



BAKER M^cKENZIE ZÜRICH (HRSG.)

► **Entwicklungen**
im schweizerischen
Wirtschaftsrecht
2017/2018 ► ► ► ►

Schulthess §

Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2017/2018

Baker McKenzie, Zürich (Hrsg.)

Dr. Sandra Brändli
Dr. Matthias Courvoisier, MSc in Finance (London)
Prof. Dr. Joachim Frick, LL.M./J.S.D.
Dr. Marcel Giger, M.C.J.
Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M.
Dr. Anne-Catherine Hahn, LL.M.
Daniel Junginger, M.A. HSG
Dr. Manuel Meyer
Dr. Philippe Monnier
Kilian Perroulaz, dipl. Steuerexperte
Philippe M. Reich, LL.M.
Dr. Peter Reinert, LL.M.
Dr. Martina Patricia Steiner
Eva-Maria Strobel, EMLE
Alexandra Takhtarova, Master of Business Law
Dr. Michael Treis
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 2018
ISBN 978-3-7255-7851-1

www.schulthess.com

Vorwort

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

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

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

Die vorliegende Ausgabe beschäftigt sich zur Hauptsache mit den Gerichtsentscheidungen, die zwischen 1. Januar und 31. Dezember 2017 publiziert worden sind; sie gibt aber auch einen Überblick über künftige Entwicklungen, soweit entsprechende Vorhaben des Gesetzgebers bekannt sind. Die Autoren hoffen auch in diesem Jahr eine für die Praxis geeignete Übersicht über die neusten Rechtsentwicklungen vorgelegt zu haben.

Zürich, im März 2018

Joachim Frick

Inhaltsübersicht

Teil 1	Gesellschaftsrecht	S. 1
Teil 2	Finanzmarktrecht	S. 15
Teil 3	Arbeits- und Sozialversicherungsrecht	S. 31
	I. Arbeitsrecht	S. 31
	II. Sozialversicherungsrecht	S. 43
Teil 4	Steuerrecht	S. 59
Teil 5	Immaterialgüterrecht	S. 75
	I. Markenrecht	S. 75
	II. Urheber- und Designrecht	S. 81
Teil 6	Wettbewerbsrecht	S. 87
	I. Unlauterer Wettbewerb	S. 87
	II. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen	S. 88
Teil 7	Schiedsgerichtsbarkeit	S. 99
Teil 8	Vertragsrecht und Vertragsmanagement	S. 105

Teil 1 Gesellschaftsrecht*

A. Gesetzgebung

1. Neuer Entwurf zur Aktienrechtsrevision

Das Parlament hat die Behandlung des am 23. November 2016 erschienenen Entwurfs zur Aktienrechtsrevision¹ aufgenommen. Die Rechtskommission des Nationalrats hat nach intensiven Diskussionen beschlossen, auf den neuen Entwurf des Bundesrats einzutreten. Somit wird sich der Nationalrat als Erstrat voraussichtlich in der Sommersession 2018 mit der Vorlage befassen. Eine Inkraftsetzung der Aktienrechtsnovelle dürfte kaum vor dem Jahr 2020 möglich sein.

2. Neues Handelsregisterrecht

Die Referendumsfrist zum neuen Handelsregisterrecht² ist am 6. Juli 2017 ungenutzt verstrichen. Mit dem neuen Handelsregisterrecht wird namentlich der Weg für den gebührenfreien Zugang zu Handelsregistereinträgen, Statuten und Stiftungsurkunden im Internet (Art. 936 Abs. 2 nOR) geebnet. Ferner wird das Handelsregisteramt für Vereine und nicht der Aufsicht unterstellten Stiftungen gewisse Aufsichtsfunktionen wahrnehmen (Art. 939 Abs. 1 nOR). Das Datum des Inkrafttretens wurde noch nicht kommuniziert, dürfte aber wohl nicht vor dem 1. Januar 2019 sein.

B. Rechtsprechung

1. Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)

a) Stimmrecht in der Generalversammlung

i. Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung

Das Bundesgericht hatte sich in der Berichtsperiode mit der Frage zu befassen, ob es zulässig ist, dass der Vorsitzende der Generalversammlung einen Stichentscheid hat.³ Im konkreten Fall ging es um die Wahl der Revisionsstelle bei einer Gesellschaft mit Stimmrechtsaktien. Art. 693 Abs. 3 OR statuiert diesbezüglich, dass die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien in diesem Fall nicht anwendbar ist. Viel-

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

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

² Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 17. März 2017, BBl 2017 2433.

