

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

## Berichtszeitraum August 2018 bis August 2019

Prof. Dr. iur. Rolf Sethe, LL.M. (Zürich), und RAin MLaw Meltem Cetinkaya (Zürich)

### I. Gesetzgebung

#### A. Aktienrechtsrevision

Im Berichtszeitraum stand erneut die Aktienrechtsrevision im Mittelpunkt. Nach dem Beschluss des NR im Juni 2018 ging das Geschäft an die RK-SR, die am 7.11.2018 weitreichende Änderungen vorschlug. Diese stiessen auf breiten Widerstand und veranlassten SR Noser, einen Nichteintretensantrag zu stellen. Der SR lehnte diesen am 11.12.2018 mit 23:20 Stimmen ab und wies die Vorlage zur Überarbeitung an die RK-SR zurück. Am 16.5.2019 unterbreitete diese ihre Anträge dem SR, der seinerseits am 19.6.2019 einen Beschluss fasste (im Folgenden als E-OR bezeichnet).

1. Von besonderem Interesse waren – wie auch schon im NR – drei gesellschaftspolitische Themen: (a) Der SR hält an den Geschlechterrichtwerten für VR und Geschäftsleitung von grossen Publikumsgesellschaften fest und folgt damit NR und BR. Die RK-SR hatte dagegen vorgeschlagen, den Richtwert für Geschäftsleitungen zu streichen. Beibehalten wurde auch der Comply-or-explain-Ansatz (E-OR 734f). Dieser soll auch zeitlich nicht befristet werden, wie es die RK-SR noch vorgeschlagen hatte. (b) Der SR folgt dem NR und überführt die VegüV weitgehend unverändert ins OR. Ergänzt werden soll die Liste unzulässiger Vergütungen um Entschädigungen für den Fall eines Kontrollwechsels sowie im Rahmen von Aufhebungsvereinbarungen (E-OR 735c Ziff. 2<sup>bis</sup> und Ziff. 2<sup>ter</sup>). Entgegen dem NR will der SR an E-OR 735c Ziff. 4 festhalten, wonach nicht marktübliche Vergütungen im Zusammenhang mit einer früheren Organtätigkeit unzulässig sind. Gemäss dem Entwurf des BR soll der Vergütungsbericht Tätigkeiten der Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats in anderen Unternehmen auflisten (E-OR 734e), was der NR ablehnte, der SR nun aber befürwortet. (c) Der SR kommt zurück auf den VE-OR 2014 und einen (im NR abgelehnten Antrag), wonach der BR ermächtigt werden soll, die

geplanten Bestimmungen über die Transparenz bei Rohstoffunternehmen auch auf Rohstoffhandelsunternehmen auszuweiten (E-OR 964f).

2. Der SR folgt den vom NR vorgenommenen Änderungen am bundesrätlichen Entwurf zu Statuten, Aktien und Kapital nur teilweise: (a) Ebenso wie der NR begrüsst der SR die Vorgabe, wonach der Aktienennwert nur noch grösser als null sein muss (E-OR 622 IV). (b) Der NR hatte den Anwendungsbereich der vom BR vorgeschlagenen erleichterten Formvorschriften für einfach strukturierte Körperschaften ausgeweitet. Der SR lehnt diese Erleichterungen im Einklang mit der RK-SR gänzlich ab, was zu begrüssen ist (Sethe/Cetinkaya, REPRAX 2018 153 ff.). (c) Gestrichen hat der SR die Möglichkeit, das Aktienkapital auch in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung zuzulassen (E-OR 621 II, 773 II). (d) Der SR befürwortet die Einführung des Kapitalbands und hat den vom NR vorgeschlagenen Änderungen zugestimmt (E-OR 653s ff.). (e) Abgelehnt hat er die vom NR vorgeschlagene Einführung von Loyalitätsaktien, wonach seit mind. zwei Jahren mit Stimmrecht im Aktienbuch eingetragenen Aktionären Vorteile bei Dividende oder Rückzahlung von Kapitalreserven (E-OR 661a), Bezugsrecht (E-OR 652b V) und Vorzugsrecht auf jungen Aktien (E-OR 652bbis) gewährt werden können. (f) Präzisiert hat der SR die Voraussetzung der Ablehnung des Erwerbers von vinkulierten Namenaktien (E-OR 685d II).
3. Den vom NR vorgenommenen Verschärfungen bei den Aktionärsrechten folgt der SR nur teilweise: (a) Zugestimmt hat er, die Schwelle für die Geltendmachung des Auskunftsrechts ausserhalb der GV in AGs ohne kotierte Aktien von 5% auf 10% zu erhöhen (E-OR 697 II). (b) Gleiches gilt für die Schwelle eines Antrags auf Einleitung einer Sonderuntersuchung, die bei Gesellschaften mit kotierten Aktien bei 5% (BR: 3%) des Kapitals/der Stimmen liegen soll (E-OR 697d I Ziff. 1). Eine gerichtliche An-

