

Wirtschaftsrecht 2022

Trends & Entwicklungen

Wirtschaftsrecht 2022

Trends & Entwicklungen

Muriel Binder, MLaw, Informatikerin (EFZ)
Andrea Bolliger, Dipl. Steuerexperte
Nadine Bosshard, CEMS MIM, CIPP/E
Nathan Bouvier, MLaw
Dr. Fabienne Bretscher
Dr. Merens Cahannes, LL.M.
Dr. Matthias Courvoisier, MSc in Finance (London Business School)
Prof. Dr. Joachim Frick, LL.M./J.S.D.
Alexandra Garg, MLaw
Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M.
Dr. Valentina Hirsiger
Susanne Liebel-Kotz, Dipl. Steuerexpertin und Steuerberaterin DE
Dr. Sandra Marmy-Brändli
Dr. Manuel Meyer
Johanna Mösch, LL.M., CIPP/E
Sylvia Polydor, LL.M.
Dr. Kaspar Projer, LL.M.
Dr. Martina Patricia Steiner
Roger Thomi
Dr. Markus Winkler

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 2022
ISBN 978-3-7255-8403-1

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Gesellschaftsrecht (Glanzmann, Meyer) (Seite 1–17)

I. Neue Entwicklungen	1
1. Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative	1
2. Grosse Aktienrechtsrevision	2
II. Rechtsprechung Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)	5
1. Restriktionen bei eigenen Kapitalanteilen	3
1.1 Rückkauf eigener Stammanteile	3
1.2 Halten von eigenen Aktien durch eine patronale Stiftung	4
2. Anspruch auf Verbriefung von Namenaktien	5
3. Verletzung der Meldepflichten des Aktionärs	6
4. Nicht-Durchführung der ordentlichen Generalversammlung innerhalb der Frist von sechs Monaten	7
4.1 Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats	8
4.2 Auswirkung auf die Amtsdauer der Verwaltungsratsmitglieder	8
5. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen	10
5.1 Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage	10
5.2 Statuarische Vorzugsdividende von Partizipationsscheinen	11
6. Auskunftsrecht des Aktionärs	12
7. Verantwortlichkeit	13
7.1 Prospekthaftung	13
III. Rechtsprechung übriges Gesellschaftsrecht	15

Kapitalmarktrecht (Courvoisier) (Seite 19–26)

I. Gesetzgebung	19
1. Ad hoc-Regeln	19
2. SPACs Standard	21
3. SPARKS Standard	24
II. Praxis	25
1. Praxis der Übernahmekommission	25
2. Praxis der Börse	26

Finanzmarktrecht (Winkler) (Seite 27–34)

I.	Neue Entwicklungen	27
1.	Gesetzgebung	27
1.1	Revision der Finanzmarktgesetze weitgehend abgeschlossen	27
1.2	Spezifische Neuerungen und punktuelle Anpassungen ...	27
1.3	Ausblick	28
2.	Verordnungen, Richtlinien und Rundschreiben	28
2.1	FINMA Risikomonitor 2021	28
2.2	Rundschreiben und Aufsichtsmitteilungen	29
II.	Rechtsprechung und Verwaltungspraxis.....	31
1.	Bundesgericht zu Falschberatung.....	31
2.	Bewilligungspraxis der FINMA.....	32
2.1	Neue Technologien.....	32
2.2	Genehmigung des ersten Schweizer «Kryptofonds».....	32
2.3	Bewilligung Börse und Zentralverwahrerin für Handel mit Token.....	33
3.	AMAS Selbstregulierung	33

Arbeitsrecht (Steiner) (Seite 35–42)

I.	Rechtsprechung	35
1.	Fristlose Kündigung bei Treuepflichtverletzung durch leitenden Arbeitnehmer	35
2.	Ungerechtfertigte fristlose Kündigung trotz Vorbereitungsarbeiten für eine neue Tätigkeit	35
3.	Ungültige Aufhebungsvereinbarung bei verspäteter fristloser Kündigung.....	36
4.	Fälligkeit der Gewinnbeteiligung bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung.....	37
5.	Suspensiv bedingte, an ungekündigtes Arbeitsverhältnis geknüpfte Bonuszahlung.....	37
6.	Relativierung der Rechtsprechung zur missbräuchlichen Alterskündigung.....	38
7.	Höhere leitende Tätigkeit i.S.v. Art. 9 ArGV 1 setzt keine Zeichnungsberechtigung im Handelsregister voraus	39
8.	Datenschutz im Arbeitsverhältnis.....	40
9.	Ersatz von Anwaltskosten des Arbeitnehmers.....	41