³ BGE 143 III 120.

mehr entscheidet sich die Stimmkraft diesfalls nach dem Nominalwert der Aktien, d.h., es gilt die Kapitalmehrheit.⁴

Die Gesellschaft wollte eine Statutenbestimmung einführen, wonach bei Stimmengleichheit in der Generalversammlung der Vorsitzende der Generalversammlung den Stichentscheid hat. Das Bundesgericht kommt diesbezüglich zum Schluss, dass es zwar grundsätzlich zulässig sei, dem Vorsitzenden der Generalversammlung den Stichentscheid zuzugestehen. Allerdings sei zu beachten, dass der Vorsitzende in der Regel der Verwaltungsratspräsident sei, der zumindest indirekt von der Generalversammlung mittels Mehrheit der Aktienstimmen und damit gerade nicht mittels Kapitalmehrheit gewählt wird. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist es mit Art. 693 Abs. 3 OR, wonach bei der Wahl der Revisionsstelle die erhöhte Stimmkraft von Stimmrechtsaktien nicht zählt, nicht vereinbar, dass eine mit der Stimmenmehrheit und dem entsprechenden Übergewicht der Stimmrechtsaktien gewählte Person durch Stichentscheid über die Wahl der Revisionsstelle entscheiden kann. Dies wäre eine Verletzung des Grundsatzes, dass für die Wahl der Revisionsstelle die kapitalmässige Bemessung des Stimmrechts zwingend sei.⁵

Im vorliegenden Fall wollte die Gesellschaft die geltende Statutenbestimmung ersetzen, wonach bei Stimmengleichheit das Los entscheidet. Das Bundesgericht ist deshalb der Ansicht, dass die Einführung des Stichentscheids durch den Vorsitzenden der Generalversammlung auch insofern angefochten werden könne, weil die Bestimmung das Gebot der schonenden Rechtsausübung missachtete. Der Stichentscheid gewährleiste im Ergebnis die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft nicht besser als der Losentscheid. Im Gegenteil sei der Losentscheid vorzuziehen, weil die Aktionäre mit Stimmenmehrheit weniger gut als bei Stichentscheiden ohne Rücksicht auf ihre Meinung entscheiden könnten und eher nach einer einvernehmlichen Lösung suchen müssten. Da die Gesellschaft keine allgemeinen Gründe für die Neuregelung anführt, sondern die angefochtene Statutenänderung vorgenommen hat, um die von den Aktionären mit den Stimmrechtsaktien gewünschte Wahl vornehmen zu können, verstosse die Bestimmung gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung und sei daher rechtswidrig und anfechtbar.⁶

ii. *Stimmrechtsausübung bei Gesamteigentum*

In seinem Urteil vom 28. August 2017 äusserte sich das Bundesgericht zur Frage, wie das Stimmrecht an Aktien ausgeübt wird, die in gemeinschaftlichem Eigentum stehen.⁷ Im konkreten Fall wurden die 50 Aktien an der Gesellschaft einerseits von der Schwester (25 Aktien) und anderseits von der Schwester und dem Bruder zusammen

⁴ BGE 143 III 120, E. 3.1.

⁵ BGE 143 III 120, E. 3.2.

⁶ BGE 143 III 120, E. 4.3-4.5.

⁷ BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017.

(25 Aktien) gehalten. Die gemeinschaftlich gehaltenen Aktien erwarben die beiden Geschwister durch Erbgang. Nach Art. 690 Abs. 1 OR können die Erben die Rechte dieser Aktien nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben.

Im vorliegenden Verfahren war unter anderem streitig, ob die Aktionäre gültig zur Generalversammlung eingeladen worden sind, da die Einladung an die beiden Geschwister als Einzelaktionäre erging. Nach Ansicht des Bundesgerichts liefe es dem Prinzip des guten Glaubens zuwider, die Einberufung der Generalversammlung aus diesem Grund als mangelhaft zu bezeichnen. Es obliegt grundsätzlich den Gesamteigentümern der Aktien und nicht der Gesellschaft, das Notwendige zu unternehmen, dass die Rechte an ihren Aktien durch einen gemeinsamen Vertreter ausgeübt werden.⁸

Vorliegend haben es die Geschwister versäumt, bezüglich der gemeinsam gehaltenen Aktien einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Das Bundesgericht kommt deshalb zum Schluss, dass die betroffenen Aktien in der fraglichen Generalversammlung als nicht vertreten gelten müssen und zwar sowohl in Bezug auf die Teilnahme an der Generalversammlung als auch in Bezug auf die Ausübung des Stimmrechts.⁹ Damit waren an der fraglichen Generalversammlung nur die 25 Aktien der Schwester vertreten, welche diese im Alleineigentum hielt. Die entsprechenden Beschlüsse (Wahl des Verwaltungsrats) wurden deshalb mit 25 Ja-Stimmen einstimmig gefasst.¹⁰

b) Sonderprüfung

In einem weiteren Fall hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Aktionär auch eine Sonderprüfung bezüglich Sachverhalten in Tochtergesellschaften verlangen kann.¹¹ Voraussetzung der Sonderprüfung ist unter anderem, dass die Abklärung der fraglichen Sachverhalte zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Im Vordergrund steht dabei eine allfällige Verantwortlichkeitsklage oder die Ausübung von Mitwirkungsrechten. Im Einzelfall kann es durchaus angezeigt sein, dass mit einer Sonderprüfung gewisse Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten abgeklärt werden. Von einer Sonderprüfung können nicht nur Unterlagen, die sich bei der Gesellschaft befinden, an welcher der Aktionär selbst direkt beteiligt ist, erfasst werden. Vielmehr können dies auch vorhandene Unterlagen über Untergesellschaften sein, sofern der Aktionär an einer Konzernobergesellschaft beteiligt ist. Daneben scheint es aber nicht ausgeschlossen, auch den Beizug von Unterlagen der Tochtergesellschaft zu verlangen, die sich nicht bei ihr befinden, sofern diese für die Sonderprüfung bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen erforderlich sind.¹² Dazu ist allerdings wesentlich, dass die Ausgestaltung der Leitung und Kontrolle der Obergesellschaft ermög-

⁸ BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 7.1.3.