- ordnung einer Sonderuntersuchung soll nur möglich sein, wenn neben der Verletzung von Gesetz oder Statuten auch glaubhaft gemacht wird, dass diese «geeignet ist, die Gesellschaft oder die Aktionäre zu schädigen» (E-OR 697d III). Der NR wollte dagegen am heutigen Recht festhalten, das die Glaubhaftmachung einer Schädigung (nicht bereits deren Eignung) voraussetzt. Der SR stimmt aber dem Vorschlag des NR zu, wonach die Kosten unter besonderen Umständen ganz oder teilweise den Gesuchstellern aufzuerlegen sind (E-OR 697h<sup>bis</sup> II). (c) Der SR lehnt die vom NR befürwortete Erhöhung des Schwellenwerts für das Traktandierungs- und Antragsrecht in AGs mit kotierten Aktien von 0,5% auf 3% des Kapitals/der Stimmen ab (E-OR 699b I Ziff. 1).
4. Im Recht der GV hat der SR verschiedene Änderungen beschlossen, von denen folgende hervorzuheben sind: (a) Die GV soll nicht im Ausland durchgeführt und es soll auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter nicht verzichtet werden dürfen (E-OR 701b). (b) NR und SR halten am geltenden Recht fest und stellen bei Abstimmungen an der GV auf die Mehrheit der vertretenen (BR: abgegebenen) Aktienstimmen ab (E-OR 703 II). (c) Der SR befürwortet die vom NR eingeführte Möglichkeit eines Stichentscheids (E-OR 703 II<sup>bis</sup>). (d) OR 704 II erlaubt bei Beschlüssen, die ein qualifiziertes Mehr erfordern, eine dieses Mehr erhöhende Statutenbestimmung. Sie soll laut SR nicht nur bei ihrer Einführung oder Abschaffung (so BR und NR) dieses Mehrs bedürfen, sondern auch bei Änderungen (E-OR 704 II). (e) Während der NR die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung nur bei AGs mit kotierten Aktien verbieten will, folgt der SR der Lösung des BR (Verbot der Organstimmrechtsvertretung bei allen Gesellschaften und der Depotstimmrechtsvertretung nur bei AGs mit kotierten Aktien, E-OR 689b, s.a. E-OR 689d Marginalie und Abs. 2; E-OR 689f I).
5. Zum Recht des VR entschied der SR wie folgt: (a) Wie der NR möchte der SR bei AGs ohne kotierte Aktien an der heute geltenden Amtsdauer von 3, mit Statutenregelung von max. 6 Jahren festhalten (E-OR 710 II; anders der BR: Amtsdauer von max. 4 Jahren ohne statutarische Verlängerungsoption). (b) Der NR und nun auch der SR wollen bei AGs, deren Aktien nicht kotiert sind, Einzelwahl vorschreiben, es sei denn, die Statuten erlauben Blockwahl oder alle vertretenen Aktionäre stimmen ihr zu (E-OR 710 II). (c) Beschlussfassungen im VR sollen in elektronischer Form zulässig sein, es sei denn, ein Mitglied verlangt die mündliche Beratung (E-OR 713 II Ziff. 3, BR: Zustimmung aller Mitglieder). (d) Der SR will das heutige Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehren und die Delegation der Geschäfts-

führung vom VR an einzelne Mitglieder oder an Dritte erlauben, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen (E-OR 716b I). (e) Der SR folgt dem BR und befürwortet im Gegensatz zum NR eine Regelung von Interessenkonflikten (E-OR 717a). (f) Der SR will den VR verpflichten, erst bei einem Verlust der Hälfte (BR und NR: eines Drittels) des Kapitals Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts und zur Sanierung zu ergreifen (E-OR 725a I). Er lehnt gesetzliche Vorgaben für den Inhalt des Liquiditätsplans (E-OR 725 II) ab.

6. (a) Im Verantwortlichkeitsrecht folgt der SR der vom BR vorgeschlagenen Berechnung des Fortsetzungsschadens im Konkurs, wonach nachrangige Verbindlichkeiten nicht einberechnet werden (E-OR 757 IV). (b) Der BR schlug eine faktische Abschaffung der differenzierten Solidarität der Revisionsstelle vor. Der SR will dem folgen und stellt sich damit gegen den NR, der OR 759 ganz streichen will. (c) Der SR präzisiert den Verjährungsbeginn im Fall des Unterlassens (E-OR 760 I).

