), soll

⁴ Vgl. im Übrigen *Vogt*, SJZ 105 (2009) 498.

⁵ Anfang September 2010 gab die RK-S bekannt, dass man sich auf einen indirekten Gegenvorschlag geeinigt hat, dessen Wortlaut aber erst Ende Oktober veröffentlicht wird, <http://www.parlament.ch/d/mm/2010/Seiten/mm-rk-s-2010-09-07.aspx>.

nun doch nicht gelockert werden (E-OR Ständerat 959c I 1 Ziff. 2^{bis}). Die im bundesrätlichen Entwurf enthaltene Pflicht zur Bekanntgabe der Auflösung von nicht mehr benötigten Rückstellungen in der Erfolgsrechnung oder im Anhang soll entfallen. Weil zudem Bundesrat und Ständerat die Auflösung solcher Rückstellungen ins Ermessen der Unternehmensführung stellen wollen (OR-E Ständerat 960e IV), wird faktisch die Möglichkeit zur Bildung stiller Reserven im Kleid von nicht mehr benötigten Rückstellungen stark erweitert⁶. Am Massgeblichkeitsprinzip rüttelte der Ständerat nicht. Immerhin bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen die Ermächtigung gemäss E-OR 962 I zur Erstellung des Jahresabschlusses nach «anerkanntem Rechnungslegungsstandard» (z.B. IFRS) statt nach den Vorgaben des OR auf das Massgeblichkeitsprinzip und damit auf die Steuerbilanz haben wird.

c) *Übrige Bereiche*

Die nicht mit der Abzocker-Initiative zusammenhängenden Aspekte der Aktienrechts-Revision dürften in der Herbstsession 2010 vom Nationalrat beraten werden. Die RK-N setzte sich bereits seit dem Frühjahr 2010 mit der Vorlage des Ständerats auseinander und folgte dieser bei Fragen der Kapitalstruktur weitgehend mit folgenden Ausnahmen: Bei der Beschlussfassung über die Emission von Aktien zu einem wesentlich unter ihrem wirklichen Wert liegenden Ausgabepreis⁷ soll differenziert werden zwischen börsenkotierten Gesellschaften (Quoren gem. OR 704) und anderen AGs (Einstimmigkeit). Die RK-N will die vom Ständerat befürwortete Möglichkeit, die gesetzliche Kapitalreserve, sobald sie die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt, auch zur Rückzahlung an die

Aktionäre zu verwenden, wieder streichen. Bei den Bestimmungen zur Modernisierung der GV stimmte die RK-N der Fassung des Ständerats und damit praktisch der Vorlage des Bundesrats zu. Die im Herbst 2009 verlangte Aufteilung des Aktienrechts in zwei Teile scheint mittlerweile etwas in den Hintergrund getreten zu sein⁸. So wurde das damalige Vorgehen der RK-N in den Beratungen des Nationalrats über die Abzocker-Initiative als «unnötige Verzögerung ohne inhaltlichen Mehrwert»⁹ bezeichnet.

B. Unternehmens-Identifikationsnummer

Das Parlament beschloss am 18.6.2010 das Bundesgesetz über die Unternehmens-Identifikationsnummer (UIDG) (BBl 2010 4267), dessen Ziel der Bürokratieabbau mittels Zuweisung einer einheitlichen Identifikationsnummer ist. Die Referendumsfrist endet am 7.10.2010.

C. BEG, IPRG und HWpÜ

Per 1.1.2010 sind das Bucheffektengesetz¹⁰ und ergänzend die IPRG 108a–108d in Kraft getreten. Mit IPRG 108c wird u.a. das völkerrechtlich noch nicht in Kraft getretene Haager Wertpapier-Übereinkommen ins nationale Kollisionsrecht übernommen¹¹, das für eine Reihe von Rechtsfragen (vgl. HWpÜ 2 I) statt am Belegenheitsort des Wertpapiers primär an der Rechtswahl in der Kontovereinbarung, subsidiär am Ort der massgeblichen Geschäftsstelle des Intermediärs und wiederum subsidiär hierzu ans Inkorporationsstatut bzw. ans Sitzstatut des Intermediärs anknüpft.

D. Börsen- und Kapitalmarktrecht

Die Ergebnisse der im Januar 2010 eröffneten Vernehmlassung zur Revi-

sion der Börsendelikte wurden Anfang September 2010 veröffentlicht¹². Der Bundesrat hat das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) beauftragt, bis im Frühjahr 2011 eine Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes auszuarbeiten.

