

Wirtschaftsrecht 2023

Trends & Entwicklungen

Wirtschaftsrecht 2023

Trends & Entwicklungen

Andreas Becker, MLaw

Muriel Binder, MLaw, Informatikerin
(EFZ)

Nathan Bouvier, MLaw

Dr. Fabienne Bretscher

Lukas Brügger, M.A.

Dr. Merens Cahannes, LL.M.

Nadine Charrière, CEMS MIM, CIPP/E

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

Balthasar Denger, MLaw

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

Alexandra Garg, MLaw

Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M.

Fabian Greutert, Dipl. Steuerexperte

Dr. Valentina Hirsiger, MLaw

Mario Kumschick, lic. iur.

Susanne Liebel-Kotz, Dipl. Steuer-
expertin und Steuerberaterin DE

Dr. Sandra Marmy-Brändli

Dr. Manuel Meyer

Johanna Mösch, LL.M., CIPP/E

Dr. Kaspar Projer, LL.M.

Dr. Benedikt Rutscheidt

Tanja Schmid, MLaw

Dr. Ansgar Schott, LL.M.

Dr. Martina Patricia Steiner,
Mediatorin

Christoph Stutz, Fachanwalt SAV
Arbeitsrecht, Sozialversicherungs-
Fachmann EFA

Roger Thomi, lic. iur.

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 · Genf 2023
ISBN 978-3-7255-9761-1

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Gesellschaftsrecht (Glanzmann, Meyer, Rutscheidt) (Seite 1–16)

I.	Neue Entwicklungen: Inkrafttreten der Bestimmungen des neuen Aktienrechts zum 1.1.2023.....	1
1.	Flexibilisierung der Kapitalausstattung und -verwendung	1
2.	Stärkung der Corporate Governance	2
3.	Modernisierung der Versammlungsformen	2
4.	Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln	2
5.	Formelle Erweiterung des aktienrechtlichen Sanierungsrechts	2
6.	Implementierung der VegüV	3
II.	Rechtsprechung Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)	3
1.	Einberufung der Generalversammlung	3
1.1	Grenzen bei der Geltendmachung von Mängeln in der Einberufung zur Generalversammlung	3
1.2	Gerichtliche Einberufung einer Generalversammlung... ..	4
2.	Auskunfts- und Einsichtsrecht des Gesellschafters	5
3.	Selbstkontrahieren von Verwaltungsratsmitgliedern.....	6
4.	Behebung eines Organisationsmangels	8
4.1	Auflösung der Gesellschaft	8
4.2	Ergreifung anderer geeigneter Massnahmen	9
5.	Nichtvorliegen eines Organisationsmangels	10
6.	Kompetenz zur Verteilung eines Aktivenüberschusses im aktienrechtlichen Liquidationsverfahren	11
7.	Rechtzeitigkeit einer Überschuldungsanzeige.....	12
8.	Umstrukturierungen: Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen	13
III.	Rechtsprechung übriges Gesellschaftsrecht	14
1.	Löschung einer Gesellschaft von Amtes wegen	14
2.	Zeitpunkt des Untergangs einer Kollektivgesellschaft.....	16

Kapitalmarktrecht (Courvoisier) (Seite 17–23)

I.	Gesetzgebung.....	17
1.	Offenlegung von Management-Transaktionen	17
2.	Global Depositary Receipts – Hinterlegungsscheine	17

3. Für den Kapitalmarkt wesentliche Änderungen der Aktienrechtsreform	19
II. Praxis.....	22
1. Praxis der Übernahmekommission	22
2. Praxis der Börse	23
Finanzmarktrecht (Schott, Brügger, Schmid)	(Seite 25–55)
I. Vorbemerkung	25
II. Limited Qualified Investor Fund.....	25
1. Hintergrund der Einführung in der Schweiz.....	25
2. L-QIF als neue Anlageform einer kollektiven Kapitalanlage	26
3. Keine Bewilligungs- und Genehmigungspflicht	26
4. Liberale Anlagevorschriften	27
5. Immobilienanlagen von L-QIF im Besonderen	28
6. Mindestvermögen und Liquidität (Rücknahme- und Auszahlungsansprüche)	29
7. Keine steuerliche Sonderbehandlung des L-QIF	29
III. Geldwäscherei	30
1. Gesetzliche Neuerungen.....	30
2. Krypto	31
3. Sanktionen.....	32
4. Organisation als Dreh- und Angelpunkt	33
IV. Sustainable Finance	34
1. Politische Ausgangslage	34
2. Nachhaltigkeit der Realwirtschaft.....	35
3. Transparenz – Klimawandel als Risiko für das Finanzinstitut.....	36
4. Transparenz – Schutz des Marktes und der Kunden	37
5. Greenwashing im Besonderen	37
6. Risikomanagement	38
7. Immobilienfinanzierungen	39
V. Operationelle Resilienz.....	40
1. Überblick.....	40
2. Definition der operationellen Resilienz	40
3. Zweck und Umfang	40

4. Operationelle Resilienz und Business Continuity Management	41
5. Operationelle Resilienz als Prävention	43
VI. Weitere Themen	44
1. Open Finance und Kundenschutz bei FinTech-Unternehmen	44
2. FINIG und FIDLEG	45
3. Teilrevision FinfraG.....	46
4. Datenschutz und -sicherheit.....	47
VII. Rechtsprechung.....	48
1. Urteile des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts	48
1.1 Bewilligungen.....	48
1.2 Gewähr und Berufs- und Tätigkeitsverbote.....	50
1.3 Geldwäscherei.....	53
1.4 Meldepflichten für Beteiligungen (kollektive Kapitalanlagen)	54
1.5 Sanktionen.....	54
2. FINMA-Enforcement-Entscheide 2020	54
Arbeitsrecht (Becker, Steiner)	(Seite 57–66)
I. Gesetzgebung.....	57
1. Adoptionsurlaub.....	57
2. Entsendeverordnung: Anpassung der Solidarhaftung	58
II. Rechtsprechung	58
1. Plattformarbeit: Urteile zum Fahrdienst «Uber» und Essenslieferdienst «Uber Eats».....	58
2. Ferienlohn bei unregelmässiger Tätigkeit	59
3. Der Begriff des Betriebs bei der Massenentlassung	60
4. Kündigung nach Ablauf der Probezeit.....	62
5. Kündigung kurz vor dem Eintritt ins Rentenalter	62
6. Keine missbräuchliche Kündigung wegen Freistellung.....	63
7. Besteuerung der Entschädigung für missbräuchliche Kündigung.....	64
8. Keine Kündigung zur Unzeit bei blosser Ankündigung der Vertragsbeendigung	64

9. Fristlose Kündigung wegen Nebenbeschäftigungen	64
10. Zulässigkeit von Teilklagen im Arbeitsrecht.....	66

Sozialversicherungsrecht (Stutz, Cahannes, Projer) (Seite 67–81)