10. Nachvertragliche Fürsorgepflicht	41
11. Zivilprozessuale Stolpersteine bei der Teilklage	42
Sozialversicherungsrecht (Cahannes, Projer)	(Seite 43–54)
I. Neue Entwicklungen	43
1. Revision der Arbeitslosenversicherung	43
2. Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG)	44
3. Neues Sozialversicherungsabkommen mit Bosnien und Herzegowina	45
4. Brexit	45
5. AHV	46
5.1 Reform AHV 21 («Stabilisierung»)	46
5.2 Volksinitiativen zur AHV	47
5.3 Systematische Verwendung der AHV-Nummern durch Behörden	48
6. Revision der beruflichen Vorsorge	48
7. Weiterentwicklung der IV	50
II. Rechtsprechung	51
1. Covid-19-Verordnungen	51
1.1 Abschliessende Anspruchsregelung von Härtefallleistungen für Selbständigerwerbende (Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall)	51
1.2 Anspruchsbeginn für Kurzarbeitsentschädigung bei Betriebsschliessungen (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung)	51
1.3 Ferien- und Feiertagsentschädigungen im summarischen Verfahren für Kurzarbeitsentschädigungen (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung)	51
2. ATSG	52
2.1 Längere strafrechtliche Frist für Rückerstattung unrechtmässig empfangener Leistungen	52
3. AHV/IV/EO	52
3.1 Bindungswirkung des Steuerrechts bei beitragsrechtlicher Qualifikation von Vermögenswerten ..	52
3.2 Beitragspflicht auf Erträge aus Geschäftsliegenschaften bis zur Überführung ins Privatvermögen	52

3.3	Massgeblichkeit des Bundessteuerrechts für die anteils- mässige Beitragspflicht bei Mitarbeiterbeteiligungen	53
3.4	Über Switzerland GmbH ist nicht beitragspflichtig für UberPop-Fahrer.....	53
3.5	Massgeblichkeit der Gesamtumstände bei Prüfung der Beitragspflicht für Entschädigungen im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens.....	53
4.	AVIG	4
4.1	Das Führen von zu harten Lohnverhandlungen als schweres Verschulden bei der Einstellung in der Anspruchsberechtigung	54
5.	UVG.....	54
5.1	Keine Sonderregel für verunfallte Werkstudenten	54
Steuerrecht (Bolliger, Bouvier, Garg, Liebel-Kotz)		(Seite 55–67)
I.	Neue Entwicklungen	55
1.	Nationales Steuerrecht	55
1.1	Reform der Verrechnungssteuer (Stärkung des Fremdkapitalmarkts).....	55
1.2	Stand der Revision des Mehrwertsteuerrechts.....	58
1.3	Schrittweise Abschaffung der Stempelabgaben.....	59
1.4	Kreisschreiben und Merkblätter.....	59
2.	Internationales Steuerrecht.....	60
2.1	Stand der Umsetzung des Pillar One und Pillar Two der OECD	60
2.2	Verlängerung der Verständigungsvereinbarungen mit Nachbarstaaten in Zusammenhang mit COVID-19 und Betriebsstättefragen	60
II.	Rechtsprechung	61
1.	Entscheid zum Erlass der Emissionabgabe bei Sanierungen..	61
2.	Entscheid zur Altreservenpraxis der ESTV bei Verkäufen zwischen unabhängigen Dritten	62
2.1	Vorbemerkungen	62
2.2	Entscheid des Bundesgerichts 2C_80/2021 vom 29. Juli 2021	63
3.	Entscheid zum Begriff der Vermittlung bei der Umsatzabgabe	64
4.	Entscheid zur Anwendbarkeit von Art. 103 FusG auf die Handänderungssteuer im Wallis.....	66