⁹ BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 7.2.2.

¹⁰ BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 7.2.3.

¹¹ BGer 4A_180/2017 vom 31. Oktober 2017.

¹² BGer 4A_180/2017 vom 31. Oktober 2017, E. 4.1.

licht, diese Unterlagen der Tochtergesellschaft beizuziehen, sofern sie sich nicht bei der Obergesellschaft befinden.¹³ Diese Voraussetzungen dürften insbesondere dann erfüllt sein, wenn die Tochtergesellschaften konzernmässig geführt werden und der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft zum Beispiel aus denselben Personen besteht wie der Verwaltungsrat der Obergesellschaft.¹⁴

c) Gleichbehandlung der Aktionäre

Im Entscheid vom 15. März 2017 hat sich das Bundesgericht zur Frage der Gleichbehandlung der Aktionäre geäussert.¹⁵ Im konkreten Fall soll eine Gesellschaft zwei Beteiligungen teilweise an einen ihrer Aktionäre veräussert haben. Das Bundesgericht hat im Rahmen seiner Erwägungen festgestellt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz möglicherweise nicht nur in gesellschaftsrechtlichen, sondern auch in vertraglichen Beziehungen zwischen Aktionär und Gesellschaft zum Tragen komme. Allerdings sei dieser Grundsatz nicht bei jedem Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionären zu beachten, sondern nur, wenn das Rechtsgeschäft einen Konnex zur Aktionärsstellung aufweise.¹⁶

d) Vertretung der Gesellschaft

i. Einschränkungen der Vertretungsbefugnis

In seinem Entscheid vom 15. Juni 2017 hatte sich das Bundesgericht mit der Wirkung gesellschaftsinterner Einschränkungen der Vertretungsbefugnis von Organen zu befassen.¹⁷ Im vorliegenden Verfahren war zu beurteilen, welche Auswirkungen die Beendigung der Arbeitsverträge von D und E, beides Organe der Y AG, auf ihre Berechtigung hatte, die Y AG gegenüber Dritten zu vertreten. Das Bundesgericht erinnerte in seinem Urteil daran, dass der Verwaltungsrat die Gesellschaft gemäss Art. 718 Abs. 1 OR gegenüber Dritten vertrete und die Namen der zur Vertretung berechtigten Verwaltungsratsmitglieder gemäss Art. 720 OR im Handelsregister einzutragen seien.¹⁸ Gegenüber Dritten werde die Gesellschaft an die Rechtshandlungen der gemäss Handelsregistereintrag zur Vertretung ermächtigten Personen gebunden,¹⁹ sofern sie Handlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.²⁰ Deshalb kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Beendigung der Arbeitsverhältnisse die Vertretungsbefugnis von D und E zwar im Innenverhältnis einschränke, diese Ein-

¹³ BGer 4A_180/2017 vom 31. Oktober 2017, E. 4.4.

¹⁴ BGer 4A_180/2017 vom 31. Oktober 2017, E. 4.5.

¹⁵ BGer 4A_655/2016 vom 15. März 2017.

¹⁶ BGer 4A_655/2016 vom 15. März 2017, E. 4.4.4.

¹⁷ BGer 2F_27/2016 vom 15. Juni 2017.

¹⁸ BGer 2F_27/2016 vom 15. Juni 2017, E. 5.3.

¹⁹ BGer 2F_27/2016 vom 15. Juni 2017, E. 5.3.

²⁰ Art. 718a Abs. 1 OR.

schränkung aber mangels Anpassung des Handelsregistereintrags einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden könne.²¹

ii. *Insichgeschäfte*

Das Obergericht des Kantons Zürich musste über die Gültigkeit einer Forderungsabtretung der C GmbH vom 29. Januar 2013 urteilen. Diese war vom Bezirksgericht Zürich infolge Selbstkontrahierens für nichtig erklärt worden. Die Nichtigkeit führt dazu, dass die Forderungen nicht rechtsgültig auf den Kläger als einzelzeichnungsberechtigten Geschäftsführer der C GmbH übertragen worden seien und dem Kläger damit eine rechtliche Durchsetzung der Forderungen gegenüber dem Schuldner nicht möglich sei. Über die C GmbH wurde im Anschluss an die vermeintliche Forderungsabtretung am 8. Mai 2013 der Konkurs eröffnet. Nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven wurde die C GmbH schliesslich am 27. August 2013 im Handelsregister gelöscht.²²

Ein Selbstkontrahieren eines Organvertreters entspricht grundsätzlich einem Handeln ohne Vertretungsmacht und führt dazu, dass das entsprechende Rechtsgeschäft nicht zustande gekommen ist. Von diesem Grundsatz kann nur abgewichen werden, wenn die Gefahr einer Benachteiligung der Gesellschaft nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist oder wenn die Gesellschaft zum Vertragsschluss besonders ermächtigt bzw. das Geschäft nachträglich genehmigt hat. Da es dem Kläger nicht gelungen ist, eine der vorgenannten Ausnahmen zu beweisen, sah das Obergericht des Kantons Zürich keinen Grund, vom vorinstanzlichen Urteil abzuweichen.²³ Bemerkenswert ist, dass sich jeder auf die Nichtigkeit berufen kann, selbst der Drittschuldner der abgetretenen Forderung.²⁴