I. Neue Entwicklungen.....	67
1. Inkrafttreten des Adoptionsurlaubes	67
2. Erhöhung des Taggelds bei Mutterschaftsentschädigung etc.	68
3. Verlängerung der Sonderregelung im Bereich Telearbeit/ Homeoffice.....	68
4. Anhebung der AHV/IV-Renten.....	69
5. Solidaritätsprozent in der ALV fällt weg	70
6. Sozialversicherungsabkommen mit Tunesien	70
II. Rechtsprechung	71
1. Covid-19-Verordnungen	71
1.1 Anmelde- und Beschwerdebefugnis sowie Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz in arbeitgeberähnlicher Stellung.....	71
2. AHVG/ATSG/IVG/UVG/UVV	71
2.1 Verneinung einer schweren psychischen Störung.....	71
2.2 Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen einem Unfall und psychischen Beschwerden, wenn die Frage des natürlichen Kausalzusammen- hangs offengelassen wurde	72
2.3 Ausgangspunkt für die Bemessung des Invaliden- einkommens	72
2.4 Der Kürzungstatbestand des Versicherten.....	72
2.5 Auslösung der Verwirkungsfrist bei unrechtmässig bezogenen Rentenleistungen	73
2.6 Befangenheit eines Sachverständigen im Bereich der Unfallversicherung.....	73
2.7 Festsetzung von AHV-Beiträgen nach einem Nachsteuerverfahren.....	74
2.8 Anpassung des versicherten Verdienstes bei verzö- gertem Rentenbeginn in der freiwilligen Versicherung... ..	74
2.9 Beurteilung der Adäquanz von organisch nicht hinreichend nachweisbaren Beschwerden nach einem Blitzenfall	75

2.10	Verweigerung der Kostenübernahme von erbrachten Leistungen	75
2.11	Zumutbarkeit der Selbsteingliederung bei rückwirkend befristetem und/oder abgestuftem Rentenzuspruch.....	75
2.12	Rückerstattung unrechtmässig bezogener Unfalltag-gelder durch die Arbeitgeberin.....	76
2.13	Adäquanz eines zweiten, nicht versicherten Folgeunfalls	76
2.14	Ungewöhnlichkeit bei ärztlicher Behandlung verneint ..	76
2.15	Adäquater Kausalzusammenhang bei Schreck-ereignissen.....	77
2.16	Eine KiTa-Subventionierung kann AHV-beitrags-pflichtig sein.....	77
2.17	Übernahme der invaliditätsbedingten Mehrkosten für den Besuch eines Privatschulhauses bei einem Versicherten mit Autismus-Spektrum-Störung sowie ADHS-Restsymptomen	78
2.18	Zumutbarkeit eines Stellenwechsels eines fast 59 Jahre alten, arbeitsunfähig gemeldeten Poliers (Krankentaggeld).....	78
3.	BVG.....	78
3.1	Anrechnung der AHV-Rentenleistungen bei vorzunehmender Überentschädigungsberechnung...	78
3.2	Arbeitnehmer im Haupt- und Nebenerwerb beim gleichen Arbeitgeber.....	79
3.3	Der Begriff der «Ausbildung» bei der BVG-Waisenrente	79
4.	KVG	79
4.1	Finanzierung stationärer Spitalbehandlungen bei Übergangsfällen mit Eintritt 2011 und Austritt 2012	79
4.2	Zuständigkeit für die Restfinanzierung der Pflegekosten bei Aufenthalt im Pflegeheim.....	80
4.3	Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung eines unechten Grenzgängers	80
5.	EOG/EOV	81
5.1	Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung einer Nationalrätin.....	81
5.2	Berechnung der Erwerbsausfallentschädigung anhand des ortsüblichen Anfangslohns im betreffenden Beruf ..	81

**Steuerrecht (Kumschick, Bouvier, Denger, Garg,
Greutert, Liebel-Kotz) (Seite 83–95)**

I. Gesetzgebung / Praxis	83
1. Kreisschreiben Nr. 5a Umstrukturierungen	83
1.1 Hintergrund und Generelles.....	83
1.2 Die wichtigsten generellen Inhalte.....	83
II. Rechtsprechung	87
1. M&A-Berater als Effektenhändler für die Umsatzabgabe	87
2. Gewinn aus dem Verkauf von eigenen Aktien.....	88
3. Gewährung des Beteiligungsabzugs bei Teilveräusserungen ..	89
4. Übertragung auf Anlagestiftung.....	90
5. Handänderungssteuer bei Wechsel der Fondsleitung.....	91
III. Ausblick.....	93
1. Neuregelung des Meldeverfahrens im Konzern.....	93
2. Stand des Zwei-Säulen-Projekts der OECD	94

**Immaterialgüterrecht
(Bretscher, Charrière, Marmy-Brändli) (Seite 97–107)**

I. Neue Entwicklungen.....	97
II. Rechtsprechung	98
1. Urheberrecht.....	98
1.1 Urheberrechtlicher Schutz eines Grills in Form eines Feuerrings	98
1.2 Urheberrechtsverletzung durch Publikation eines paraphrasierten Artikels	100
2. Markenrecht	102
2.1 Schutzbereich von durchgesetzten Ortsbezeichnungen ..	102
2.2 Umfassender Markenschutz für den Lindt-Goldhasen in der Schweiz	103
3. Lauterkeitsrecht	105

Wettbewerbsrecht (Thomi) (Seite 109–114)

I. Neue Entwicklungen.....	109
1. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen	109
1.1 Gesetzgebung.....	109
a) Revision Vertikalbekanntmachung	109

b) Relative Marktmacht	110
1.2 Neue WEKO-Präsidentin.....	110
2. Unlauterer Wettbewerb.....	111
2.1 Gesetzgebung gegen Geoblocking.....	111
2.2 Gesetzgebung gegen Paritätsklauseln bei Buchungsplattformen	111
II. Rechtsprechung	112
1. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen	112
1.1 Wettbewerbsabreden	112
a) Französischsprachige Bücher.....	112
b) ASCOPA-Informationsaustausch	112
1.2 Missbräuche marktbeherrschender Stellung	113
1.3 Missbräuche relativer Marktmacht	114
2. Unlauterer Wettbewerb.....	114
 Vertragsrecht (Hirsiger)	 (Seite 115–126)
I. Gesetzgebung.....	115
II. Rechtsprechung	115
1. Abschluss und Auflösung von Verträgen.....	115
1.1 Auflösung eines gemischten Vertrags.....	115
1.2 Konkludenter Abschluss eines Maklervertrags	117
2. Makler- und Vertriebsvertragsrecht	118
2.1 Vermittlungsprovision aus Immobilienmaklervertrag ...	118
2.2 Essentialia des Alleinvertriebsvertrags	119
3. Auftragsrecht	120
3.1 Haftungs- statt Erfüllungsklage gegen Bank	120
3.2 Verjährung von Retrozessionen.....	122
4. Werk- und Kaufvertragsrecht.....	124
4.1 Unrichtige Wohnfläche als Mangel	124
4.2 Direktanspruch des Subunternehmers gegen die Bauherrin.....	125
 Datenschutzrecht (Binder, Charrière, Mösch)	 (Seite 127–136)
I. Neue Entwicklungen.....	127
1. Revision des Bundesdatenschutzgesetzes	127
1.1 Überblick	127

1.2	Änderungen durch das nDSG und die nDSV	128
a)	Neue Governance-Pflichten	128
b)	Weitere neu eingeführte Ähnlichkeiten mit der Datenschutz-Grundverordnung.....	129
c)	Änderungen gegenüber dem geltenden DSG	129
d)	Hauptunterschiede zur DSGVO	130
1.3	Übergangsbestimmungen und erforderliche Massnahmen.....	131
2.	Übrige interessante Entwicklungen: Kritik am risikobasierten Ansatz	131
II.	Rechtsprechung	132
1.	Relevante Entscheide in Sachen Datenschutz.....	132
1.1	Kein vorsorgliches Verbot betreffend die geplante Verwendung von Public Clouds des Bundes.....	132
2.	Weitere relevante Entscheide.....	133
2.1	Verhältnis der Rechtsbehelfe von Art. 28 ZGB und Art. 3 UWG; öffentliches Informationsinteresse	133
2.2	Zulässigkeit von Cold Calls.....	134