II. Rechtsprechung

A. Aktien- und GmbH-Recht

1. *Durchgriff*

Eine AG kann den gesetzlichen Ausschluss der unentgeltlichen Prozessführung für juristische Personen (ZPO/ZH 84 III) nicht dadurch umgehen, dass sie sich auf die Bedürftigkeit des Alleinaktionärs und somit auf die wirtschaftliche Identität mit diesem beruft. Ein «Recht auf Durchgriff» steht – sofern die Voraussetzungen vorliegen – nur den durch das Trennungsprinzip benachteiligten Dritten zu. (Kassationsgericht ZH, ZR 108 2009 236. Auf die Beschwerde hiergegen trat das BGer, 4A_261/2009, nicht ein)

⁶ Dazu kritisch *Böckli*, ST 83 (2010) 169, 172 f.

⁷ Das BGer prüft diese Gestaltung bislang am Masstab des Rechtsmissbrauchs, BGE 102 II 265 («Ringier 2»).

⁸ Vgl. aber die Rede von BR Widmer-Schlumpf vom 1.4.2010 an der 7. Zürcher Aktienrechtstagung, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/red/2010/2010-04-01.html>.

⁹ NR Markwalder Bär, AB 2010 N 721.

¹⁰ Ausführlich *Vogt*, SJZ 105 (2009) 498, 501 f.

¹¹ Zum HWpÜ etwa *Constantini*, Die drei Anknüpfungsgegenstände des internationalen Effektenrechts, Diss. Luzern 2008 (= Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band 36); *ders.*, SJZ 106 (2010) 366; *Girsberger/Hess*, AJP 15 (2006) 992.

¹² Vgl. <http://www.efd.admin.ch/aktuell/m Medien information/00462/index.html?lang=de&msg-id=35023>.

2. Informationsrechte

Die Informationsrechte in OR 697 dienen dazu, den Aktionären die Ausübung ihrer Aktionärsrechte zu ermöglichen. Ein Aktionär nutzt sie rechtsmissbräuchlich, wenn er mit dem Gesuch um Auskunft sachfremde Ziele verfolgt. In casu ergaben die Umstände, dass der Aktionär mit dem (für den VR offenbar unangenehmen) Auskunftsbegehren Druck auf diesen ausüben wollte, um die beabsichtigte Absetzung eines Verwaltungsratsmitglieds zu verhindern. Dass er mit dem Gesuch lang zurückliegende Vorgänge erfragte, begründet für sich allein noch keinen Rechtsmissbrauch, trug im konkreten Fall aber zum Gesamtbild bei. (BGer 4A_36/2010)

3. Verantwortlichkeit

a) Sorgfaltspflicht

Gewährt der VR der Muttergesellschaft einer Tochtergesellschaft Darlehen, obwohl er objektiv erkennen müsste, dass eine Rückzahlung nicht zu erwarten ist, verletzt er seine Sorgfaltspflicht. Unbeachtlich ist der Einwand, man habe aufgrund enormer, bereits geleisteter Zahlungen keine andere Wahl gehabt, als auch die weitere Rekapitalisierung zu unterstützen. Es kommt nicht darauf an, ob der VR an den Erfolg der Tochtergesellschaft glaubte, sondern ob objektiv mit einer Rückzahlung zu rechnen war. (BGer 4A_391/2009)

b) Substantiierung des Schadens, Verjährungseinrede im Konkurs, Treuepflicht

Die Substantiierung des sog. Fortführungsschadens bei einer Konkursverschleppung erfolgt durch einen Ver-

gleich des Vermögensstands bei Konkurseröffnung mit dem hypothetischen Vermögensstand, der bei rechtzeitiger Benachrichtigung des Richters zu erwarten gewesen wäre. Da die Konkurseröffnung die Auflösung der Gesellschaft nach sich zieht, erfolgt die Bewertung anhand der Liquidationswerte. Legt der Kläger fälschlicherweise Fortführungswerte zugrunde, ist die Klage trotzdem ausreichend substantiiert, da das verfolgte Parteibegehren hinreichend deutlich wird. Ob diese Berechnung inhaltlich überzeugt, ist allein eine Frage der Begründetheit.