Auch das Bundesgericht äusserte sich in seinem Entscheid vom 18. Januar 2018 zur Thematik des Insichgeschäfts.²⁵ Im Rahmen eines strafrechtlichen Urteils hielt es fest, dass die Genehmigung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung keine nachträgliche Genehmigung eines Insichgeschäfts darstelle, falls den an der Generalversammlung anwesenden Aktionären nicht klar sei, dass ein Insichgeschäft vorliege und dieses Gegenstand der Genehmigung sei.²⁶ Dass sich die Aktionäre des Insichgeschäfts im vorliegenden Fall nicht hätten bewusst sein können, ergibt sich laut Bundesgericht unter anderem daraus, dass das fragliche Geschäft nicht separat in der Erfolgsrechnung aufgelistet worden sei, keine Traktandierung der Genehmigung des In-

²¹ BGer 2F_27/2016 vom 15. Juni 2017, E. 5.4.

²² OGer ZH NP 160034 vom 27. Februar 2017.

²³ OGer ZH NP 160034 vom 27. Februar 2017, E. 3.3 f.

²⁴ OGer ZH NP 160034 vom 27. Februar 2017, E. 3.5.

²⁵ BGer 6B_818/2017 vom 18. Januar 2018.

²⁶ BGer 6B_818/2017 vom 18. Januar 2018, E. 1.5.4.

sichgeschäfts stattgefunden habe und das entsprechende Geschäft weder im Revisionsbericht noch im Protokoll der Generalversammlung erwähnt worden sei.²⁷

e) Organisationsmängel

In einem Organisationsmängelverfahren musste das Bundesgericht die Frage beurteilen, ob der Richter auch die Versteigerung der Aktien anordnen kann.²⁸ Im konkreten Fall hielten zwei Aktionäre je 50 % der Stimmrechte, was in einer Blockade der Generalversammlung mündete. Im Rahmen eines Organisationsmängelverfahrens nach Art. 731b OR beantragte der eine Aktionär, dass ihm die Aktien des anderen Aktionärs zu einem bestimmten Preis zu übertragen seien. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich fest, dass die beiden Aktionäre gleich zu behandeln seien und dass keiner von ihnen ein Vorzugsrecht hinsichtlich einer Aktienübertragung beanspruchen könne. Die Bestimmungen von Art. 731b OR dienten nur einer raschen Auflösung der Blockierung der Gesellschaft, jedoch nicht der Streitbeilegung zwischen den Aktionären.²⁹ Sie ordnete deshalb an, dass die Aktien der beiden Aktionäre zu versteigern seien. Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid, da der Richter im Rahmen von Art. 731b OR zusätzlich zu den darin ausdrücklich genannten Massnahmen Vorkehrungen unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips treffen könne. Dabei sei zu beachten, dass die von einem Aktionär mittels Widerklage geforderte Auflösung der Gesellschaft mit anschliessender Liquidation nur angeordnet werden kann, wenn keine weniger einschneidende Massnahme angemessen erscheint. Im vorliegenden Fall erschien die Aktienversteigerung als mildere Massnahme und wurde deshalb vom Bundesgericht geschützt.³⁰

f) Verantwortlichkeit

i. Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers

In einem Verantwortlichkeitsprozess gegen den Geschäftsführer einer GmbH ging es um eine Darlehensgewährung.³¹ Grundsätzlich sind für die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer einer GmbH die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar (Art. 827 OR).

Im vorliegenden Fall nahm die C GmbH von der Klägerin ein Darlehen über CHF 200'000 auf. Die erste Tranche von CHF 100'000 verwendete die C GmbH, um der D AG ein Darlehen in entsprechender Höhe zu gewähren. Diese benötigte die Mittel, um Schulden zu begleichen. Unter anderem ist ein Betrag von CHF 20'000 an die E AG ausbezahlt worden. Der Beklagte war sowohl alleiniger Geschäftsführer der

²⁷ BGer 6B_818/2017 vom 18. Januar 2018, E. 1.5.3.

²⁸ BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017.

²⁹ BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017, E. 6.

³⁰ BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017, E. 5.

³¹ BGer 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017.

C GmbH wie auch einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der E AG. Im späteren Konkurs der C GmbH machte die Klägerin geltend, der Beklagte habe durch den Abschluss des Darlehensvertrags die D AG vor dem drohenden Konkurs bewahrt und gleichzeitig dafür gesorgt, dass diese ihre offenen Schulden gegenüber der E AG begleichen habe. Er habe deshalb ein unmittelbares persönliches Interesse an der Rettung der D AG gehabt.³²