Schiedsgerichtsbarkeit (Frick, Bretscher) (Seite 137–148)

I.	Gesetzgebung.....	137
1.	Statutarische Schiedsklauseln gemäss neuem Gesellschaftsrecht	137
2.	Schiedsregeln und Schiedsinstitutionen.....	138
II.	Rechtsprechung	139
1.	Schweizerisches Bundesgericht verneint Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs wegen fehlender Solidarhaftung des Schuldners	139
2.	Keine Vollstreckung eines am Ort des Schiedsverfahrens aufgehobenen Schiedsspruchs nach dem New Yorker Übereinkommen	141
3.	Gültige Schiedsklausel in einem nicht unterzeichneten Vertrag.....	142
4.	Keine Revision des Schiedsspruchs aufgrund nachträglicher Tatsachen.....	143
5.	Keine Abberufung eines häufig beteiligten Schiedsrichters....	144

6. Vorrang einer später vereinbarten Gerichtsstandsklausel gegenüber einer Schiedsklausel	145
7. Revision und Nachforschungspflicht der Parteien bei möglichen Interessenskonflikten von Schiedsrichtern	146
8. Verspätetes Revisionsgesuch und Rechtsmittelverzicht	147

Gesellschaftsrecht

LUKAS GLANZMANN, MANUEL MEYER, BENEDIKT RUTSCHEIDT*

I. Neue Entwicklungen: Inkrafttreten der Bestimmungen des neuen Aktienrechts zum 1.1.2023

Am 1. Januar 2023 ist die Revision des Aktien- und GmbH-Rechts in Kraft getreten. Sie bringt zahlreiche Neuerungen, von denen praktisch jede AG und GmbH betroffen ist. Die nachfolgende Darstellung bietet einen Überblick, der sich allerdings auf die AG beschränkt.

1. Flexibilisierung der Kapitalausstattung und -verwendung

Liberalisiert wurden die Regelungen des Grundkapitals. Das neue Recht ermöglicht etwa die Denomination in bestimmten Fremdwährungen, entkoppelt den Nennwert von Rappenbeträgen und sieht die Einführung eines Kapitalbands vor, das die genehmigte Kapitalerhöhung ablöst und neue Möglichkeiten bei der Ausgestaltung der Eigenkapitalbasis bietet. Neben dem Aktien- und Partizipationskapital wurden auch andere Kapitalien formell wie inhaltlich angepasst, insbesondere die Struktur und Zuweisungsvorschriften der Reserven. Ferner unterscheidet das neue Recht bei der Verwendung des Eigenkapitals neu zwischen Dividenden und Rückzahlungen der Kapitalreserven. Schliesslich lässt es die Ausrichtung von Zwischendividenden zu, was bis anhin umstritten war.

2. Stärkung der Corporate Governance

Ausgebaut und differenziert wurden die Minderheitsrechte, die neue Schwellenwerte für die Mitwirkungsrechte vorsehen. Dabei unterscheiden diese regelmässig zwischen kotierten und nicht kotierten Gesellschaften. Ebenso wurden

* Bearbeitet von Prof. Dr. iur., LL.M., Lukas Glanzmann, Rechtsanwalt, Dr. Manuel Meyer, Rechtsanwalt und Dr. Benedikt Rutscheidt, Rechtsanwalt. Die Ausführungen unter "Rechtsprechung" lehnen sich stark an den Text der entsprechenden Entscheide an. Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird darauf verzichtet, wörtliche Zitate als solche zu kennzeichnen. Die Autoren danken MLaw Gwendolyn Lins und MLaw Pascal Dorier für die wertvolle Mitarbeit.

die Aktionärsrechte in mehrfacher Hinsicht gestärkt, namentlich durch Anpassungen bei der Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklage, aber auch durch die erweiterten Teilnahme- und Vertretungsmöglichkeiten sowie Protokollierungspflichten bei der Generalversammlung. Neu geregelt wurden Interessenskonflikte und Geschlechterrichtwerte bei Verwaltungsrat und Geschäftsführung. Ausserdem wurde die Abberufung der Revisionsstelle erschwert, die darüber hinaus zusätzliche Prüfaufgaben erhalten hat.

3. Modernisierung der Versammlungsformen

Ferner sieht das revidierte Aktienrecht moderne und elektronisch gestützte Möglichkeiten vor, die Generalversammlung und insbesondere die Mitwirkung daran von einem Erscheinen am Tagungsort zu lösen (mehrere Tagungsorte, hybride oder rein virtuelle Generalversammlung), wenngleich der konkrete Entscheid darüber beim Verwaltungsrat verbleibt. Neu ist auch, wie schon vorher bei der GmbH zulässig, eine schriftliche Abstimmung der Aktionäre möglich. Die Versammlungs- und Beschlussformen wurden damit jenen des Verwaltungsrats angenähert, die selbst ebenfalls leicht modifiziert wurden.

4. Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln

Seit langem umstritten und daher praktisch selten in Statuten aufzufinden waren Klauseln, welche die Zuständigkeit, gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zu beurteilen, einem Schiedsgericht zuweisen. Diese Möglichkeit wurde nun zugunsten von Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz explizit verankert.¹

5. Formelle Erweiterung des aktienrechtlichen Sanierungsrechts

Anpassungen gab es ferner bei den aktienrechtlichen Sanierungstatbeständen. Während der Kapitalverlust und die Überschuldung primär detaillierter geregelt und inhaltlich nur punktuell verändert wurden, ist die Überwachung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft nun als explizite Pflicht des Verwaltungsrats hinzugekommen. Weggefallen ist hingegen die praktisch wenig bedeutende Möglichkeit des Konkursaufschubs.

¹ Siehe dazu hinten Seite 137 (Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel I.1. "Statutarische Schiedsklauseln gemäss neuem Gesellschaftsrecht").

6. Implementierung der VegüV

Schliesslich konnten im Zuge der Aktienrechtsrevision auch die VegüV-Bestimmungen in das Gesetz überführt werden. Inhaltliche Neuerungen sind damit kaum verbunden.

II. Rechtsprechung Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)

1. Einberufung der Generalversammlung

1.1 Grenzen bei der Geltendmachung von Mängeln in der Einberufung zur Generalversammlung

Das Bundesgericht beurteilt in einem Urteil, das in der amtlichen Sammlung nicht publiziert wurde, verschiedene Rügen eines Aktionärs im Zusammenhang mit der Einberufung zu einer ordentlichen Generalversammlung.² Der gesuchstellende Aktionär hält eine Beteiligung von 36.67% an der Gesellschaft und verlangte vor dem Handelsgericht Zürich die Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung. Die Gesellschaft verschickte nach Anhängigmachung des Begehrens die Einladung zur ordentlichen Generalversammlung, woraufhin die Vorinstanz das Verfahren als gegenstandslos abschrieb.

Vor Bundesgericht war insbesondere strittig, ob das Verfahren durch den Versand der GV-Einladung gegenstandslos geworden ist. Der beschwerdeführende Aktionär bestritt dies mit der Begründung, dass in der verschickten Einladung entgegen den Statuten und dem Gesetz seine Traktanden nur unvollständig und seine Anträge überhaupt nicht aufgeführt worden seien.³ Das Bundesgericht stützt jedoch den Entscheid der Vorinstanz.