Gegenüber der Gläubigersamtheit beginnt die relative Verjährungsfrist nach OR 760 I regelmässig erst mit Auflegung des Kollokationsplans und des Inventars zur Einsicht, es sei denn, der Geschädigte hat im Einzelfall die nötige Kenntnis früher erlangt. Keinesfalls aber kann die relative Verjährung einsetzen, bevor über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde, da die Forderung der Gläubigersamtheit erst ab diesem Zeitpunkt einklagbar ist. Weil der Anspruch der Gesellschaft durch jenen der Gläubigersamtheit abgelöst wird, kann die Kenntnis des Schadens durch die Gesellschaft nicht massgeblich sein.

Lässt sich ein Mitglied des VR im Rahmen eines Scheingeschäfts von der AG Zahlungen versprechen, verletzt er seine Treuepflicht, wenn er den schädigenden Charakter des Geschäfts kennt. Ob er bei der Entscheidungsfindung im VR in den Ausstand getreten war, ist irrelevant, da die Treuwidrigkeit schon in der Annahme des unentgeltlichen Vorteils und nicht erst im fehlerhaften Umgang mit einem Interessenkonflikt liegt. (BGer 4A_462/2009, zur Publikation vorgehen)

c) Einreden und Einwendungen im Konkurs

Organe einer konkursiten Gesellschaft können sich gegenüber Verantwortlichkeitsansprüchen der Konkursgläubiger nicht auf eine statutarische Schiedsklausel berufen, da der Anspruch der Gesellschaft im Konkurs durch den Anspruch der Gläubigersamtheit abgelöst wird. Dieser Subjektswechsel hat zur Folge, dass dem Schuldner nur jene Einreden (und Einwendungen) verbleiben, welche auch gegenüber der Gläubigersamtheit gerechtfertigt erscheinen. Ausgeschlossen sind somit Einreden gegen den Abtretungsgläubiger persönlich und auch solche, die abhängig von der Willensbildung der Gesellschaft sind und damit die Gläubiger als Dritte nicht zu binden vermögen (z.B. Décharge, Schiedsklausel). (BGE 136 III 107)

Anders verhält es sich mit der Einrede der Verrechnung¹³. Diese ist nämlich nicht unmittelbar auf die Willensbildung der Gesellschaft zurückzuführen. Schulden der Gesellschaft, welche schon vor der Konkurseröffnung bestanden haben, können der Gläubigersamtheit entgegengehalten und damit zur Verrechnung gebracht werden. (BGE 136 III 148 dazu und zu BGE 136 III 107 *Büchler/von der Crone*, SZW 82 2010 258; *Vogt/Schönbächler*, GesKR 5 2010 246)

d) Faktische Organschaft

Eine Bank ist nur zur Überschuldungsanzeige (OR 725 II) bezüglich eines ihrer Kunden verpflichtet, wenn sie als dessen faktisches Organ erscheint. Eine Organstellung wird noch nicht dadurch begründet, dass die Bank Einsicht in Jahresabschlüsse, eine Sicherungszession oder Sanierungsmassnahmen verlangt, da dies das üb-

¹³ Vgl. auch BGE 132 III 342, 350 f.

liche Verhalten eines Gläubigers darstellt. Selbst eine zweimalige Einmischung in die Geschäftsführung genügt nicht. Nur wer dauerhaft selbständig über wichtige, nicht-alltägliche Fragen der AG entscheidet und dadurch die Entstehung eines Schadens vermeiden kann, überschreitet die Schwelle zum faktischen Organ. (BGE 136 III 14)

e) *Doppelorganschaft*

Eine Muttergesellschaft haftet als faktisches Organ der Tochtergesellschaft nur, wenn ihr eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann, die sie im Rahmen der tatsächlich wahrgenommenen Geschäftsführung der Tochtergesellschaft begangen hat. Diese Einschränkung gilt auch für das Verhalten sogenannter Doppelorgane (Personen, die gleichzeitig Organ der Mutter- und der Tochtergesellschaft sind). Der Entscheid der Muttergesellschaft, der Tochtergesellschaft weniger Aufträge zu erteilen, ist kein Geschäft der Tochter-, sondern einzig der Muttergesellschaft. Deshalb kann die Mitwirkung eines Doppelorgans an der Entscheidungsfindung in der Muttergesellschaft keine Verletzung allfälliger Organpflichten in der Tochtergesellschaft darstellen. (BGer 4A_306/2009)