Kennzeichenrecht (Bosshard, Polydor)	(Seite 69–74)
I. Neue Entwicklungen	69
1. Erwartete Praxisänderung des IGE per 8. März 2022 betreffend Herkunftsangaben	69
II. Rechtsprechung	70
1. Die Form der Nespresso-Kapsel ist nicht markenrechtlich schutzfähig	72
 Urheber- und Designrecht (Bretscher, Marmy-Brändli)	 (Seite 75–79)
I. Gesetzgebung	75
1. Designrecht	75
2. Urheberrecht	75
II. Rechtsprechung	76
1. Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Übertragungsanspruchs nach Art. 34 DesG	76
2. Aber bitte mit Nachweis der Rechtsübertragung!	78
 Wettbewerbsrecht (Thomi)	 (Seite 81–90)
I. Neue Entwicklungen	81
1. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen	81
1.1 Gesetzesänderungen	81
1.2 Politische Vorstösse	83
2. Unlauterer Wettbewerb	84
2.1 Gesetzesänderungen	84
2.2 Politische Vorstösse	85
II. Rechtsprechung	85
1. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen	85
1.1 Wettbewerbsabreden	85
a) Handlungsverbot nach Horizontalabrede	85
b) Preisempfehlung als abgestimmte Verhaltensweise (Vertikalabrede)	86
c) Rechtsschutz gegen Hausdurchsuchung und Beschlagnahme	87
1.2 Missbräuche marktbeherrschender Stellung	89
1.3 Unternehmenszusammenschlüsse	89
2. Unlauterer Wettbewerb	90

Vertragsrecht (Hirsiger) (Seite 91–100)

I. Gesetzgebung	91
II. Rechtsprechung	91
1. Mietrecht	91
1.1 Mieterausweisung	91
1.2 Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses.....	92
2. Maklerrecht	94
2.1 Maklerlohn trotz Sorgfaltspflichtsverletzung.....	94
2.2 Provisionsanspruch nach Beendigung des Maklerverhältnisses.....	95
3. Auftragsrecht.....	97
3.1 Rechenschaftsablage der Bank.....	97
3.2 Schaden bei gescheitertem Aktienkauf.....	98

Datenschutzrecht (Binder, Bosshard, Mösch) (Seite 101–109)

I. Neue Entwicklungen	101
1. Revision des Schweizer Datenschutzrechts.....	101
1.1 Übersicht.....	101
1.2 Wichtigste Neuerungen	102
a) Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich	102
b) Neue Governance-Pflichten	102
c) Erweiterte Auskunftspflichten	104
d) Neue Informationspflichten	105
e) Strafbestimmungen	105
II. Rechtsprechung	106
1. Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis	106
2. Spamverbot	106
3. Keine Auskunft über Daten im Gedächtnis	107
4. Rechtsmissbrauch eines Auskunftsbegehrens zur Klärung von Prozessaussichten.....	108

Schiedsgerichtsbarkeit (Bretscher, Frick) (Seite 111–123)

I. Gesetzgebung	111
II. Rechtsprechung	112
1. Ausschluss von Rechtsmitteln gegen internationale Schiedssprüche gemäss Art. 192 Abs. 1 nIPRG	112

2. Nichteintreten auf ersten Antrag auf Revision nach Artikel 190a nIPRG.....	113
3. Prozesskostenhilfe in der Sportsschiedsgerichtsbarkeit.....	115
4. Abweisung von Beweisanträgen als «fishing expedition».....	116
5. Zulässigkeit eines Teilschiedsspruchs betreffend Rückerstattung des von der Gegenseite bezahlten Kostenvorschusses	117
6. Vollstreckbarkeit eines internationalen Schiedsspruchs nach Konkurseröffnung.....	117
7. Weiterführung eines Schiedsverfahrens nach Rücktritt eines Schiedsrichters	119
8. Rechtliches Gehör und Ultra Petita	121
9. Sanktionen und Ordre Public.....	122

Gesellschaftsrecht

LUKAS GLANZMANN, MANUEL MEYER^{*}

I. Neue Entwicklungen

1. Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative

Am 1. Januar 2022 ist der indirekte Gegenvorschlag zur Volksinitiative "Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt" (Konzernverantwortungsinitiative) in Kraft getreten. Der Gegenvorschlag auferlegt Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz die Pflicht, in einem jährlich zu erstattenden Bericht über nichtfinanzielle Belange gemäss Art. 964^{ter} OR über Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption Rechenschaft abzulegen, wenn sie

- eine Gesellschaft des öffentlichen Interesses gemäss Art. 2 lit. c des Revisionsaufsichtsgesetzes sind;
- zusammen mit den von ihnen kontrollierten in- oder ausländischen Unternehmen, in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren mindestens 500 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt haben; und
- zusammen mit den von ihnen kontrollierten in- oder ausländischen Unternehmen, mindestens eine der nachstehenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschreiten: Bilanzsumme von 20 Millionen Franken und Umsatzerlös von 40 Millionen Franken (Art. 964^{bis} Abs. 1 OR).