Hinsichtlich der nicht aufgenommenen Traktanden (bspw. "Lagebericht 2020", "Konzernrechnung 2020" und "Bericht Revisionsstelle") ist das Bundesgericht der Auffassung, dass diese insbesondere aufgrund des bestehenden "Opting-Out" für die opponierende Gesellschaft nicht anwendbar seien. Ein Traktandie-

² BGer 4A_441/2021 v. 28.12.2021.

³ Zum Ganzen vgl. BGer 4A_441/2021 v. 28.12.2021, Sachverhalt C.

rungsbegehren, das Unmögliche bzw. Nichtexistierendes verlange, könne nicht ein im Übrigen gegenstandslos gewordenes Einberufungsgesuch rechtfertigen.⁴

Bezüglich der nicht bekanntgegebenen Anträge vertritt das Bundesgericht die Ansicht, dass das Informationsbedürfnis der Aktionäre gleichwohl erfüllt sei, da sämtliche Aktionäre (ausser der beschwerdeführende Aktionär selbst) gleichzeitig dem Verwaltungsrat der Gesellschaft angehörten und ihnen diese mit dem Gesuch zur Kenntnis gebracht worden seien.⁵

1.2 Gerichtliche Einberufung einer Generalversammlung

Das Bundesgericht prüft in zwei nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheiden die Voraussetzungen zur gerichtlichen Einberufung einer Generalversammlung gemäss Art. 699 Abs. 3 und 4 aOR. In beiden Entscheiden geht es um die Frage, ob die Aktionärsstellung rechtsgenügend nachgewiesen wurde.

Im ersten Entscheid⁶ belegte die gesuchstellende Aktionärin ihre Stellung mit der Kopie eines Aktienzertifikats sowie eines Verrechnungssteuerformulars, das die beiden einzigen Verwaltungsratsmitglieder namens der Gesellschaft im Rahmen einer Dividendenausschüttung ausgefüllt hatten und das bestätigte, dass die Gesuchstellerin 60% des Aktienkapitals vertritt.⁷ Das Bundesgericht schloss sich dem vorinstanzlichen Gericht an, das es als nicht nachvollziehbar erachtete, dass die beiden Verwaltungsratsmitglieder das besagte Steuerformular unterzeichnet hätten, wenn sie mit dem Inhalt nicht einverstanden gewesen seien. Aus diesem Formular lasse sich die Anerkennung ableiten, dass die Gesuchstellerin Inhaberin von 60% des Aktienkapitals wurde.⁸ Sie habe daher ihre Aktionärsstellung ausreichend belegt.

Im zweiten Entscheid hat das Bundesgericht die Glaubhaftmachung der Einberufungsvoraussetzungen ebenso bejaht.⁹ Fraglich war, ob ein Testament, in dem der Erblasser Aktien an seine Kinder überträgt, sowie eine Absichtserklärung zur Aktienübertragung den Anforderungen an die Glaubhaftmachung genügt. Dem entgegenstehende Angaben in der Steuererklärung des Erblassers vermoch-

⁴ BGer 4A_441/2021 v. 28.12.2021, E. 1.3.

⁵ BGer 4A_441/2021 v. 28.12.2021, E. 1.6.

⁶ BGer 4A_558/2021 v. 28.02.2022.

⁷ Zum Ganzen BGer 4A_558/2021 v. 28.02.2022, Sachverhalt A-B.

⁸ BGer 4A_588/2021 v. 28.02.2022, E. 5.2.

⁹ BGer 4A_335/2022 v. 19.12.2022.

ten dies nach Ansicht des Bundesgerichts nicht zu erschüttern.¹⁰ Da die Glaubhaftmachung der Aktionärserschaft dabei nur provisorisch festgestellt werde, sei aber nicht ausgeschlossen, dass ein Gericht bei der Beurteilung einer späteren Anfechtungsklage in dieser Sache zu einem anderen Ergebnis kommt.¹¹

2. Auskunfts- und Einsichtsrecht des Gesellschafters

In der Berichtsperiode erschienen zwei kantonale Urteile über das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Gesellschafters einer GmbH, das sich vom Umfang her von demjenigen des Aktionärs unterscheidet.

Das erste Urteil erging vom Handelsgericht Zürich.¹² Diesem Urteil liegt ein Auskunfts- und Einsichtsgesuch eines Gesellschafters einer GmbH ohne Revisionsstelle zu Grunde. Der gesuchstellende Gesellschafter verlangte Einsicht in monatliche Bankauszüge, sämtliche Verträge der GmbH mit ihren Organen, Mitarbeitern und Dritten, Lohnausweise aller Mitarbeiter, Abrechnung und Zahlungsbestätigungen betreffend Bezahlung aller Sozialversicherungsbeiträge, Korrespondenz betreffend allfällige Streitigkeiten aus Leasinggeschäften, Protokolle aller Geschäftsführersichtungen und Gesellschafterversammlungen, Geschäftsabschlüsse und Steuererklärungen, jeweils für bestimmte Zeitperioden. Das Handelsgericht Zürich lässt das Gesuch vollumfänglich mit folgender Begründung zu:¹³ Gemäss Art. 802 Abs. 2 OR könnten Gesellschafter einer GmbH uneingeschränkt in die Bücher und Akten der Gesellschaft Einsicht nehmen, sofern die GmbH keine Revisionsstelle habe. Ein berechtigtes Interesse wie der Aktionär bei der AG oder wie bei einer GmbH mit Revisionsstelle müsse der Gesellschafter in diesem Fall weder geltend machen noch beweisen. Vorausgesetzt werde einzig ein Rechtsschutzinteresse des gesuchstellenden Gesellschafters. Dieses sei nach Ansicht des Handelsgerichts Zürich bereits gegeben, wenn der gesuchstellende Gesellschafter sein Auskunfts- und Einsichtsrecht gegenüber den Geschäftsführern erfolglos geltend gemacht hat. Ein Entscheid der Gesellschafterversammlung werde nicht vorausgesetzt.¹⁴

Das zweite Urteil erging vom Obergericht des Kantons Zug.¹⁵ Auch bei diesem Urteil ging es um das Auskunfts- und Einsichtsbegehren eines Gesellschafters

¹⁰ BGer 4A_335/2022 v. 19.12.2022, E. 3.3.

¹¹ BGer 4A_335/2022 v. 19.12.2022, E. 3.

¹² HGer ZH HE210111-O v. 20.08.2021.

¹³ HGer ZH HE210111-O v. 20.08.2021, E. 4.3.

¹⁴ HGer ZH HE210111-O v. 20.08.2021, E. 4.2.

¹⁵ OGer ZG Z2 2020 47 v. 19.10.2021.