f) *Delegation; Definition der Geschäftsführung*

Der VR wurde nach OR 754 in Anspruch genommen; er habe mit einer Generalvollmacht die Geschäftsführung an Personen delegiert, die später betrügerisch handelten. Mangels Organisationsreglement (OR 716b) liege ein Fall unbefugter Delegation vor, sodass dem VR OR 754 II nicht zugute komme. Laut BGer meint OR 716 II OR jedoch nur die Geschäftsführung i.e.S., nicht aber auch die zur Geschäftsfüh-

rung i.w.S. gehörende Vertretung der Gesellschaft nach aussen, die separat in Art. 718 ff. OR geregelt ist. Die Erteilung der Vollmacht stellt also keine Delegation der Geschäftsführung i.e.S. dar. Eine sonstige Pflichtverletzung fehlte in casu ebenfalls. (BGer 4A_248/2009)

4. *Auflösungsklage*

Zwei der drei Aktionäre einer AG waren zerstritten. Einer von ihnen klagte auf Auflösung der AG, da sein Gegner den dritten Aktionär manipuliere und er dadurch systematisch in die Minderheit gedrängt werde. Das BGer betonte den subsidiären Charakter der Auflösungsklage. Bei der deshalb notwendigen Interessenabwägung müssten die Interessen aller Aktionäre und nicht nur die Interessen des Klägers berücksichtigt werden. Die Lage müsse so ernst sein, dass die AG ihre Existenzberechtigung verloren habe. Wichtige Gründe in diesem Sinne seien systematischer Machtmissbrauch der Mehrheit zulasten der AG oder der Minderheit, ruinöse Geschäftsführung, Vereitelung des Gesellschaftszwecks, permanente Verletzung der Minderheitsrechte, Blockierung der Organe sowie Entscheide, welche die AG ihrer ökonomischen Substanz beraubten. Persönliche Zerwürfnisse unter den Aktionären seien aufgrund der Kapitalbezogenheit der AG nicht ausreichend, in Familiengesellschaften aber immerhin zu einem gewissen Grad zu berücksichtigen. In casu scheiterte die Klägerin daran, dass sie es unterlassen hatte, zunächst mildere Mittel (z.B. Anfechtungsklagen) zu ergreifen. Zudem überwog das Interesse der anderen Aktionäre am Fortbestand der wirtschaftlich florierenden, aufgrund der klaren Mehrheitsverhältnisse nicht blockierten AG das der Klägerin an der Auflösung. (BGer

4A_475/2009, zur Publikation vorgelesen)

B. *Umstrukturierungen*

Glauben Gesellschafter in Verletzung des Prinzips der Kontinuität ihre Mitgliedschaft verloren zu haben, können sie nach FusG 105 I auf angemessene Abfindung klagen, i.d.R. ohne ein Kostenrisiko zu tragen (FusG 105 III). Eine Berufung auf FusG 105 III ist ausgeschlossen, wenn sie ihre Mitgliedschaftsrechte an der Zielgesellschaft in Kenntnis des bevorstehenden Squeeze-Outs und der damit verbundenen Abfindung erworben haben, zumal sie dann wirtschaftlich gesehen bloss den Abfindungsanspruch gekauft haben. Solchen Gesellschaftern ist zuzumuten, ein Kostenrisiko zu tragen und daher auch Kostenvorschuss zu leisten. (BGE 135 III 603, dazu *Christ*, *GesKR* 5 2010 75; *Maurer/von der Crone*, *SZW* 82 2010 77)

C. *Übriges Gesellschafts- und Handelsrecht*

1. *Publizitätswirkung der Eintragung im SHAB*

Eintragungen im Handelsregister können am Werktag nach der Publikation im SHAB auch Dritten entgegen gehalten werden (OR 932 II). Das SHAB wird in gedruckter sowie in elektronischer Form veröffentlicht (OR 931 II^{bis} i.V.m. VO SHAB 8 I und 11 I). Dies reicht aus, um die im SHAB enthaltenen Tatsachen als notorisch und damit als nicht beweispflichtig einzustufen. (BGer 5A_62/2009 = *Pra* 99 (2010) Nr. 17)