## B. Konzernverantwortungsinitiative

Der NR hatte entschieden, die Konzernverantwortungsinitiative aus der Aktienrechtsrevision auszugliedern, und unterbreitete am 14.6.2018 einen indirekten Gegenvorschlag, den der SR am 12.3.2019 ohne Gegenvorschlag knapp ablehnte. Der NR hat am 13.6.2019 mit 109:69 Stimmen bei 7 Enthaltungen beschlossen, am indirekten Gegenvorschlag festzuhalten. Die inhaltliche Beratung kann erst aufgenommen werden, wenn auch der SR mit einem Gegenvorschlag einverstanden ist.

## C. GAFI

Der BR verabschiedete im November 2018 die Botschaft und den Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum über die Transparenz juristischer Personen und den Informationsaustausch für Steuerzwecke. Inhaberaktien sollen nur noch zulässig sein, wenn die Gesellschaft sie an einer Börse kotiert hat oder sie als Bucheffekten ausgestaltet und bei einer Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind. Die Verletzung der Meldepflichten wird sanktioniert. Trotz der Kritik in der Vernehmlassung hielt der BR an seinen Hauptpunkten fest, weil er befürchtete, dass die Schweiz auf die Liste nicht kooperierender Staaten gesetzt würde. Das Gesetz wurde am 21.6.2019 verabschiedet (BBl 2019 4489); die Referendumsfrist lief am 10.10.2019 unbenutzt ab.

#### D. FIDLEG/FINIG

Vom 24.10.2018 bis 6.1.2019 lief die Vernehmlassung über die Verordnungen zum FIDLEG und zum FINIG (FIDLEV und FINIV), deren endgültige Fassung im November publiziert werden soll. Eine von der Swiss Funds & Asset Management Association SFAMA angeregte Verschiebung des Inkrafttretens des Gesetzespakets um ein Jahr wurde abgelehnt, sodass beide Gesetze sowie die Verordnungen per 1.1.2020 in Kraft treten werden, wobei die Übergangsfristen lang ausgestaltet sind.

#### E. Unternehmensnachfolge

Der BR will die erbrechtliche Unternehmensnachfolge erleichtern. In der bis zum 30.8.2019 dauernden Vernehmlassung zur Änderung des ZGB wurden das Recht auf Integralzuweisung des Unternehmens im Rahmen der Erbteilung, die Möglichkeit des Unternehmensnachfolgers, gegenüber den übrigen Erben einen Zahlungsaufschub zu verlangen, spezielle Regeln für die Berechnung des Anrechnungswerts des Unternehmens und ein verstärkter Schutz der pflichtteilberechtigten Erben vorgeschlagen.

#### F. Blockchain/DLT

Der BR hat von März bis Juni 2019 eine Vernehmlassung zu einem Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register zur Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen für Blockchain und Distributed-Ledger-Technologie (DLT) durchgeführt. Vorgesehen ist u.a. eine Änderung von OR 622 und des Wertpapierrechts, wonach die Möglichkeit einer elektronischen Registrierung von Rechten geschaffen werden soll.

#### G. Handelsregisterrecht

Im Zusammenhang mit der Modernisierung des Handelsregisterrechts werden die HRegV und GebV-HReg revidiert. Die dazugehörige Vernehmlassung dauerte bis Mai 2019. Vorgeschlagen werden u.a. eine Reduktion der Gebühren um ein Drittel, eine rechtliche Grundlage für die Berichtigung von fehlerhaften Einträgen und die Erfassung von Nachträgen sowie die Erweiterung des Personenkreises, der eine Rechtseinheit anmelden darf. Abgeschafft werden soll die Register Sperre auf Verordnungsstufe, da gemäss ZPO 262 lit. c ein Gericht als vorsorgliche Massnahme eine Anweisung an eine Registerbehörde erteilen kann. Der BR lehnt die Erhöhung der Umsatzschwelle von CHF 100 000 für die Eintragung von Einzelunternehmen in das Handelsregister ab. Der Nutzen des

Handelsregistereintrags überwiege die damit verbundenen Kosten und viele Unternehmen würden sich deshalb auch ohne Pflicht ins Handelsregister eintragen lassen. Die Entlastung von Unternehmen soll stattdessen durch die vermehrte Digitalisierung erfolgen.

Der BR hat im Juni 2019 die Botschaft zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses verabschiedet, welches vor allem die Durchsetzung des strafrechtlichen Tätigkeitsverbots aufgrund eines Konkurs- oder Betreibungsdeliktes verbessern soll. Zu diesem Zweck soll u.a. das im Strafregister eingetragene Tätigkeitsverbot auch den Handelsregisterämtern mitgeteilt werden und die Öffentlichkeit soll nach den im Handelsregister eingetragenen Personen suchen können.