einer GmbH. Der Gesellschafter reichte am 7. Juni 2019 beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug ein Gesuch um Auskunft und Einsicht ein. Im Anschluss daran wurde der gesuchstellende Gesellschafter von der GmbH als Gesellschafter ausgeschlossen. Der Ausschluss wurde am 14. April 2020 vom Bundesgericht bestätigt und schliesslich am 17. Juli 2020 im Handelsregister eingetragen. Mit Urteil vom 30. September 2020 wies der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug das Gesuch um Einsicht und Auskunft mit der Begründung ab, dass der gesuchstellende Gesellschafter infolge seines Ausschlusses nicht mehr Gesellschafter der GmbH und damit nicht mehr aktivlegitimiert, d.h. nicht mehr zur Einreichung eines solchen Gesuchs berechtigt gewesen sei.¹⁶ Dagegen erhob der gesuchstellende Gesellschafter Berufung beim Obergericht des Kantons Zug. Dieses lehnt die Berufung mit der gleichen Begründung ab.¹⁷ Es sei unerheblich, ob der Gesellschafter Auskunft und Einsicht noch vor Rechtskraft des Urteils über seinen Ausschluss verlange und dann erst zu einem späteren Zeitpunkt ausgeschlossen werde. Denn die Gesellschaftereigenschaft sei eine Komponente der Aktivlegitimation, die eine materiellrechtliche Voraussetzung eines bundesrechtlichen Anspruchs darstelle. Sie müsse daher im Zeitpunkt des richterlichen Entscheids noch gegeben sein.¹⁸ Das Obergericht des Kantons Zug geht sogar einen Schritt weiter, wenn es bestimmt, dass der Ausschluss nicht erst mit der Übertragung der Stammanteile des ausgeschlossenen Gesellschafters rechtskräftig sei, sondern schon mit dem rechtskräftigen Entscheid über den Ausschluss, also noch vor der Übertragung der Stammanteile durch den ausgeschlossenen Gesellschafter.¹⁹ Letzteres ist in der Lehre umstritten. Dies ändert jedoch den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht, da der gesuchstellende Gesellschafter im Zeitpunkt des Urteils des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug bereits als Gesellschafter der GmbH aus dem Handelsregister gelöscht worden war.

3. Selbstkontrahieren von Verwaltungsratsmitgliedern

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid beurteilt das Bundesgericht eine mutmassliche Umgehung des Selbstkontrahierungsverbots.²⁰ Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine kotierte Aktiengesellschaft, deren Aktionariat und Verwaltungsrat einen Machtkampf austrugen, fand sich in einem Organisationsmangel wieder, da sie

¹⁶ OGer ZG Z2 2020 47 v. 19.10.2021, Sachverhalt und E. 4.3.

¹⁷ OGer ZG Z2 2020 47 v. 19.10.2021, E. 4.3.

¹⁸ OGer ZG Z2 2020 47 v. 19.10.2021, E. 4.1.

¹⁹ OGer ZG Z2 2020 47 v. 19.10.2021, E. 4.1.

²⁰ BGer 4A_488/2021 v. 04.03.2022.

anstelle der statutarisch mindestens vorausgesetzten drei Verwaltungsratsmitglieder nach diversen Abwahlen und einem Rücktritt nur noch über zwei Mitglieder verfügte. Im Bewusstsein über diesen Mangel hielten die beiden verbliebenen Mitglieder eine Verwaltungsratssitzung ab, in der sie dem als CEO amtierenden Direktor eine ausserordentliche und ausschliessliche Vollmacht ausstellten, einen Arbeits- und Mandatsvertrag seitens der Gesellschaft mitzuunterzeichnen, den diese mit dem beschwerdeführenden Verwaltungsratsmitglied abschliessen sollte. Im Anschluss daran fand eine ausserordentliche Generalversammlung statt, die weitere Verwaltungsratsmitglieder in das Gremium wählte, woraufhin Streit über diesen Arbeits- und Mandatsvertrag entbrannte, dessen Gültigkeit mitunter aufgrund des Selbstkontrahierens in Frage gestellt wurde.²¹

In allgemeiner Hinsicht hält das Bundesgericht zunächst fest, dass der Verwaltungsrat innerhalb allfälliger statutarischer Vorgaben für seine Vergütung zuständig sei, obwohl diese ihn selbst betreffe.²² Daraus könne es zum Abschluss eines Selbstvertrags kommen, der nach konstanter Rechtsprechung unzulässig und damit ungültig sei, vorbehaltlich zweier Ausnahmen: Entweder die Natur des Geschäfts schliesst das Risiko aus, dass der Vertretene geschädigt wird (bspw. Vorliegen von Marktbedingungen), oder der Vertretene hat das Geschäft vorab bewilligt oder nachträglich genehmigt.²³ Bei juristischen Personen werde vermutet, dass die organschaftliche Vertretungsmacht für jene Handlungen ausgeschlossen ist, die Risiken eines Interessenskonflikts bergen.²⁴ In diesen Fällen müsse die Genehmigung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ erfolgen.²⁵

Das Bundesgericht geht im vorliegenden Fall davon aus, dass der Verwaltungsrat die Sondervollmacht an den Direktor einzig deshalb ausgestellt habe, um das Verbot des Selbstkontrahierens mit dem Arbeits- und Mandatsvertrag zu umgehen.²⁶ Es betont, dass es dem beigezogenen Direktor an der nötigen hierarchischen Unabhängigkeit fehle, weshalb seine Zustimmung nicht jener eines nebengeordneten unabhängigen Organs genügen könne.²⁷ Schliesslich vermochte

²¹ Zum Ganzen BGer 4A_488/2021 v. 04.03.2022, Sachverhalt A

²² BGer 4A_488/2021 v. 04.03.2022, E. 5.3.1. Anzumerken ist, dass der Sachverhalt vor dem Inkrafttreten der VegüV liegt, die wiederum zum 1. Januar 2023 von den neuen aktienrechtlichen Bestimmungen abgelöst wurde (vgl. E. 5.2).

²³ BGer 4A_488/2021 v. 04.03.2022, E. 5.3.2.

²⁴ BGer 4A_488/2021 v. 04.03.2022, E. 5.3.2.

²⁵ BGer 4A_488/2021 v. 04.03.2022, E. 5.3.2.

²⁶ BGer 4A_488/2021 v. 04.03.2022, E. 5.4.

²⁷ BGer 4A_488/2021 v. 04.03.2022, E. 5.4.

der Verwaltungsrat nach Ansicht des Bundesgerichts nicht den praktisch schwierigen Nachweis zu erbringen, dass der Arbeits- und Mandatsvertrag marktüblichen Bedingungen entspreche und damit materiell angemessen sei.²⁸

4. Behebung eines Organisationsmangels

4.1 Auflösung der Gesellschaft

Das Bundesgericht äussert sich in einem nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheid zu möglichen Massnahmen im Rahmen eines Organisationsmangelverfahrens.²⁹ Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die C. AG und die beschwerdeführende A. GmbH hielten je 50% der Aktien einer Gesellschaft. Nachdem sämtliche Verwaltungsratsmitglieder der Gesellschaft im Handelsregister gelöscht wurden, leiteten beide Aktionärinnen unabhängig voneinander ein Gesuch betreffend Anordnung von Massnahmen nach Art. 731b OR beim zuständigen Gericht ein. Während die C. AG die Auflösung beanspruchte, zielte der Antrag der A. GmbH auf die Bestellung eines Sachverwalters ab, der insbesondere die Versteigerung der Aktien und die dafür erforderlichen Schritte vorbereiten sollte. Im vereinten Verfahren entschied das Gericht die Auflösung der Gesellschaft und ordnete ihre Liquidation an, wogegen die A. GmbH letztlich mit Beschwerde an das Bundesgericht gelangte.³⁰

Einleitend wiederholt das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Konzeption von Art. 731b OR, insbesondere zu jener des Katalogs in Abs. 1^{bis}. Die dort aufgeführten Massnahmen seien nicht abschliessend, weshalb das Gericht auch eine nicht dort typisierte Massnahme anordnen könne.³¹ Dieser vom Gesetzgeber bewusst gewährte Handlungsspielraum sei jedoch nicht ungebunden, vielmehr stünden die möglichen Massnahmen in einem Stufenverhältnis.³² Auch hier gelte das Verhältnismässigkeitsprinzip: Die Auflösung der Gesellschaft (Abs. 1^{bis} Ziff. 3) komme als *ultima ratio* nur dann in Frage, wenn keine andere, mildere Massnahme sachgerecht sei oder sich als zielführend erweise.³³ Das

²⁸ BGer 4A_488/2021 v. 04.03.2022, E. 5.5.