2. *Auflösung einer einfachen Gesellschaft*

Wird eine einfache Gesellschaft einvernehmlich aufgelöst, sind die Vor-

schriften des Gesellschaftsvertrags für die einseitige Auflösung (u.a. Form der Kündigung) nicht anwendbar. Sollen die Geschäfte von einem der beiden Gesellschafter fortgeführt werden, ist – sofern der Gesellschaftsvertrag die Abfindung nicht regelt – OR 580 II analog anzuwenden. Die Vermögenslage der Gesellschaft ist anhand der Fortführungswerte zu berechnen. Sodann sind die Einlagen aller Gesellschafter abzuziehen. Verbleibt ein Überschuss, wird der auf den Ausscheidenden entfallende Anteil an diesem berechnet und um die Einlage des Ausscheidenden erhöht. Liegt ein Fall des schuldhaften Ausscheidens vor, ist von diesem Abfindungsguthaben ein ggf. entstandener Schaden abzuziehen. (BGer 4A_31/2009, dazu *Hefti/Rieder/Vischer*, GesKR 5 2010 234)

D. Börsengesellschaftsrecht

Im Streit zwischen Laxey und Implenia wurde festgestellt, dass der Implenia gem. VwVG 6 i.V.m. 48 und BGG 89 I lit. c sowohl im vorinstanzlichen (FINMA, BVGer) wie im bundesgerichtlichen Verfahren Parteistellung zusteht. Sie habe als Zielgesellschaft ein schutzwürdiges Interesse an der Einhaltung der Meldepflicht gem. BEHG 20, sei bei der (Nicht-)Ahndung einer vermeintlichen Verletzung dieser Meldepflicht besonders berührt und wäre bei einer die Meldepflicht-Verletzung verneinenden Verfügung beschwert. (BGer-Zwischenentscheid 2C_77/2009, 2C_78/2009, dazu *Vogt/Handle*, GesKR 5, 2010, 79)

Das BGer bejahte eine Meldepflichtverletzung der Laxey-Gruppe. Diese hatte in mehreren Tranchen Aktien der Implenia erworben und diese jeweils vor Erreichen der gem. altBEHG 20 I ersten Meldepflichtschwelle von 5% auf Banken übertragen, mit denen

sie sog. Contracts for Difference (CFD) abschloss. Diese unterfielen zwar nicht dem Wortlaut der Art. 9 ff. BEHV-EBK, seien aber nach Sinn und Zweck der Meldepflicht (Schaffung von Transparenz, Gewährleistung eines Frühwarnsystems und Durchsetzung der Angebotspflicht) als indirekter Erwerb i.S.v. altBEHG 20 I zu erfassen, zumal die Laxey-Gruppe auf die Aktien faktisch jederzeit durch die Auflösung der CFD habe zugreifen können. Die Rechtslage habe sich durch die gerade durch diesen Fall inspirierte Einfügung von BEHG 20 II^{bis} nicht verändert: Dieser Absatz verdeutliche lediglich den Tatbestand des indirekten Erwerbs und weite ihn nicht aus. (BGer 2C_77/2009, 2C_78/2009, zur Publikation vorgesehen)

III. Literatur

A. Allgemeine Literatur zum Gesellschaftsrecht

1. Lehrbücher

Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann: Gesellschafts- und Handelsrecht (10. Aufl. der Teile III und IV von Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht), Zürich 2010; *Daniel Girsberger/Karin Müller/Madeleine Simonek/Thomas Gächter*: Unternehmensrecht I: Gründung und Aufbau, Sanierung und Liquidation. Gesellschafts-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht, Zürich 2009; *Daniel Girsberger/Karin Müller/Madeleine Simonek/Paul Eitel*: Unternehmensrecht II: Nachfolge und Umstrukturierung. Gesellschafts-, Erb- und Steuerrecht, Zürich 2009.

2. Tagungsbände, Festschriften und Ähnliches

Baker & McKenzie (Hrsg.): Entwicklungen im schweizerischen Wirt-

schaftsrecht 2008/2009, Zürich 2009; *Baker & McKenzie (Hrsg.)*: Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2009/2010, Zürich 2010; *Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.)*: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010; *Daniel Lengauer/Giordano Rezzonico*: Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2009/2010, Zürich 2010; *René Matteotti/Peter V. Kunz/Thomas Cottier/Dorothea Herren*: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009; *Lauren Ojha*: Aspects pratiques du droit de l'entre-prise, Lausanne 2010 = CEDIDAC 86; vgl. auch die Beiträge in der jährlich erscheinenden Reihe njus.ch.