#### H. Digitale öffentliche Urkunde

Bis zum 8.5.2019 dauerte die Vernehmlassung zu einem Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG), wonach künftig die Originale von öffentlichen Urkunden elektronisch erstellt werden statt auf Papier.

## II. Rechtsprechung

### A. Aktien- und GmbH-Recht

#### 1. Aktionärsrechte

Der Gesuchsteller einer Sonderprüfung muss glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die AG oder die Aktionäre geschädigt haben (OR 697b II) sowie dass zwischen Aktionärsrechten und dem Thema der Sonderuntersuchung ein Zusammenhang besteht. In casu begründeten die Gesuchsteller ihr Begehren um Sonderprüfung mit der Abstimmung über die Jahresrechnung 2015. Da die Jahresrechnung 2015 bereits gebilligt und dieser Beschluss nicht angefochten worden war, waren damit alle diesbezüglichen Aktionärsrechte verwirkt. Es sei daher nicht ersichtlich, worin das Rechtsschutzinteresse für eine Sonderprüfung noch bestehen solle. Diesbezüglich nicht ausreichend waren auch die Ausführungen der Kläger zur Verantwortlichkeits- und Rückerstattungsklage. Die Aktionäre hatten ihr Begehren noch damit begründet, sie wollten wegen des beabsichtigten Verkaufs den wirklichen Wert ihrer Aktien bestimmen. Das BGer hielt fest, dass der Aktionär zwar sein Einsichtsrecht (OR 697 III) mit dem geplanten Verkauf seiner Aktien begründen könne (BGE 132 III 71), es aber nicht ersichtlich sei, wie eine Sonderprüfung von Vorgängen, die über

zwei Jahre zurückliegen, der Bestimmung des heutigen Aktienwerts dienen könne. Auch sei damit noch keine Verletzung von Gesetz oder Statuten und eine dadurch bewirkte Schädigung glaubhaft gemacht. (BGer 4A\_107/2018 vom 29.10.2018)

Die Kraftloserklärung eines Wertpapiers nach OR 972 erlaubt es dem Berechtigten, sein Recht auch ohne die Urkunde geltend zu machen oder eine neue Urkunde ausstellen zu lassen. Der Schuldner darf an den Gläubiger, der sich mit dem Kraftloserklärungsentscheid legitimieren kann, in Aufhebung des Grundsatzes von OR 965 ohne Vorweisung der Urkunde leisten. Die Kraftloserklärung hat rein legitimationsrechtliche Wirkung, sie ändert nichts an der materiellen Lage. Der Schuldner kann weiterhin alle Einreden geltend machen, die er gegenüber dem Gesuchsteller hatte, als dieser den Titel noch besass. Insbesondere kann er den Bestand des Rechts bestreiten oder geltend machen, der Gesuchsteller sei nicht Inhaber des Wertpapiers. Hierfür ist er behauptungs- und beweispflichtig. (BGer 4A\_501/2018 vom 3.12.2018)

## 2. Vinkulierung und umgekehrter Durchgriff

Lehnt eine Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung zur Übertragung von nichtkотиerten Namenaktien ab, kann der Aktienveräusserer – zur Überprüfung der Rechtmässigkeit dieser Entscheidung – gegen die AG eine Leistungsklage auf Zustimmung zur Übertragung und Eintragung im Aktienbuch erheben. Das BGer hat erstmals ausdrücklich auch den Aktienerwerber (hier ein Vorkaufsberechtigter) als aktivlegitimiert angesehen, denn der ablehnende Entscheid greife auch in seine Rechtsposition ein. Die Klage erwies sich aber als unbegründet: (1) Der Entscheid des VR über die Eintragung eines Aktienerwerbers ins Aktienbuch stellt nach Ansicht des BGer lediglich eine Kontroll- und Organisationsaufgabe dar. Es liege daher kein Geschäftsentscheid vor, weshalb die «Business Judgment Rule» nicht anzuwenden sei. Stützt sich die AG auf die sog. «Escape Clause» (OR 685b I), muss sie keine wichtigen Gründe für die Ablehnung nennen. Der Entscheid muss jedoch das Gleichbehandlungsgebot beachten und darf nicht rechtsmissbräuchlich sein. Letzteres ist der Fall, wenn er sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen lässt, wobei hierfür die Interessen von AG und Aktionären relevant sind. Ein Rechtsmissbrauch läge auch vor, wenn die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt werden. Das BGer nimmt dabei jedoch keine richterliche Prüfung der Angemessenheit des Beschlusses vor. In casu konnte die Beklagte einen im Interesse der AG liegenden vertretbaren Grund für die Ablehnung der Klägerin vorweisen. (2) Zusätzlich prüfte das BGer einen sog. umgekehrten