Der Bericht ist vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft, d.h. bei der AG vom Verwaltungsrat und bei der GmbH von der

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

Geschäftsführung, zu genehmigen und zu unterzeichnen und muss zusätzlich vom Organ abgenommen werden, das für die Abnahme der Jahresrechnung zuständig ist, d.h. bei der AG von der Generalversammlung und bei der GmbH von der Gesellschafterversammlung (Art. 964^{quater} Abs. 1 OR). Nach der Genehmigung ist der Bericht elektronisch zu veröffentlichen und muss für mindestens zehn Jahre öffentlich zugänglich bleiben (Art. 964^{quater} Abs. 2 OR).

Darüber hinaus müssen sämtliche Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz Sorgfaltspflichten in der Lieferkette einhalten und darüber Bericht erstatten, wenn sie (i) Zinn, Tantal, Wolfram oder Gold enthaltende Mineralien oder Metalle aus Konflikt- und Hochrisikogebieten in den freien Verkehr der Schweiz überführen oder in der Schweiz bearbeiten oder (ii) Produkte oder Dienstleistungen anbieten, bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass sie unter Einsatz von Kinderarbeit hergestellt oder erbracht wurden (Art. 964^{quinquies} OR). Der Bericht ist vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft, d.h. bei der AG vom Verwaltungsrat und bei der GmbH von der Geschäftsführung, zu erstatten und elektronisch für zehn Jahre zu publizieren (Art. 964^{septies} OR).

Die Einhaltung dieser Vorschriften ist mit einer Busse von bis zu CHF 100'000 strafbewehrt (Art. 325^{ter} StGB).

Die neuen Vorschriften finden auf die genannten Unternehmen erstmals in dem Geschäftsjahr Anwendung, das ein Jahr nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen beginnt. Für Gesellschaften, deren Geschäftsjahr also jeweils am 1. Januar beginnt, finden diese Vorschriften erstmals auf das Geschäftsjahr 2023 Anwendung.

2. Grosse Aktienrechtsrevision

Das Parlament verabschiedete am 19. Juni 2020 einen umfangreichen Gesetzesentwurf über die Revision des Aktien- und GmbH-Rechts.¹ Diese Bestimmungen werden mehrheitlich am 1. Januar 2023 in Kraft treten. Bereits am 1. Januar 2021 ist die Bestimmung über die Vertretung der Geschlechter in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung (Art. 734f OR) in Kraft gesetzt.²

¹ AS 2020 4005.

² AS 2020 4005; vgl. Abschnitt I.2. "Neues Aktienrecht für kotierte Gesellschaften".

II. Rechtsprechung Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)

1. Restriktionen bei eigenen Kapitalanteilen

Das Bundesgericht konnte sich in der Berichtsperiode gleich zweimal mit dem Erwerb eigener Kapitalanteile durch eine AG bzw. GmbH befassen.

1.1 Rückkauf eigener Stammanteile

Im ersten, nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil, geht es um die Frage, ob die prozentmässige Beschränkung des Erwerbs eigener Stammanteile auch bei einem Rückkauf im Rahmen einer Austrittsklage Anwendung findet.³ Dem Urteil liegt der Sachverhalt zugrunde, dass ein Gesellschafter, der 45 % des Stammkapitals einer GmbH hält, eine Klage auf Austritt aus wichtigem Grund einreichte. Da offenbar ein wichtiger Grund vorlag, musste das Gericht die Frage beantworten, ob bei dieser Klage die Bestimmung von Art. 783 Abs. 2 OR ebenfalls Anwendung findet. Danach darf die Gesellschaft im Zusammenhang mit einer Übertragungsbeschränkung, einem Austritt oder einem Ausschluss eigene Stammanteile nur dann erwerben, wenn deren gesamter Nennwert 35 % des Stammkapitals nicht übersteigt.

Nach Ansicht des Bundesgerichts steht die Bestimmung von Art. 783 OR im Dienste des Gläubigerschutzes und soll namentlich die Verminderung des Haftungssubstrats der Gesellschaft verhindern.⁴ Auch habe sich der Gesetzgeber im Wissen um die Schwierigkeit des Austritts von Gesellschaftern mit bedeutenden Beteiligungsquoten bewusst für die Schwelle von 35 % eigener Stammanteile entschieden.⁵ Dies gelte unabhängig davon, dass die Gesellschaft in jedem Fall hinreichend frei verwendbares Eigenkapital haben müsse, bevor sie eine Zahlung an den austretenden Gesellschafter leiste. Die Bestimmung von Art. 783 Abs. 2 OR bilde eine zusätzliche, vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte Schranke zur Verhinderung der Aushöhlung der Gesellschaft.⁶

Das Gericht kommt deshalb zum Schluss, dass einer Klage auf Austritt aus wichtigem Grund nicht stattzugeben sei, sofern dies dazu führe, dass die

³ BGE 147 III 505.