Nach Ansicht des Bundesgerichts diene die Darlehensgewährung im vorliegenden Fall nicht der Erzielung von Erträgen durch die Anlage finanzieller Mittel, sondern der Vermeidung einer Konkursöffnung über die D AG und damit der Sicherung des Zugangs zu deren Grundstück, auf welchem die C GmbH das Projekt H zu verwirklichen beabsichtigte. Es stand daher vorliegend nicht der mögliche Zinsertrag im Vordergrund, sondern vielmehr die Wahrscheinlichkeit der Realisierung eines Entwicklungsprojekts und die mit diesem Projekt H verbundenen Ertrags- und Gewinnchancen. Die Aufnahme des Darlehens von CHF 100'000 und die Weitergewährung dieses Darlehens sei aus damaliger Sicht vertretbar gewesen und habe dem Gesellschaftsinteresse entsprochen.³³ Aus diesem Grund handelte der Beklagte nicht pflichtwidrig.

ii. Haftung für nicht geleistete Sozialversicherungsbeiträge

In der Berichtsperiode beschäftigte sich das Bundesgericht zudem erneut mit der Haftung nach Art. 52 AHVG für nicht geleistete Sozialversicherungsbeiträge. Im hier interessierenden Verfahren ging es um die Frage, inwiefern sich ein Mitglied des Verwaltungsrats auf die sogenannte "Business Defence" berufen kann.³⁴

Nach der Rechtsprechung ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar vorsätzlich die Ablieferungspflichten gegenüber der Ausgleichskasse verletzt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, weil besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen.³⁵ Konkret kann ein solcher Fall vorliegen, wenn der Arbeitgeber, der sich in einer schwierigen finanziellen Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge die Existenz seines Unternehmens zu retten versucht. Allerdings ist die Haftung nach Art. 52 AHVG nur dann ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere der Arbeitnehmer und Lieferanten) befriedigt und gleichzeitig aufgrund objektiver Umstände annehmen darf, dass er die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge innert nützlicher Frist nachzahlen kann. Keine Rechtfertigungsgründe sind damit gegeben, wenn die ausstehenden Beiträge im Vergleich zu den sonstigen finanziellen Schulden des Arbeitgebers nicht sehr hoch sind, denn in diesem Fall könne durch die vorübergehende Nichtbezahlung dieser

³² BGer 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.2.

³³ BGer 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.3.

³⁴ BGer 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017.

³⁵ BGer 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017, E. 7.2.

Forderungen objektiv keine für die Rettung der Gesellschaft ausschlaggebende Wirkung erwartet werden.³⁶ Nach Auffassung des Bundesgerichts können sich die Organe auf die Business Defence umso weniger berufen, je länger die Liquiditätsprobleme andauern und die nicht geleisteten Beiträge sich summieren.³⁷

Schliesslich stellt das Bundesgericht fest, dass kein Entlastungsgrund vorliege, wenn die Gesellschaft deshalb zur Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge verhindert war, weil sie nicht auf die Bankkonten zugreifen konnte, da diese mittels einer Globalzession abgetreten worden seien. Nach Ansicht des Bundesgerichts erscheint es stossend, wenn sich eine Gesellschaft bewusst in die Abhängigkeit einer Bank begibt, um sich dann im Fall von Zahlungsausständen gegenüber den Sozialversicherungsträgern darauf zu berufen, sich gerade deswegen ausserstande gesehen zu haben, ihren Arbeitgeberpflichten nachzukommen.³⁸

In einem kantonalen Entscheid lehnte das Versicherungsgericht des Kantons St.Gallen die Beschwerde eines Geschäftsführers einer GmbH ab.³⁹ Der formell im Handelsregister eingetragene Geschäftsführer berief sich auf sein "Unverschulden", um einer Verurteilung gestützt auf Art. 52 AHVG zu entgehen. Er sei bloss formell Geschäftsführer, tatsächlich jedoch dem Alleineigentümer der GmbH subordiniert gewesen. So habe er trotz wiederholter Anfrage nie Einsicht in die Geschäftsbücher erhalten. Auch die Umstände, dass das Konkursgericht ihm seine Lohnforderungen als privilegierte Forderung in die erste Klasse kolloziert habe und nur der Alleineigentümer Gegenstand einer strafrechtlichen Untersuchung wegen krasser Misswirtschaft sei, würden für das Unverschulden des Geschäftsführers sprechen.⁴⁰ Das Gericht folgte dieser Argumentationslinie jedoch nicht. Es hielt fest, dass das Verschulden nach einem objektiven Massstab gemessen wird. Die Vorsicht, die in den eigenen Angelegenheiten angewandt werde, genüge für eine Exkulpation nicht. Ebenso sei subjektives Unvermögen unbeachtlich. Subjektives Unvermögen könne vielmehr ein Übernahmeverschulden begründen, für das sich ein Geschäftsführer ebenso verantworten müsse.⁴¹ Auch ein etwaiges Subordinationsverhältnis zum Alleineigentümer wirke sich nicht entlastend aus.⁴² Das Gericht wies auch eine mögliche strafrechtliche Verurteilung des Alleineigentümers als Entlastungsgrund ab, sei doch nicht ersichtlich, inwiefern das strafbare Verhalten des Alleineigentümers den Gesellschafter von seinen gesellschaftsrechtlichen Pflichten enthebe.⁴³ Könne ein Geschäftsführer seine gesellschaftsrechtli-

³⁶ BGer 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017, E. 7.2.

³⁷ BGer 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017, E. 7.3.1.

³⁸ BGer 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017, E. 7.3.4.

³⁹ VersGer SG AHV 2015/27 vom 10. März 2017.