Durchgriff, also die Erstreckung einer dem (Mehrheits-)Aktionär obliegenden vertraglichen Verpflichtung (Vorkaufsrecht) auf die Gesellschaft. (a) Der umgekehrte Durchgriff ist nach Ansicht des BGer an strengere Voraussetzungen als der «normale» Durchgriff geknüpft. Es müsse zum einen eine wirtschaftliche Identität zwischen Aktionär und Gesellschaft bestehen. Vorliegend war die zum Vorverkauf verpflichtete Person nur Mehrheitsaktionärin und nicht Alleinaktionärin. (b) Über die Alleingesellschafterstellung hinaus bedürfe es zum anderen einer ganz besonderen Begründung, denn es sei im Hinblick auf die Gläubiger der Gesellschaft nicht das Gleiche, ob der Alleinaktionär aufgrund besonderer Umstände für Verbindlichkeiten der Gesellschaft mithaftete oder ob umgekehrt die Gesellschaft für Verbindlichkeiten des Alleinaktionärs hafte. Denn beim umgekehrten Durchgriff seien die Interessen der Gläubiger der Gesellschaft berührt. Diese bekämen gerade nicht einen zusätzlichen Schuldner wie beim «normalen» Durchgriff, sondern einen zusätzlichen Gläubiger. Auch müssten die Interessen der Minderheitsaktionäre gewahrt werden, was es ausschliesse, dass persönliche Verpflichtungen des Mehrheitsaktionärs der Gesellschaft aufgebürdet werden. (c) Hinzu kam, dass die Mehrheitsaktionärin nicht in der Lage gewesen wäre, das Vorkaufsrecht in der AG durchzusetzen. Dies würde voraussetzen, dass die Mehrheitsaktionärin ein Weisungsrecht hätte, was hier fehlte. Selbst wenn ein solches bestehen sollte, wird im Zusammenhang mit ABVs in der Lehre darauf hingewiesen, dass eine Organperson, die in Befolgung von Stimmbindungen in einem ABV die Interessen der Gesellschaft missachtet, persönlich verantwortlich ist. Dies müsse in analoger Weise auch gelten, wenn es um Weisungen des Mehrheitsaktionärs zur Durchsetzung seiner eigenen vertraglichen Verpflichtungen gehe. Grenze der Befolgung solcher Weisungen sei stets das Gesellschaftsinteresse. (d) Schliesslich scheide der umgekehrte Durchgriff auch deshalb aus, weil das vertragliche Vorkaufsrecht nicht auf körperschaftlicher Ebene wirke. An der Trennung beider Ebenen hält das BGer auch beim umgekehrten Durchgriff fest. (BGer 4A\_623/2018 vom 31.7.2019, zur Publikation vorgesehen)

## 3. Verantwortlichkeit

Das BGer bestätigte BGE 142 III 23, wonach die Konkursverwaltung nicht berechtigt ist, den reinen Gläubigerschaden im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage geltend zu machen. Dies gilt auch für den Fall, dass anstelle der Konkursverwaltung ein Abtretungsgläubiger nach SchKG 260 klagt. Den Einwand des Beschwerdeführers, hierdurch entstehe eine «eklatante Schutzlücke», weil die paulianische Anfechtung in komplexen Fällen kein tauglicher Rechtsbehelf sei, liess das

BGer nicht gelten und wies im Detail nach, dass eine solche Lücke nicht entstanden war. (BGer 4A\_623/2017 vom 24.8.2018, dazu *Matthias P. A. Müller*, Fehlende Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, GesKR 2019 151 ff.; *Walter A. Stoffel/Arnaud Constantin*, Das Gesellschaftsrecht 2018/2019, Le droit des sociétés 2018/2019, SZW 2019 306 ff.)