⁴ BGE 147 III 505 E. 6. 2.1. Vgl. aber das gegenteilige Urteil unten, Ziff. II.1.2.

⁵ BGE 147 III 505 E. 6.2.3.

⁶ BGE 147 III 505 E. 6.3.

Gesellschaft eigene Stammanteile im Nennwert von über 35 % des Stammkapitals halte.⁷

1.2 Halten von eigenen Aktien durch eine patronale Stiftung

Im zweiten Urteil musste das Bundesgericht die Frage beantworten, ob eine patronale Personalfürsorgestiftung das Stimmrecht an den von ihr gehaltenen Aktien des Unternehmens ausüben dürfe oder ob dieses wie bei eigenen Aktien ruhe.⁸

Einleitend stellt das Bundesgericht fest, dass zwischen dem Erfordernis des freien Eigenkapitals und der prozentmässigen Erwerbsschwelle bzw. dem Ruhen des Stimmrechts zu unterscheiden sei. Richtigerweise hält es fest, dass es bei dem Ruhen des Stimmrechts nicht um den Kapitalschutz, sondern um die Willensbildung in der Generalversammlung gehe. Da eine Personalfürsorgestiftung eine eigenständige juristische Person sei, die einer staatlichen Aufsicht unterstehe und deren Mittelverwendung gebunden sei, sei sie nicht mit einer Tochtergesellschaft vergleichbar. Deshalb kämen die Kapitalschutzvorschriften beim Erwerb von Aktien durch eine patronale Stiftung nicht zur Anwendung.⁹

Eine andere Frage sei, ob das in Art. 659a Abs. 1 OR vorgeschriebene Ruhen des Stimmrechts Anwendung finde. Dieses bezwecke, die "Gefahr der Konzentration von Macht ohne Risiko" beim Verwaltungsrat zu verhindern. Dieser Schutzgedanke gelte unabhängig vom Erwerbsverbot: Auch wo dieses nicht greift (etwa bis zur Grenze von 10 % bzw. 20 % des Aktienkapitals), müsse die Entschlussfreiheit der Generalversammlung sichergestellt sein und seien die Stimmrechte suspendiert. Denn in der Generalversammlung übten die Aktionäre ihre Herrschaftsrechte aus und hier sollte ausschliesslich von ihnen und nicht von den Gesellschaftsorganen über die Geschicke der Gesellschaft entschieden werden. Folglich könne es auch in der vorliegenden Konstellation nicht auf die formale Trennung der Gesellschaft und der Personalfürsorgestiftung als deren Aktionärin ankommen. Entscheidend sei vielmehr das zwischen ihnen bestehende Abhängigkeitsverhältnis. Ist die Personalfürsorgestiftung derart von der Gesellschaft beherrscht, dass ihr dieser gegenüber kein selbständiger Wille zukommt, so sei der Gesellschaft die Verfügungsgewalt über die im Eigentum der Personalfürsorgestiftung befindlichen Aktien gegeben. Der damit verbundene Einfluss des Verwaltungsrats auf die Entscheide der Generalversammlung sei eine Konsequenz, die der Gesetzgeber mit Art. 659a Abs. 1 OR

⁷ BGE 147 III 505 E. 6.6.

⁸ BGer A_340/2021 vom 27. Oktober 2021.