²⁹ BGer 4A_147/2022 v. 02.05.2022.

³⁰ Zum Ganzen BGer 4A_147/2022 v. 02.05.2022, Sachverhalt A-C.

³¹ BGer 4A_147/2022 v. 02.05.2022, E. 3.1.

³² BGer 4A_147/2022 v. 02.05.2022, E. 3.2.

³³ BGer 4A_147/2022 v. 02.05.2022, E. 3.2.

Bundesgericht lege sich, im Einklang mit seiner konstanten Rechtsprechung, bei der Beurteilung derartiger Ermessensentscheide grosse Zurückhaltung auf.³⁴

Im vorliegenden Fall kommt es zum Schluss, dass die Ermessensausübung der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist. Diese habe ihren Entscheid ausführlich begründet, eine sorgfältige Interessensabwägung vorgenommen und die Vorbringen der A. GmbH einzeln und detailliert gegenübergestellt.³⁵ Demnach hätten die Umstände, namentlich der seit über drei Jahren bestehende Organisationsmangel, die Einstellung der operativen Tätigkeit sowie fehlende Mitarbeiter, aufgezeigt, dass letztlich kein *going concern value* bestehe und die Gesellschaft faktisch bereits liquidiert sei.³⁶ Vor diesem Hintergrund sei die Versteigerung der Aktien keine geeignete Massnahme, den Organisationsmangel zu beheben.³⁷

4.2 *Ergreifung anderer geeigneter Massnahmen*

In einem anderen Entscheid, der ebenfalls nicht in der amtlichen Sammlung aufgenommen wurde, hat das Bundesgericht die gerichtliche Handhabung des Fehlens einer Revisionsstelle zu beurteilen.³⁸

Die beiden beschwerdeführenden Minderheitsaktionärinnen der am Organisationsmangel leidenden Gesellschaft hatten die Erstinstanz ersucht, das einzige Verwaltungsratsmitglied, aus dem Handelsregister zu löschen, stattdessen eigene Vertreter in den Verwaltungsrat zu bestellen und eine neue Revisionsstelle zu berufen. Die Erstinstanz wies dies ab und verpflichtete stattdessen das einzige Verwaltungsratsmitglied, eine Generalversammlung einzuberufen und durchzuführen, an der die Wahl des Verwaltungsrats sowie einer Revisionsstelle traktandiert ist. Nachdem das kantonale Obergericht diesen Entscheid bestätigt hatte, gelangten die Aktionärinnen letztlich an das Bundesgericht.³⁹

Analog und bezugnehmend auf den oben dargelegten Entscheid wiederholt das Bundesgericht einleitend seine Rechtsprechung zu Art. 731b Abs. 1^{bis} OR.⁴⁰ Es setzt sich sodann mit den Argumenten der beschwerdeführenden Aktionärinnen auseinander, die im Wesentlichen vorbrachten, bei der erkannten Massnahme

³⁴ BGer 4A_147/2022 v. 02.05.2022, E. 3.3.

³⁵ BGer 4A_147/2022 v. 02.05.2022, E. 4.

³⁶ BGer 4A_147/2022 v. 02.05.2022, E. 4.

³⁷ BGer 4A_147/2022 v. 02.05.2022, E. 4.

³⁸ BGer 4A_222/2022 v. 19.08.2022.

³⁹ BGer 4A_222/2022 v. 19.08.2022, Sachverhalt A-D.

⁴⁰ BGer 4A_222/2022 v. 19.08.2022, E. 3.

zur Mangelbeseitigung seien nicht sämtliche rechtserhebliche Interessen berücksichtigt und damit der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzt worden.⁴¹ Der Vorinstanz folgend stellt das Bundesgericht daraufhin klar, dass das Organisationsmängelverfahren nicht dazu diene, spezifische Interessen einzelner Arbeitnehmer, Gläubiger oder Aktionäre, welche sich möglicherweise gar widersprechen, abzuklären und gegeneinander abzuwägen, geschweige denn diesen zum Durchbruch zu verhelfen.⁴² Die Interessensabwägung, die das Bundesgericht diesbezüglich an anderer Stelle vorgenommen hatte, sei nur im Hinblick auf den Fortbestand bzw. die Auflösung der Gesellschaft zu berücksichtigen.⁴³

5. Nichtvorliegen eines Organisationsmangels

Im Unterschied zu den beiden vorstehenden Entscheiden hat das Bundesgericht in einem weiteren, nicht in der amtlichen Sammlung aufgenommen Urteil aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen kein Organisationsmangel vorliegt.⁴⁴

Eine Gesellschaft verfügte über drei Verwaltungsratsmitglieder, von denen zwei zugleich die einzigen Aktionäre waren. Der eine Aktionär, der nach einer umstrittenen Kapitalerhöhung über 50.5% der Aktien bzw. Stimmen verfügte, klagte sodann vor den kantonalen Instanzen gestützt auf Art. 731b OR auf Einsetzung eines unabhängigen Dritten bzw. eines Sachverwalters: Dieser solle anstelle des Verwaltungsrats die Gesellschaft vertreten, da der Verwaltungsrat aufgrund seiner Uneinigkeit nicht funktionsfähig sei; überhaupt sei unklar, wer diesem angehöre. Erschwerend komme hinzu, dass das dritte Mitglied einem Interessenskonflikt unterliege.⁴⁵

Das Bundesgericht weist diese Rügen als unbegründet zurück. Der Verwaltungsrat könne mit der Dreierkonstellation seine gesetzlichen Aufgaben erfüllen, weshalb nicht von einer dauerhaften Funktionsunfähigkeit ausgegangen werden könne.⁴⁶ Aufgrund der Tatsache, dass keine Pattsituation bestehe, sei er nach innen und aussen handlungsfähig; unterschiedliche Auffassungen darüber, wer Verwaltungsratsmitglied sei, vermögen allein keinen Organisationsmangel zu begründen.⁴⁷ Schliesslich dringt der beschwerdeführende Aktionär bzw. das

⁴¹ BGer 4A_222/2022 v. 19.08.2022, E. 5.

⁴² BGer 4A_222/2022 v. 19.08.2022, E. 5.1. (bezugnehmend auf BGE 138 III 294, E. 3.1.6).

⁴³ BGer 4A_222/2022 v. 19.08.2022, E. 5.1.

⁴⁴ BGer 4A_207/2022 v. 17.10.2022.

⁴⁵ BGer 4A_207/2022 v. 17.10.2022, E. 3.2.

⁴⁶ BGer 4A_207/2022 v. 17.10.2022, E. 3.3.1.

⁴⁷ BGer 4A_207/2022 v. 17.10.2022, E. 3.3.2.

Verwaltungsratsmitglied auch nicht mit dem Vorwurf des Interessenskonflikts durch, den auch das Bundesgericht nicht als erwiesen erachtet.⁴⁸

6. Kompetenz zur Verteilung eines Aktivenüberschusses im aktienrechtlichen Liquidationsverfahren

In einem in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil⁴⁹ beantwortet das Bundesgericht die Frage, ob das Konkursamt im aktienrechtlichen Liquidationsverfahren über die Kompetenz verfügt, einen Aktivenüberschuss zu verteilen.