Im Konkurs einer Gesellschaft kann es bei Verantwortlichkeitsansprüchen zu einer Konkurrenzsituation zwischen Ansprüchen der Konkursverwaltung und solchen direkt geschädigter Gläubiger kommen. Der Gläubiger ist in einem solchen Fall nur dann aktivlegitimiert, wenn die Handlung des Organs widerrechtlich i.S.v. OR 41 I ist, einen Fall der *culpa in contrahendo* darstellt oder eine Norm des Gesellschaftsrechts verletzt, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dient. In casu war unbestritten, dass zwei Mitglieder des VR einer Immobilienagentur-AG ihre Sorgfaltspflicht verletzt hatten, indem sie blind einem vermeintlich reichen Geschäftspartner vertrauten und diesem – entgegen dem Gesellschaftszweck – zwei von der AG geleaste Fahrzeuge überliessen, die er dann verschwinden liess. Der Leasinggeberin entstand durch die Pflichtverletzung des VR ein adäquat kausaler Schaden, für welchen sie gestützt auf OR 97 I Ersatz von der AG beanspruchen durfte. Dadurch erlitt die AG ebenfalls einen Schaden. Weil die AG in Konkurs fiel, nahm die Leasinggeberin als Gesellschaftsgläubigerin die Mitglieder des VR in Anspruch. Das BGer verneinte die Aktivlegitimation der Leasinggeberin als Gesellschaftsgläubigerin. Eine unerlaubte Handlung durch Verletzung des Eigentums der Leasinggeberin wurde mangels Verschuldens verneint. Ein Fall von *culpa in contrahendo* war ausgeschlossen, da die Parteien Verträge abgeschlossen hatten. (BGer 4A\_407/2018 vom 5.2.2019, dazu *Merens Derungs/Hans Caspar von der Crone*, Gläubigerschädigung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Bundesgerichtsurteil 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019, SZW 2019 321 ff.; *Stoffel/Constantin*, SZW 2019 306 f.)

Der Fortführungsschaden entspricht der Zunahme des Defizits im Gesellschaftsvermögen vom Zeitpunkt an, in welchem der Konkurs hätte eröffnet werden müssen, bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung. Entscheidend für die Schadensberechnung sind Liquidations- und nicht Fortführungswerte. Es ist Sache des Klägers, beim Gericht ein Sachverständigengutachten zur Ermittlung des Fortführungsschadens zu beantragen, um feststellen zu lassen, ob der tatsächlich erlittene Schaden mindestens dem vom Kläger behaupteten Schaden entspricht. Nicht entscheidend ist, ob die Akten alle verfügbaren Dokumente (insbesondere die

Buchhaltungsunterlagen) enthalten, weil es nicht Sache des Gerichts ist, das Vermögen der Gesellschaft zu rekonstruieren. (BGer 4A\_355/2018 vom 3.1.2019)

Das Fehlen finanzieller Mittel stellt für sich allein keinen Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgrund dar, der von der Haftung nach AHVG 52 befreien könnte. Vielmehr ist vorausgesetzt, dass durch das vorübergehende Zurückhalten der Sozialversicherungsbeiträge aus objektiver Sicht ein ausschlaggebender Beitrag zur Rettung der Gesellschaft erwartet und damit gerechnet werden durfte, dass die offenen Beitragsforderungen innert nützlicher Frist bezahlt werden, was vom Arbeitgeber bzw. seinen Organen zu beweisen ist. (BGer 9C\_861/2018 vom 12.3.2019)

#### 4. Selbstkontrahieren

Selbstkontrahieren führt aufgrund der Gefahr eines Interessenkonflikts zur Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen ist der Natur des Geschäfts nach ausgeschlossen oder eine Zustimmung des Vertretenen liegt vor. Dies gilt auch für die organschaftliche Vertretung juristischer Personen, bei denen Selbstkontrahieren regelmässig zu Interessenkollisionen führt und somit vom Gesellschaftszweck nicht gedeckt ist. Diese Grundsätze gelten nicht nur für das echte Selbstkontrahieren, sondern auch in vergleichbaren Fällen eines Interessenkonflikts zwischen der juristischen Person und den handelnden Organen; vorbehalten bleibt der Schutz gutgläubiger Dritter. Ist der Vertreter Alleinaktionär der vertretenen Gesellschaft, entfällt nach Ansicht des BGer deren Schutzbedürfnis, weil ein Interessengleichlauf bestehe. Da das Gesetz die Einpersonengesellschaft zulasse und OR 718a für Verträge zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter Schriftlichkeit vorsehe, sei davon auszugehen, dass Insichgeschäfte unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht völlig unzulässig seien. Zugleich bestätigt das BGer damit BGE 126 III 361, wonach die Regeln des Selbstkontrahierens nur dem Schutz des Vertretenen, nicht aber dem der Gläubiger dienen. Letztere könnten sich der paulianischen Anfechtung oder der Verantwortlichkeitsklage bedienen. (BGE 144 III 388, dazu *Patrick Schmidt*, Mit sich selbst kontrahierende Alleinaktionäre, GesKr 2019 141 ff.; *Rolf Sethe*, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018 375 ff.; *Stoffel/Constantin*, SZW 2019 309 f.; *Markus Vischer*, BGer 4A\_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, AJP 2018 1400 ff.)