⁹ BGer A_340/2021 vom 27. Oktober 2021 E. 5.2.1.

gerade zu verhindern suchte. Aus diesen Gründen dränge sich in der vorliegenden Konstellation eine analoge Anwendung von Art. 659a Abs. 1 OR (ruhendes Stimmrecht) auf.¹⁰ Anders wäre nur zu entscheiden, wenn mit geeigneten strukturellen Massnahmen sichergestellt sei, dass der Stiftungsrat effektiv und dauernd unabhängig agiert.¹¹

2. Anspruch auf Verbriefung von Namenaktien

In einem in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil befasst sich das Bundesgericht mit der Frage, ob der Aktionär einen Anspruch darauf hat, dass seine Namenaktien in einem Wertpapier verbrieft werden.¹²

In der Lehre wird diese Frage kontrovers beantwortet. Der eine Teil der Lehre bejaht einen gesetzlichen Anspruch des Aktionärs auf wertpapiermässige Verbriefung, wobei dieser nach der überwiegenden Meinung statutarisch wegbedungen werden kann.¹³ Andere Lehrmeinungen verneinen einen gesetzlichen Anspruch auf Ausgabe eines Wertpapiers, wobei aber die Statuten einen solchen Anspruch gewähren können.¹⁴ Damit ist sich die herrschende Lehre zumindest für Namenaktien im Prinzip einig, dass kein zwingendes Recht auf Verbriefung der Mitgliedschaft besteht. Umstritten ist nur, ob der Anspruch auf wertpapiermässige Verbriefung grundsätzlich besteht und in den Statuten wegbedungen werden kann, oder ob er umgekehrt erst durch eine Regelung in den Statuten entsteht.¹⁵

Nach Ansicht des Bundesgerichts hat der Aktionär gegenüber der Aktiengesellschaft unbestrittenermassen Anspruch auf eine Bescheinigung seiner Aktionärsstellung. Die wertpapiermässige Verbriefung des Mitgliedschaftsrechts sei demgegenüber aber kein zwingendes Erfordernis für die Entstehung, die Geltendmachung oder die Übertragung der Mitgliedschaft.¹⁶ Immerhin sei aber die wertpapiermässige Verurkundung der Mitgliedschaft der Regelfall, von welchem das Gesetz für die Aktiengesellschaft ausgehe (vgl. z.B. Art. 684 Abs. 2 OR, wonach die Übertragung von Namenaktien durch Übergabe des indossierten Aktientitels und damit nach den Regeln für Ordrepapiere erfolgt). Daraus sei

¹⁰ BGer A_340/2021 vom 27. Oktober 2021 E. 5.2.1.

¹¹ BGer A_340/2021 vom 27. Oktober 2021 E. 5.2.4.

¹² BGE 147 III 469.

¹³ BGE 147 III 469 E. 4.2.1.

¹⁴ BGE 147 III 469 E. 4.2.2.

¹⁵ BGE 147 III 469 E. 4.2.3.

¹⁶ BGE 147 III 469 E. 4.3.1.

zu schliessen, dass das Gesetz dem Aktionär (zumindest implizit) einen Anspruch auf Verbriefung seiner Mitgliedschaft gewähren wolle. Dieses Konzept der grundsätzlichen Verurkundung in einem Wertpapier korreliere auch mit der für die Aktiengesellschaft charakteristischen Unpersönlichkeit und leichten Übertragbarkeit der Mitgliedschaft. Ebenso spreche die für die Aktiengesellschaft typische Verkehrsfähigkeit der Aktionärsstellung für die Verbriefung in einem Wertpapier. Solange nämlich die aktienrechtliche Mitgliedschaft nicht in einem Wertpapier verbrieft sei, bedürfe es zur Übertragung einer Zession, bei der grundsätzlich kein Verkehrsschutz mit Bezug auf den Erwerb bestehe.¹⁷

Da die Verbriefung in einem Wertpapier für die Entstehung, Geltendmachung und Übertragung der aktienrechtlichen Mitgliedschaft nicht unerlässlich sei, müsse es der Aktiengesellschaft jedoch freistehen, das Recht auf Verbriefung der Aktien in den Statuten ausdrücklich auszuschliessen.¹⁸

Abschliessend geht das Bundesgericht noch auf die am 1. Januar 2023 in Kraft tretende Aktienrechtsrevision ein. Es ist der Auffassung, dass sich an dieser Konzeption nichts ändern werde, obwohl Art. 622 Abs. 5 OR umformuliert wird.¹⁹

3. Verletzung der Meldepflichten des Aktionärs

In einem Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich geht es um die Folgen einer Verletzung der Pflicht zur Meldung des Inhaberaktionärs.²⁰

Wer Inhaberaktien einer Gesellschaft erwirbt, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, muss den Erwerb, seinen Vor- und Nachnamen sowie seine Adresse innert Monatsfrist der Gesellschaft melden (Art. 697i Abs. 1 OR). Der Aktionär muss den Besitz der Inhaberaktien nachweisen und sich als natürliche Person durch einen amtlichen Ausweis mit Fotografie identifizieren (Art. 697i Abs. 2 lit. a OR). Solange der Aktionär seinen Meldepflichten nicht nachgekommen ist, ruhen die mit den Aktien verbundenen Mitgliedschaftsrechte, namentlich das Stimm- und Wahlrecht (Art. 697m Abs. 1 OR).²¹

¹⁷ BGE 147 III 469 E. 4.3.2.