Das zuständige Gericht hatte auf Grundlage von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR die Auflösung der an einem Organisationsmangel leidenden Gesellschaft verfügt und das kantonale Konkursamt mit der Liquidation betraut. Das Konkursamt hatte insbesondere die Aktionäre, die der Gesellschaft mangels Führung eines Aktienbuchs unbekannt waren, zu ermitteln, wobei es diese Aufgabe einem Treuhänder übertrug. Nachdem die beiden Aktionärinnen ermittelt werden konnten, verfügte das Konkursamt mittels Abrechnung die Verteilung des Liquidationsüberschusses im Umfang von über CHF 1.6 Mio. zugunsten der einen Aktionärin, wogegen die andere Beschwerde erhob.⁵⁰

Das Bundesgericht stellt zunächst klar, dass Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR nur die analoge Anwendung der Konkursvorschriften vorsehe. Ziel sei dabei, dass die Gesellschaft in einem organisierten System unter Kontrolle einer Behörde liquidiert werde, da aus Gläubigerschutzgründen nicht die mangelbehafteten Leitungs- und Verwaltungsorgane als Liquidatoren eingesetzt werden könnten.⁵¹

Resultiere nach Abschluss des Liquidationsverfahrens ein Aktivenüberschuss, müsse das Konkursamt diese Mittel dem Schuldner, namentlich den Gesellschaftsorganen, zurückgeben, damit diese das Verfügungsrecht über das Vermögen zurückerhielten.⁵² Sähen die Statuten keine besondere Regelung vor, müsse der Überschuss unter den Aktionären aufgeteilt werden.⁵³ Diese Befugnis liege bei den Gesellschaftsorganen und nicht beim Konkursamt; fehlen Erstere, müsse das Amt den Überschuss bei der Depositen- und Pfandkasse hinterlegen.⁵⁴ Das

⁴⁸ BGer 4A_207/2022 v. 17.10.2022, E. 3.3.4-3.3.8.

⁴⁹ BGE 148 III 194.

⁵⁰ BGE 148 III 194, Sachverhalt A.

⁵¹ BGE 148 III 194, E. 5.1.1.

⁵² BGE 148 III 194, E. 5.1.3.

⁵³ BGE 148 III 194, E. 5.1.3.

⁵⁴ BGE 148 III 194, E. 5.1.3.

Konkursamt habe mit seinem Vorgehen somit seine Kompetenz überschritten, weshalb das Bundesgericht die Beschwerde in diesem Punkt gutheisst.⁵⁵

7. Rechtzeitigkeit einer Überschuldungsanzeige

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid beurteilt das Bundesgericht insbesondere die Rechtzeitigkeit einer Überschuldungsanzeige.⁵⁶

Dem Sachverhalt liegt eine Gesellschaft zugrunde, die im Handel mit medizinischen Geräten und Implantaten tätig war. Ihr Hauptaktionär amtierte als Präsident des Verwaltungsrats. Der Hauptaktionär finanzierte die Gesellschaft bei Bedarf mit Darlehen und erhielt selbst die finanziellen Mittel von anderen Investoren. Nachdem diese Investoren gegenüber dem Hauptaktionär die Zahlungen einstellten, teilte der Hauptaktionär dem anderen, geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft mit, dass er nicht mehr imstande sei, die Gesellschaft weiter zu finanzieren. Daraufhin reichte das andere, geschäftsführende Verwaltungsratsmitglied die Überschuldungsanzeige beim Gericht ein, das (nach einiger Verzögerung) schliesslich den Konkurs über die Gesellschaft eröffnete. Die Zwischenbilanz hatte nämlich eine Überschuldung ausgewiesen, selbst unter Berücksichtigung der Rangrücktrittsvereinbarung zu den offenen Darlehensforderungen des Hauptaktionärs. Im Konkursverfahren monierte eine Gläubigerin, mit der die Gesellschaft zwei IT-Leasingverträge abgeschlossen hatte, die nach ihrer Ansicht verspätete Überschuldungsanzeige, woraufhin sie eine Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen das geschäftsführende Verwaltungsratsmitglied erhob. Nachdem sie bei den Vorinstanzen nicht durchdringen konnte, gelangt sie an das Bundesgericht. Der Hauptaktionär verzichtete, im Konkurs seine Darlehensforderungen einzugeben.⁵⁷

Das Bundesgericht konstatiert hinsichtlich des Hauptvorwurfs der Konkursverschleppung, dass es gestützt auf den festgestellten Sachverhalt keine Sorgfaltpflichtverletzung im Verhalten des Verwaltungsratsmitglieds sehe. Es habe nämlich mit der Finanzierung durch den Hauptaktionär rechnen dürfen und unmittelbar nach Ankündigung der Einstellung der Finanzierungsleistungen gehandelt, indem es beim Gericht eine Überschuldungsanzeige eingereicht hat.⁵⁸

⁵⁵ BGE 148 III 194, E. 5.2.

⁵⁶ BGer 4A_188/2022 v. 20.09.2022.

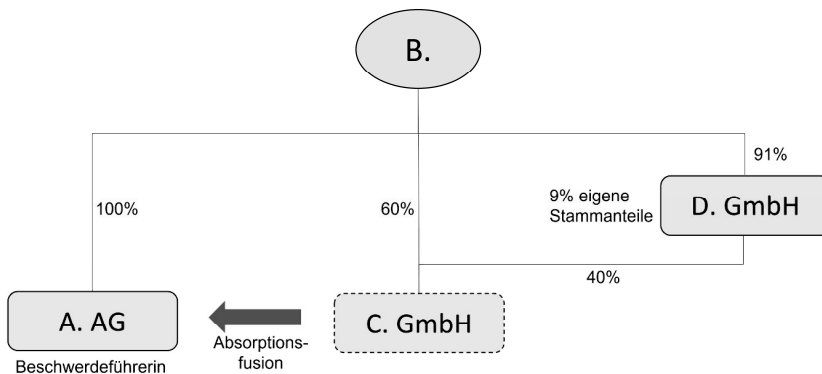
⁵⁷ Zum Ganzen BGer 4A_188/2022 v. 20.09.2022, Sachverhalt B.

⁵⁸ BGer 4A_188/2022 v. 20.09.2022, E. 5.3.

8. Umstrukturierungen: Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen

Schliesslich hat das Bundesgericht in einem amtlich publizierten Entscheid⁵⁹ erstmals zu der umstrittenen Frage Stellung bezogen, ob das erleichterte Fusionsverfahren von Art. 23 Abs. 1 Bst. b FusG (sog. "Schwesternfusion") auch bei indirekten Beteiligungsverhältnissen zur Anwendung gelangen kann.

Im konkreten Fall waren die Beteiligungsverhältnisse wie folgt:⁶⁰



Das Handelsregisteramt des Kantons Zug lehnte die Eintragung der Fusion ab mit der Begründung, die Voraussetzungen des erleichterten Verfahrens gem. Art. 23 FusG seien nicht erfüllt; dieser Entscheid wurde vom Verwaltungsgesicht des Kantons Zug gestützt.⁶¹

Einleitend bejaht das Bundesgericht zunächst die Kognition des Handelsregisteramtes, diese Voraussetzung vollumfänglich zu überprüfen.⁶² Anschliessend präsentiert es eine Gegenüberstellung des kontroversen Meinungsbilds: Während die restriktiven Vertreter (insbesondere die Handelsregisterämter) sich auf den Wortlaut stützen und eine Erweiterung auf indirekte Beteiligungsverhältnisse mit dem Argument des Gläubigerschutzes auf Ebene der zwischengeschalte-

⁵⁹ BGE 148 III 362.

⁶⁰ BGE 148 III 362, Sachverhalt A.

⁶¹ BGE 148 III 362, Sachverhalt B.