⁴⁰ VersGer SG AHV 2015/27 vom 10. März 2017, E. 2.2 und 2.5.

⁴¹ VersGer SG AHV 2015/27 vom 10. März 2017, E. 2.3.

⁴² VersGer SG AHV 2015/27 vom 10. März 2017, E. 2.4 mit Hinweis auf BGer 9C_66/2016 vom 10. August 2016, E. 5.5.

⁴³ VersGer SG AHV 2015/27 vom 10. März 2017, E. 2.5.

chen Pflichten nicht nachkommen, so müsse er vielmehr von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen, ansonsten mache er sich verantwortlich.⁴⁴

g) Aufrechterhaltung des Handelsregistereintrags

Gemäss Art. 155 Abs. 1 HRegV muss das Handelsregisteramt die obersten Leitungsorgane der Gesellschaft auffordern, innert 30 Tagen die Löschung einer Gesellschaft anzumelden oder mitzuteilen, dass die Eintragung aufrechterhalten bleiben soll, wenn eine Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit und keine verwertbaren Aktiven mehr hat. Verstreicht diese Frist unbenutzt, muss das Handelsregisteramt gemäss Art. 155 Abs. 2 HRegV dieselbe Aufforderung im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizieren. Wird innert 30 Tagen seit der Publikation ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend gemacht, so überweist das Handelsregisteramt gemäss Art. 155 Abs. 4 HRegV die Angelegenheit dem Zivilgericht zum Entscheid gemäss Art. 938a OR.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich musste entscheiden, ob das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die einschlägigen Verfahrensvorschriften eingehalten hat.⁴⁵ Das Verwaltungsgericht stellt fest, dass das Handelsregisteramt sowohl die Aufforderung an die obersten Leitungsorgane der Gesellschaft als auch die anschliessende Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt verfahrensgetreu vorgenommen hat. Die Aufforderung an die obersten Leitungsorgane der Gesellschaft habe nicht an deren Privatadresse zu erfolgen, sondern es sei das "Organ" am eingetragenen Domizil anzuschreiben. Allerdings blieb die Löschung nicht unwidersprochen. Am 13./14. Oktober 2016 ging beim Handelsregisteramt die Mitteilung des einzelzeichnungsberechtigten Gesellschafters ein, dass die Gesellschaft sowohl über Aktiven als auch über eine Geschäftstätigkeit verfüge. Diese Mitteilung erfolgte allerdings erst nach Ablauf der 30-tägigen Frist nach Aufforderung gemäss Art. 155 Abs. 1 HRegV.⁴⁶

Das Verwaltungsgericht qualifiziert in einem ersten Schritt die Fristen gemäss Art. 155 HRegV und kommt zum Schluss, dass die 30-Tagefrist der obersten Leitungsorgane der Gesellschaft eine gesetzliche (sic!) Verwirkungsfrist darstelle. Meldet sich das oberste Leitungsorgan der Gesellschaft erst nach Fristablauf, ist es nicht mehr zu hören. Demgegenüber seien die übrigen Fristen von Art. 155 Abs. 2 f. HRegV infolge fehlender Verwirkungsfolgen bloss Ordnungsfristen. Folglich müsse von einer Löschung bei Interessensbekundungen gemäss Art. 938a Abs. 2 OR bzw. Art. 155 Abs. 2 ff. HRegV der Gesellschafter oder Gläubiger abgesehen und der Fall an das

⁴⁴ VersGer SG AHV 2015/27 vom 10. März 2017, E. 2.3.

⁴⁵ VGer ZH VB.2016.00735 vom 8. März 2017.

⁴⁶ VGer ZH VB.2016.00735 vom 8. März 2017, E. 3.3.

zuständige Zivilgericht überwiesen werden. Insofern hätte das Handelsregisteramt Zürich die Sache dem Zivilgericht überweisen müssen.⁴⁷

Das Verwaltungsgericht setzte allerdings für die Überweisung ans Gericht gemäss Art. 938a Abs. 2 OR bzw. Art. 155 Abs. 4 HRegV ein glaubhaft dargelegtes Interesse voraus. Blosser Behauptungen seien nicht ausreichend, es müsse vielmehr plausibel dargetan werden, dass die Gesellschaft weiterhin eine Geschäftstätigkeit aufweise oder Aktiven besitze. Diesen Anforderungen genüge die Mitteilung der Gesellschaft mangels einschlägiger Belege nicht.⁴⁸ Deshalb sei der Weg der Wiedereintragung bei den Zivilgerichten zu beantragen.⁴⁹ Wäre das Verwaltungsgericht zum Schluss gekommen, dass das Handelsregisteramt nicht verfahrenskonform vorgegangen ist, so hätte die betroffene Rechtseinheit ohne weiteres Verfahren wieder in das Handelsregister eingetragen werden müssen.⁵⁰

Der Entscheid ist sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis besorgniserregend. Das Verwaltungsgericht begründet mit keinem Wort die Abweichung vom klaren Gesetzeswortlaut, der ein Glaubhaftmachen eines Interesses nicht vorsieht. Mit der Einführung des Beweismasses des "Glaubhaftmachens" eines Interesses wird ferner auf das Gerichtsverfahren vorgegriffen und dem Handelsregisteramt, einer Verwaltungsbehörde, den Entscheid eingeräumt, einer Überweisung gemäss Art. 938a OR bzw. bzw. Art. 155 Abs. 4 HRegV nachzukommen oder nicht.