¹⁸ BGE 147 III 469 E. 4.3.3.

¹⁹ BGE 147 III 469 E. 4.4.

²⁰ HGer ZH, HG190159-O, vom 21. April 2021.

²¹ HGer ZH, HG190159-O, vom 21. April 2021, E. 2.2.2.

Vorab hatte das Handelsgericht zu klären, an wen die Meldung konkret zu erstatten ist, da das Gesetz nur von einer Meldung "an die Gesellschaft" spricht. Nach Ansicht des Handelsgerichts komme der Erwerber von Inhaberaktien seinen Meldepflichten erst nach, wenn der Verwaltungsrat aufgrund der vorgelegten Dokumente eine Legitimationsprüfung vornehmen kann. Dies ergebe sich daraus, dass dem Verwaltungsrat die Oberleitung über die Gesellschaft obliege, er die Gesellschaft nach aussen vertrete, er zudem sicherstellen müsse, dass keine Aktionäre unter Verletzung ihrer Meldepflichten Aktionärsrechte ausübten und er ein Verzeichnis über die Inhaberaktionäre führen müsse.²²

Im vorliegenden Fall war strittig, ob der vermeintliche Alleinaktionär seiner Meldepflicht nachgekommen ist und anlässlich der Generalversammlung vom 19. April 2016 die Stimmen an den von ihm gehaltenen Aktien ausüben konnte. Das Gericht kam zur Auffassung, dass der Alleinaktionär seine Meldung frühestens anlässlich dieser Generalversammlung erstattet habe und zwar gegenüber der Verwaltungsrätin D. Weil aber die Verwaltungsrätin D anlässlich einer Generalversammlung vom 29. Februar 2016 in den Verwaltungsrat gewählt worden sei, also zu einem Zeitpunkt, als der Alleinaktionär seine Meldepflicht noch nicht erfüllt hatte, sei diese Wahl nichtig gewesen. Somit konnte D anlässlich der Generalversammlung vom 19. April 2016 auch keine Meldung entgegennehmen, weshalb auch die Beschlüsse dieser Generalversammlung nichtig seien.²³

Bemerkung: Die Ausführungen des Handelsgerichts zeigen, welche weitreichenden Folgen eine Verletzung der Meldepflicht haben kann. Die gleichen Konsequenzen müssten gelten, wenn die Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person nicht vorgenommen wird. Ob die Ansicht des Handelsgerichts, dass die Meldung nur gegenüber dem Verwaltungsrat abgegeben werden kann, richtig ist, kann hier nicht beurteilt werden.

4. Nicht-Durchführung der ordentlichen Generalversammlung innerhalb der Frist von sechs Monaten

Das Bundesgericht befasste sich in der Berichtsperiode gleich zweimal mit der Bestimmung von Art. 699 Abs. 2 OR, wonach die ordentliche Generalversammlung alljährlich innerhalb von sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres stattfinden muss.

²² HGer ZH, HG190159-O, vom 21. April 2021, E. 2.3.4. (Meldung an die Gesellschaft).

²³ HGer ZH, HG190159-O, vom 21. April 2021, E. 2.3.4. (Meldung an die Gesellschaft) und E. 3.

4.1 *Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats*

Im ersten, nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil geht es um die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats beim Verpassen dieser Frist.²⁴ Im konkreten Fall hat es der Verwaltungsratspräsident auch nach Aufforderung der Klägerin unterlassen, die Generalversammlung 2017 einzuberufen. Deshalb reichte die Klägerin am 11. Oktober 2017 eine Klage auf Einberufung der Generalversammlung ein. Nachdem die Gesellschaft am 7. November 2021 die Einladung zur Generalversammlung doch noch verschickt hat, hat das Gericht die eingereichte Klage abgeschrieben und der Gesellschaft den Grossteil der Prozesskosten auferlegt.