⁶² BGE 148 III 362, E. 4.

ten Gesellschaft ablehnen würden, argumentiere die mehrheitlich befürwortende Doktrin mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.⁶³ Obschon das Bundesgericht diese Argumente hört, versteht es den Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 Bst. b FusG als bewussten Entscheid des Gesetzgebers, die vereinfachte Fusion ausschliesslich bei direkten Beteiligungsverhältnissen zuzulassen.⁶⁴ Eine eigenständige Erweiterung dieser Tatbestände werde durch das fusionsrechtliche Prinzip des Numerus clausus untersagt.⁶⁵ Diese Ansicht untermauert es mit der Tatsache, dass der Gesetzgeber an anderen Stellen explizit neben direkten auch indirekte Beteiligungsverhältnisse einbeziehe, bspw. Art. 963 Abs. 2 OR, Art. 697j Abs. 2 und 3 OR sowie Art. 790a Abs. 2 OR, ferner im Finanzmarktrecht.⁶⁶ Darüber hinaus führt es das subjektiv-historische Auslegungselement ins Feld, da sich die explizite Erfassung indirekter Beteiligungen im Gesetzgebungsprozess dieser Bestimmung nicht durchsetzen konnte.⁶⁷

Im Ergebnis liege damit ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor, das für die rechtsanwendenden Behörden massgebend sei, weshalb nicht - selbst mit plausiblen Gründen - *contra legem* entschieden werden könne.⁶⁸

III. Rechtsprechung übriges Gesellschaftsrecht

1. Löschung einer Gesellschaft von Amtes wegen

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug beschäftigt sich mit der Löschung einer GmbH aus dem Handelsregister von Amtes wegen.⁶⁹ Obschon eine GmbH im Zentrum des Verfahrens liegt, gelten die darin vorgesehenen Grundsätze für sämtliche im Handelsregister eingetragenen Rechtseinheiten.

Dem Urteil liegt der Sachverhalt zu Grunde, bei dem das Handelsregisteramt auf Antrag der Steuerverwaltung des Kantons Zug eine GmbH aus dem Handelsre-

⁶³ BGE 148 III 362, E. 5.

⁶⁴ BGE 148 III 362, E. 5.2.3. u. 6 (Einleitungssatz).

⁶⁵ BGE 148 III 362, E. 6.1.

⁶⁶ BGE 148 III 362, E. 6.2.

⁶⁷ BGE 148 III 362, E. 6.2.

⁶⁸ BGE 148 III 362, E. 6.3.

⁶⁹ VGer ZG V 2021 61 v. 18.05.2022.

gister gelöscht hat. Die Steuerbehörden hatten ihren Antrag damit begründet, dass die GmbH bloss noch Verlustscheine habe.⁷⁰

Art. 934 Abs. 1 OR verpflichtet das Handelsregisteramt, Gesellschaften - unabhängig der Rechtsform - aus dem Handelsregister zu löschen, wenn diese keine Geschäftstätigkeit mehr aufweist und keine verwertbaren Aktiven mehr hat. Die Aufgabe der Geschäftstätigkeit muss endgültig sein.⁷¹ Verwertbar ist ein Aktivum dann, wenn es im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens zu barem Geld gemacht werden kann.⁷²

Das Handelsregisteramt muss das in Art. 934 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 ff. HRegV vorgesehene Verfahren einhalten. Zuerst muss es die obersten Gesellschaftsorgane der betroffenen Rechtseinheit auffordern, innert einer bestimmten Frist die Löschung der Rechtseinheit anzumelden oder darzulegen, dass eine solche nicht erforderlich ist. Erfolgt innerhalb der angesetzten Frist keine Meldung, publiziert das Handelsregisteramt einen Aufruf im Schweizerischen Handelsamtsblatt, mit dem auch weitere Betroffene, namentlich die Gesellschafter, Gläubiger und Schuldner, aufgefordert werden, innert einer bestimmten Frist ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung der Rechtseinheit schriftlich mitzuteilen. Erfolgt auch nach Ablauf dieser Frist keine Meldung, kann das Handelsregisteramt mit der Löschung der Rechtseinheit aus dem Handelsregister fortfahren. Vor der Löschung muss das Handelsregisteramt die diesbezügliche Einwilligung der Steuerbehörden des Bundes und des Kantons einholen.⁷³

Im konkreten Fall hat das zuständige Handelsregisteramt zwar das vorgesehene Verfahren befolgt, jedoch nicht die Einwilligung der Steuerbehörden des Bundes und des Kantons eingeholt. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug heisst die Beschwerde und damit das Wiedereintragungsgesuch der gelöschten GmbH gut, weil die erforderlichen Zustimmungen der Steuerbehörden im Zeitpunkt der Löschung fehlten.⁷⁴

⁷⁰ VGer ZG V 2021 61 v. 18.05.2022, Sachverhalt A.

⁷¹ VGer ZG V 2021 61 v. 18.05.2022, E. 31.

⁷² VGer ZG V 2021 61 v. 18.05.2022, E. 3.2.

⁷³ VGer ZG V 2021 61 v. 18.05.2022, E. 4.1 f.

⁷⁴ VGer ZG V 2021 61 v. 18.05.2022, E. 7.1 f.

2. Zeitpunkt des Untergangs einer Kollektivgesellschaft

Das Kantonsgericht Graubünden setzt in seinem Urteil vom 4. Oktober 2021 den Zeitpunkt des Untergangs einer Kollektivgesellschaft fest.⁷⁵ Die Frage stellt sich vor dem Hintergrund eines Gerichtsverfahrens gegen eine Kollektivgesellschaft und der zeitgleich aufgenommenen Liquidation derselben. Mit dem Untergang der Kollektivgesellschaft nach Abschluss der Liquidation kann kein Gerichtsverfahren mehr gegen diese durchgeführt werden und das Verfahren ist mit dem Untergang der Kollektivgesellschaft abzuschreiben.⁷⁶

Im Allgemeinen entsteht eine Kollektivgesellschaft erst mit dem Eintrag ins Handelsregister und geht nach Ansicht des Kantonsgerichts Graubünden infolge dessen auch erst mit der Löschung aus dem Handelsregister unter. Demgegenüber entsteht die Kollektivgesellschaft mit kaufmännischem Gewerbe schon vor dem Eintrag im Handelsregister. Entsprechend sei nach Ansicht des Kantonsgerichts Graubünden die Löschung der kaufmännischen Kollektivgesellschaft aus dem Handelsregister bloss deklaratorischer Natur. Die kaufmännische Kollektivgesellschaft gehe bereits dann unter, wenn die Gesellschafter ihr Gewerbe dauerhaft aufgeben und die Kollektivgesellschaft im Wesentlichen ("wenigstens grundsätzlich") liquidiert ist.⁷⁷ Obwohl die herrschende Lehre ebenso von einer deklaratorischen Wirkung der Löschung der kaufmännischen Kollektivgesellschaft aus dem Handelsregister ausgeht, setzt sie hinsichtlich der Voraussetzung der Liquidation höhere Massstäbe als das Kantonsgericht: Nach ihrer Ansicht muss die Kollektivgesellschaft vollständig (und nicht bloss im Wesentlichen) liquidiert worden sein.⁷⁸

⁷⁵ KGer GR ZK2 2011 18 v. 04.10.2021.

⁷⁶ KGer GR ZK2 2011 18 v. 04.10.2021, E. 3.

⁷⁷ KGer GR ZK2 2011 18 v. 04.10.2021, E. 3.

⁷⁸ Siehe BGE 135 III 370, E. 3.2.