B. Aktienrecht, Konzernrecht, Rechnungslegung und Corporate Governance

Olivier Bastian: Délégation de compétences et répartition des tâches au sein du conseil d'administration, Lausanne 2010 = CEDIDAC 85; *Mathieu Blanc*: Corporate Governance dans les groupes de sociétés, Diss. Lausanne 2010 = SSHW 290; *Christoph B. Bühler*: Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Zürich/St. Gallen 2009; *Raoul Dias*: Der Verein als herrschendes Unternehmen im Konzern, Diss. Bern 2010 = SSHW 289; *Damian Fischer*: Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen, Diss. Zürich 2009 = SSHW 281; *Katja Fuchs Mtwebana*: Die Zukunft des Kapitalchutzsystems im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Bern 2009 = ASR 759; *Maiko Günther*: La société anonyme européenne, Diss. Genf 2009; *Pascal Montavon/Jean-Marc Wichser (Hrsg.)*: Droit suisse de la révision PME/PMI & Coresponsabilité des organes de la SA, Lausanne 2009; *Martin*

Peyer: Das interne Kontrollsystem als Aufgabe des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle, Diss. St. Gallen 2009 = SSHW 283; *Monika Roth* (Hrsg.): Corporate Governance und Compliance, Zürich/St. Gallen 2009; *Monika Roth* (Hrsg.): Close up on Compliance, Zürich/St. Gallen 2009; *Reto Sanwald*: Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich 2009 = SSHW 280; *Bertrand Schott*: Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich 2009 = SSHW 285; *Rolf H. Weber/Peter R. Isler*: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010 = EIZ 104.

C. Umstrukturierungsrecht

Niccolo Gozzi: Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz, Diss. Zürich 2009 = SSHW 279; *Pierre Marty*: Fusions et acquisitions - Questions actuelles. Travaux de la journée d'étude du 6 février 2008, Lausanne 2009; *Mark Mauerofer*: Squeeze-Out Merger. Die zwangsweise Abfindungsfusion nach Artikel 8 Absatz 2 Fusionsgesetz, Diss. Bern 2009 = ASR 760; *Rudolf Tschäni* (Hrsg.): Mergers & Acquisitions XII, Zürich 2010 = EIZ 103.

D. Übriges Gesellschafts- und Handelsrecht

1. Kommentare

Lukas Handschin/Han-Lin Chou: Zürcher Kommentar zum schweizerischen

Zivilrecht Band V/4b: Art. 552–619 OR. Die Kollektivgesellschaft. Die Kommanditgesellschaft, 4. Aufl. Zürich 2009; *Lukas Handschin/Reto Vonzun*: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Band V/4a: Art. 530–551 OR. Die einfache Gesellschaft, 4. Aufl. Zürich 2009.

2. Übrige Literatur

Markus Berni/Andreas Kellerhals: Internationales Handelsrecht III: Compliance Management als juristische Kernfunktion im Unternehmen, Zürich 2009 = EIZ 94; *Juan Carlos Landrove/François Chaudet/Anne Cherpilod*: Droit suisse des affaires, 3. Aufl. Basel 2010; *François Ott/Pascal Matthey*: Le commerce international des marchandises, Zürich 2010; *Franco Taisch*: Genossenschaftsgruppen und deren Steuerung, Zürich/St. Gallen 2009.

E. Börsengesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Baker & McKenzie (Hrsg.): Swiss Collective Investment Schemes (CISA), Bern 2009; *Christoph Bürer*: Contingent Capital, Diss. Zürich 2010 = Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht 93; *Tatjana Linder*: Die Best Price Rule im schweizerischen Übernahmerecht, Diss. Zürich 2010 = Zürcher Studien zum Privatrecht 220; *Eric Olivier Meier*: Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Diss. Zürich 2008 = SSHW 286; *Loïc T. Pfister*: Les sociétés ouvertes au public et

l'ordre constitutionnel, Diss. Zürich 2010; *Christian Renn*: Einsatz und Offenlegung von Derivaten bei Unternehmensübernahmen, Diss. St. Gallen 2010 = Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht 95; *Urs Schenker*: Schweizerisches Übernahmerecht, Zürich/St. Gallen 2009; *André Terlinden*: Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St. Gallen 2010 = St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht 6; *Luc Thévenoz/Christian Bovet*: Journée 2009 de droit bancaire et financier, Zürich 2010; *Rudolf Tschäni/Jacques Iffland/Hans-Jakob Diem*: Öffentliche Kaufangebote, 2. Aufl. Zürich 2010; *Stefan Waller*: Das Underwriting Agreement, Zürich 2010; *Marcel Würmli*: Die Haftung der Finanzmarktaufsicht, Diss. Bern 2010 = Berner Bankrechtliche Abhandlungen BBA 15.