### 5. Prozessuales

In BGE 142 III 683 hatte das Bundesgericht noch entschieden, dass bei einer Teilklage in Kombination mit einer objektiven Klagenhäufung in der Klage präzisiert werden müsse, in welcher Reihenfolge und/oder in welchem Umfang die einzelnen Ansprüche geltend gemacht werden. In casu waren Gegenstand der Verantwortlichkeitsklage verschiedene Pflichtverletzungen von Mitgliedern unterschiedlicher Organe mit mehreren Schadensposten. Es stellte sich deshalb die Frage, ob das Rechtsbegehren des Klägers den Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot genüge. Nach Würdigung der verschiedenen Meinungen in der Lehre erachtet das BGER die «[...] Unterscheidung zwischen Fällen, in denen mehrere Streitgegenstände gehäuft werden, und solchen, in denen verschiedene Schadensposten innerhalb eines einzigen Streitgegenstandes eingeklagt werden, als nicht praktikabel». Da keine eindeutigen Kriterien für die Unterscheidung existierten, könne die klagende Partei nicht vorhersehen, ob das Gericht ihre Tatsachenbehauptungen als einen einheitlichen Lebenssachverhalt würdigt oder in mehrere Lebenssachverhalte aufgliedert. Entsprechend sei für sie nicht klar, inwieweit sie angeben muss, in welcher Reihenfolge und in welchem Umfang die einzelnen Teilbeträge geprüft werden müssen. Für die beklagte Partei sei dagegen kein Nachteil zu befürchten, wenn keine Präzisierung durch die klagende Partei verlangt werde, weil sie sich ohnehin gegen alle Ansprüche verteidigen müsse. Entsprechend der Praxis vor Inkrafttreten der ZPO sei es daher ausreichend, wenn der Kläger substantiiert behauptet, dass eine den eingeklagten Betrag übersteigende Forderung bestehe. Es bleibt somit im Ermessen des Gerichts, in welcher Reihenfolge es die verschiedenen Ansprüche prüft. Vorbehalten sind Fälle, die gegen den Verfahrensgrundsatz von Treu und Glauben (ZPO 52), insbesondere das Rechtsmissbrauchsverbot verstossen. (BGE 144 III 452, dazu *Laurent Grobéty*, SZP 2018 480 ff.; *Melanie Huber-Lehmann*, SZP 2018 483 f.; *Marc Russenberger/Marc Wohlgemuth*, BGER 4A\_442/2017: Zulässigkeit der alternativen objektiven Klagenhäufung bei Teilklagen, AJP 2018 1408 ff.)

### B. Übriges Gesellschafts- und Handelsrecht

Die einfache Gesellschaft wird durch die gemeinsame Zweckverfolgung und die Beiträge eines jeden Gesellschafters charakterisiert. Der Erwerb oder der Bau einer gemeinsamen Liegenschaft durch ein Konkubinatspaar stellt in der Regel eine einfache Gesellschaft dar, die konkludent geschlossen wurde. In casu hatte ein Konkubinatspaar mit gemeinsamen Mitteln

eine Villa erworben, jedoch war nur einer der beiden als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Dies schliesst das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft nicht aus. Wird der Gesellschaft ein Vermögenswert nicht zu Eigentum (*quoad dominium*), sondern lediglich dem Wert nach eingebracht (*quoad sortem*), steht eine Wertsteigerung der Gesellschaft zu und ist bei der Liquidation unter den Gesellschaftern aufzuteilen. Daher hatte die Konkubinatspartnerin des verstorbenen Eigentümers Anspruch auf die Hälfte der Wertvermehrung der Villa. (BGER 4A\_377/2018 vom 5.7.2019)

Ein Genossenschafter kann aus in den Statuten festgelegten Gründen oder aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden (OR 846 I und II). Verrechnet ein Genossenschafter der Genossenschaft für von ihm erworbene Motoren einen unverhältnismässig hohen Preis, zerstört er dadurch das Vertrauensverhältnis zur Genossenschaft, weshalb sein Ausschluss gerechtfertigt ist. (BGER 4A\_59/2018 vom 23.8.2018)

Beim Einspruchsverfahren nach HRegV 162 I handelt es sich um ein einseitiges Verfahren, bei welchem eine inhaltliche Begründung des Einspruchs nicht vorausgesetzt ist. Der Einspruch führt automatisch und ohne Anhörung zu einer sofortigen Registersperre, die innert zehn Tagen mittels eines Gesuchs um Erlass einer vorsorglichen Massnahme prosequiert werden muss. Die Handelsregistersperre bleibt während dieses summarischen Verfahrens bestehen. Dies gilt auch für die Dauer eines allfälligen Berufungsverfahrens, da die Berufung auch gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen die formelle Rechtskraft aufschiebt. Um einerseits einen effektiven einstweiligen Rechtsschutz zu gewährleisten, andererseits aber auch die Schädigungs- und Missbrauchsgefahr einzudämmen, ist ein Interessenausgleich erforderlich, der über die Ausgestaltung des Verfahrens erfolgen muss. Unnötige Verfahrensverzögerungen sind zu vermeiden. Folglich hat das Berufungsgericht nach Aufhebung des angefochtenen Entscheids bzw. der angefochtenen Verfügung in der Sache selber reformatorisch zu entscheiden, statt die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. (BGER 4A\_194/2018 vom 3.12.2018)