2. *Übriges Gesellschaftsrecht*

a) *Einfache Gesellschaft*

i. *Einfache Gesellschaft als Partei*

Das Kantonsgericht Genf lehnte die Ansprüche des Klägers A wegen mangelnder Aktivlegitimation ab.⁵¹ A, F und B waren Partner einer Anwaltskanzlei in Genf. Im Mai 2010 kündigten B und weitere fünf Partner ihr Ausscheiden per Ende Jahr an. A und F entschieden sich demgegenüber, die Anwaltskanzlei weiterzuführen.

Im Juli 2010 schlossen A, F und B einen Vertrag über die Gründung einer einfachen Gesellschaft ab. Der Vertrag regelte die Zusammenarbeit der Vertragsparteien. Gemäss Vertrag sollte die von A und F gehaltene E AG, die bisher die Abteilung Gesellschaftsrecht der in Auflösung begriffenen Anwaltskanzlei führte, auch auf B übertragen werden. Aus ungeklärten Gründen konnte die E AG anschliessend doch nicht verwendet werden, weshalb B die K GmbH mit einem Stammkapital von CHF 21'000

⁴⁷ VGer ZH VB.2016.00735 vom 8. März 2017, E. 3.4.

⁴⁸ VGer ZH VB.2016.00735 vom 8. März 2017, E. 3.5.

⁴⁹ VGer ZH VB.2016.00735 vom 8. März 2017, E. 3.6.

⁵⁰ VGer ZH VB.2016.00735 vom 8. März 2017, E. 1.1.

⁵¹ KGer GE ACJC/273/2017 vom 10. März 2017.

gründete. A war der Ansicht, dass ihm ein Drittel der K GmbH zustünde. Als sich B zur Übertragung der Anteile auf A weigerte, klagte A gegen B auf Schadenersatz. F nahm am Verfahren nicht teil und verweigerte sich, ihre vertraglichen Ansprüche gegen B an A abzutreten.

Aktivlegitimiert sind nur alle einfachen Gesellschafter gemeinschaftlich, sofern ihnen mangels anderer Abrede das Vermögen der einfachen Gesellschaft gemäss Art. 544 Abs. 1 OR gemeinschaftlich zukommt (Art. 70 Abs. 1 ZPO).⁵² Das Kantonsgericht musste die Frage beurteilen, ob A und F den Vertrag mit B als einfache Gesellschaft abgeschlossen haben. Es bejahte das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft zwischen A und F, weil erstens die beiden den Entschluss der Weiterführung der Anwaltskanzlei gefasst hätten und zweitens mit der Übertragung der E AG der Kundenstamm der in Auflösung begriffenen Anwaltskanzlei in die neue Anwaltskanzlei eingebracht worden wäre, wozu A allein gar nicht in der Lage war, sondern nur zusammen mit F darüber Verfügungsberechtigt gewesen war.⁵³

ii. Auflösung und Liquidation

Das Bundesgericht musste entscheiden, ob die Unfähigkeit eines einfachen Gesellschafters, in derselben Praxis wie der andere einfache Gesellschafter zu arbeiten, eine nachträgliche Unmöglichkeit darstelle, die eine Auflösung der einfachen Gesellschaft nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR rechtfertige.⁵⁴ Das Bundesgericht sah keine nachträgliche Unmöglichkeit in diesem Sinne als gegeben an, auch wenn es eine nachträgliche subjektive Unmöglichkeit für eine Auflösung gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR als ausreichend erkannte.⁵⁵ Im zu beurteilenden Fall spielte jedoch die Arbeitsfähigkeit keine Rolle, weil der Zweck der Praxisgemeinschaft in der gemeinsamen Tragung der Betriebskosten lag und nicht in der gemeinsamen Leistungserbringung. Die Arbeitsleistung der einzelnen einfachen Gesellschafter sei für die Zweckerreichung nicht massgebend.⁵⁶ Das Bundesgericht begründete dieses Auslegungsergebnis auch mit dem vereinbarten jederzeitigen Kündigungsrecht mit Kündigungsfrist von einem Jahr, das selbst bei Ableben eines einfachen Gesellschafters zur Anwendung komme.⁵⁷

In einem anderen Fall stellte sich die Frage, wie die Liquidation einer einfachen Gesellschaft durchzuführen sei. Der Eigentümer X eines Landwirtschaftsbetriebs und B. schlossen einen Gesellschaftsvertrag über die Führung des Landwirtschaftsbetriebs der eine Regelung über die Verteilung des Gewinns enthielt. Gemäss dieser Regelung sei der Gewinn nach Massgabe der erbrachten Arbeitsleistung zu verteilen. Die Gesellschaft wurde aufgelöst, nachdem der Eigentümer des Landwirtschaftsbetriebs sich

⁵² KGer GE ACJC/273/2017 vom 10. März 2017, E. 3.2.

⁵³ KGer GE ACJC/273/2017 vom 10. März 2017, E. 3.4.

⁵⁴ BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017.

⁵⁵ BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017, E. 3.3.2.