### III. Literatur

#### A. Allgemeine Literatur zum Gesellschaftsrecht

*Urs R. Behnisch et al.*, Aktuelle Fragen aus dem Gesellschaftsrecht – insbesondere aus der Sicht des Notariats, Bern 2018; *Urs P. Gnos/Dominik Hohler/Fabienne Anner/Olivia Feusi*, Gesellschaftsrecht: Entwicklungen 2018, Bern 2019; *Lukas Handschin*, Gesellschaftsrecht in a nutshell, 3. A., Zürich

2019; *Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi*, Gesellschaftsrecht, 2. A., Zürich 2018.

## B. Aktienrecht, Konzernrecht, Rechnungslegung und Corporate Governance

*Fabian Akeret*, Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren, Zürich/St. Gallen 2018; Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2017/2018, Zürich 2018; *Rémy Bucheler*, Abrégé de droit comptable. Articles 957 ss CO et législation sur les sociétés et autres entités, 2. A., Zürich 2018; *Theodor Bühler*, Geschichte des Aktienrechts in der Schweiz 1863–1991, Zürich 2019; *Carlo Egle*, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Zürich 2018 = SSHW 343; *Joel A. Fischer*, Information und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 2018 = SSHW 345; *Sandro Gauch*, Grundlage und Bedeutung der Business Judgement Rule in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2018; *Bernhard Madörin*, Der KMU-Verwaltungsrat, 2. A., Bern 2018; *Janine Stefanie Müller*, Die Rechtsstellung des Anlegeraktionärs der SICAV, Zürich 2018 = SSHW 344; *Hans-Ueli Vogt/Valentina Hirsiger-Meier/Thomas Hofer*, Statutarische Schiedsklauseln: nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zürich 2019 = SzA 28.

## C. Übriges Gesellschafts- und Handelsrecht

*Karin Atat*, La responsabilité pénale des personnes morales. Droit de l'Union européenne et modèles européens, Basel 2018; *Damian Fischer*, Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht, Habil. Zürich 2018, Zürich/St. Gallen 2019; *Simon L. Gubler*, Der Interessenkonflikt im Stiftungsrat, Zürich 2018; *Vincent Jäggi*, Les actifs de la société sportive: réflexions fondamentales sur leur nature et traite-

ment du point de vue contractuel, comptable et du droit des sociétés, Lausanne 2018 = CEDIDAC 103; *Denise Jagmetti*, Zahlungen an Dienstleister bei Insolvenzgefahr, Zürich 2019 = SSHW 346; *David Mühlemann*, Unternehmensinterne Untersuchungen und strafprozessuale Verwertbarkeit von Mitarbeiterbefragungen, Zürich/St. Gallen 2018; *Monika Roth*, Compliance in a nutshell, 3. A., Zürich/St. Gallen 2018.

## D. Börsengesellschafts- und Kapitalmarktrecht

*Carole Claudia Beck*, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, Bern 2018, Zürich 2019 = SSFM 128; *Manuel Blatter*, Rechtsstaatliche Garantien im Enforcementverfahren der FINMA, Zürich 2019 = Zürcher Studien zum öffentlichen Recht 267; *Merens Cahannes*, Leerverkäufe, Zürich 2019 = Zürcher Studien zum Privatrecht 294; *Dieter Gericke* (Hrsg.), Private Equity VI, Zürich 2018 = EIZ 190; *Susan Emmenegger* (Hrsg.), Banken und Datenschutz, Basel 2019; *Tamara Hitz*, Banken im Spannungsfeld zwischen Informationen sammeln, vermitteln und weitergeben, Zürich/St. Gallen 2018; *Roland Kriemler*, Anlagevorschriften der Anlagestiftungen, Zürich 2019 = SSFM 129; *Matthias Kuert*, Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im schweizerischen Haftungsrecht: unter besonderer Berücksichtigung des Finanzmarktrechts, Zürich/St. Gallen 2018 = St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht 16; *Peter Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. A., Bern 2019; *Endrit Poda*, Les effets en droit privé de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique, Genf 2019; *Thomas U. Reutter/Thomas Werlen*, Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XIII, Zürich 2019 = EIZ 188; *Rolf Watter/Rashid Bahar* (Hrsg.), Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastukturgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2019.