⁵⁶ BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017, E. 3.4.

⁵⁷ BGer 4A_426/2016 vom 10. Januar 2017, E. 3.5.

immer mehr zurückgezogen hatte. Während der Liquidationsphase wurde dem Eigentümer X die Führung des Landwirtschaftsbetriebs gerichtlich untersagt. Erst fünf Jahre später verliess B den Landwirtschaftsbetrieb. Umstritten war die Frage nach der Verteilung des Gesellschaftsvermögens.⁵⁸ Das Bundesgericht entschied, dass die genannte Gewinnverteilungsregel auch im Rahmen der Liquidation zur Anwendung komme anstatt der Regelung von Art. 549 Abs. 1 OR, nach der das verbleibende Gesellschaftsvermögen unter den Gesellschaftern zu verteilen sei. Art. 549 OR sei dispositiver Natur und die Parteien hätten eine davon abweichende Regelung getroffen. Ferner hätten die Parteien während der Liquidation weiterhin im Betrieb gearbeitet, nämlich B zu 95.4 % und X zu 4.6 %, weshalb von einer Weitergeltung der Regelung vor der Liquidation ausgegangen werden könne.⁵⁹ Die Tatsache, dass X nach der Auflösung der einfachen Gesellschaft infolge des Gerichtsentscheids kaum noch im Landwirtschaftsbetrieb arbeiten konnte, liess das Bundesgericht unberücksichtigt, weil dieses Argument nicht rechtsgenügend geltend gemacht worden war.

b) Genossenschaft – Anfechtung Generalversammlungsbeschluss

Das Bundesgericht wies die Beschwerde bezüglich unentgeltlicher Rechtspflege im Rahmen der Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses einer Genossenschaft ab.⁶⁰ Der Beschwerdeführer hatte den von der ersten Instanz (Bezirksgericht) geforderten Kostenvorschuss von CHF 428'250 nicht begleichen können und um unentgeltliche Rechtspflege ersucht. Die unentgeltliche Rechtspflege wurde dem Beschwerdeführer wegen Aussichtslosigkeit verweigert. Tatsächlich hatte der Beschwerdeführer die Anfechtungsklage nach Ablauf der Anfechtungsfrist von zwei Monaten gemäss Art. 891 Abs. 2 OR eingereicht. Die Begründung des Beschwerdeführers, wonach die Einjahresfrist gemäss Art. 31 f. OR im vorliegenden Fall gelte, weil er bei der Stimmabgabe einem Willensmangel unterlegen sei, folgten die kantonalen Gerichte nicht. Das Bundesgericht beanstandete die Begründung der "Aussichtslosigkeit" nicht.

3. Umstrukturierungsrecht – Umwandlung in eine einfache Gesellschaft

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob eine fortgesetzte Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft umgewandelt worden sei.⁶¹ Dem Entscheid lag ein Streit zwischen den Erben bezüglich der Auflösung des von den Erben zur Abwicklung des Erbgangs eröffneten Bankkontos bzw. der Verteilung des Bankkontoguthabens zugrunde. Auf dem Bankkonto wurden die im Zusammenhang mit der Verteilung des Erbguts anfallenden Ausgleichszahlungen überwiesen. Der Streit führte zu einer Auflösungsklage der einfachen Gesellschaft zwecks Liquidation des Bankkontos. Umstrit-

⁵⁸ BGer 4A_48/2017 vom 2. Juni 2017.

⁵⁹ BGer 4A_48/2017 vom 2. Juni 2017, E. 3.2.2 f.

⁶⁰ BGer 4A_203/2017 vom 27. April 2017.

⁶¹ BGer 5A_392/2017 vom 24. August 2017.

ten war die Qualifikation des Vertrags, die für die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts massgebend ist.

Das Bundesgericht hält in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung zur Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft fest, dass die Erbengemeinschaft ein Übergangsgebilde sei, das zwar der Liquidation der Erbschaft diene (Art. 602 Abs. 1 ZGB), aber durchaus darüber hinaus fortgeführt werden könne.⁶² Demgegenüber setze eine einfache Gesellschaft die vertragsmässige Bindung von mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln voraus (Art. 530 Abs. 1 OR). Voraussetzung für eine Umwandlung der Erbengemeinschaft sei deshalb eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung der Erben, die fortgesetzte Erbengemeinschaft aufzuheben und als einfache Gesellschaft weiterführen zu wollen. Eine konkludente Vereinbarung dürfe allerdings nicht leichthin angenommen werden. Das Zusammenwirken der Erben und die Bedeutung des Projekts (hier des Bankkontos) genüge nicht, um auf eine rechtsgeschäftliche Bildung zu schliessen. Die mit der Umwandlung einhergehende Zweckänderung – von der Liquidation hin zu einem weitergehenden Zweck – müsse vielmehr von allen Erben gewollt sein.⁶³ Der Beweis eines solchen Willens aller Erben konnte von den Klägern nicht rechtsgenügend erbracht werden.⁶⁴

⁶² BGer 5A_392/2017 vom 24. August 2017, E. 2.1.

⁶³ BGer 5A_392/2017 vom 24. August 2017, E. 2.2 f.

⁶⁴ BGer 5A_392/2017 vom 24. August 2017, E. 4 f.