Die Klägerin reichte gegen den Verwaltungsratspräsidenten eine Verantwortlichkeitsklage ein, weil dieser durch Pflichtversäumnisse als Verwaltungsratspräsident unter anderem die der Gesellschaft auferlegten Prozesskosten sowie die Kosten der eigenen Rechtsvertretung im Verfahren zur Einberufung einer Generalversammlung verursacht habe.²⁵

Im Rahmen einer Willkürprüfung stützte das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführer seine gesetzliche Pflicht als Verwaltungsratspräsident verletzt habe, weil er es versäumt habe, die ordentliche Generalversammlung innert der sechsmonatigen Frist nach Art. 699 Abs. 2 OR rechtzeitig einzuberufen bzw. abzuhalten. Da er auch nach Aufforderung der Beschwerdegegnerin innert angemessener Frist keine Einladung verschickt habe, habe er mit der Einberufungsklage und deren Gutheissung rechnen müssen. Damit seien der Gesellschaft durch das "sich zur Wehr setzen" gegen die Einberufungsklage unnötige Kosten verursacht worden. Die vor Handelsgericht entstandenen und der Gesellschaft auferlegten Prozesskosten sowie deren Vertretungskosten seien durch sein pflichtwidriges Versäumnis adäquat und schuldhaft verursacht worden.²⁶

4.2 *Auswirkung auf die Amtsdauer der Verwaltungsratsmitglieder*

Im zweiten, ebenfalls nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil geht es um die Frage, ob sich die Mandatsdauer der Verwaltungsratsmitglieder nach Ablauf von sechs Monaten nach dem Ende des letzten Geschäftsjahrs verlängert, wenn entgegen Art. 699 Abs. 2 OR innert dieser sechs Monate keine Generalversammlung durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrats nicht traktandiert

²⁴ BGer 4A_128/2021 und BGer 4A_130/2021 vom 28. Mai 2021.

²⁵ BGer 4A_128/2021 und BGer 4A_130/2021 vom 28. Mai 2021, Sachverhalt B.

²⁶ BGer 4A_128/2021 und BGer 4A_130/2021 vom 28. Mai 2021 E. 5.2.

wurde.²⁷ Im konkreten Fall machte der Kläger geltend, dass die Gesellschaft einen Organisationsmangel aufweise, weil die Verwaltungsratsmandate endeten, da innert der Frist von sechs Monaten keine Wahl stattgefunden hat.

In der Lehre wird die vorliegend zu beantwortende Frage kontrovers diskutiert. Ein Teil der Lehre nimmt bei unterlassener oder vergessener Wahl des Verwaltungsrats an, dass das Verwaltungsratsmandat bis zur nächsten Generalversammlung, an welcher Wahlen durchgeführt werden, fortbestehe bzw. sich dieses stillschweigend verlängere.²⁸ Ein anderer Teil schliesst bei unterlassener Generalversammlung oder unterbliebener Wahl des Verwaltungsrats die Fortdauer bzw. eine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats aus und nimmt mit dem Ablauf der sechsmonatigen Frist nach Art. 699 Abs. 2 OR dessen Beendigung an.²⁹ Eine dritte Lehrmeinung differenziert: Werde die Generalversammlung überhaupt nicht durchgeführt, laufe die Amtsdauer des Verwaltungsratsmitglieds nicht ab, sondern verlängere sich automatisch bis zur nächsten Generalversammlung.³⁰

Das Bundesgericht schliesst sich demjenigen Teil der Lehre an, der bei unterlassener Generalversammlung oder unterbliebener Wahl des Verwaltungsrats die Fortdauer bzw. eine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats ausschliesst. Nach Auffassung des Gerichts würde eine Verlängerung der Amtsdauer das unentziehbare Recht der Generalversammlung zur Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats unterlaufen, wenn der Verwaltungsrat sein Mandat durch Nichteinberufung der Generalversammlung verlängern könnte. Deshalb müsse gefordert werden, dass eine Fortsetzung des Verwaltungsratsmandats nur bei positiver Willensäusserung der Generalversammlung greift. Dies sei in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass das Verwaltungsratsmandat endet, wenn die Wahl wegen einer Pattsituation nicht zustande kommt.³¹

Somit endet nach Ansicht des Bundesgerichts das Amt des Verwaltungsrats mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres, wenn keine Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrats nicht traktandiert wurde.³²

²⁷ BGer 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021.

²⁸ BGer 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021 E. 3.1.1.

²⁹ BGer 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021 E. 3.1.2.

³⁰ BGer 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021 E. 3.1.2.

³¹ BGer 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021 E. 3.3.

³² BGer 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021 E. 3.5.

Bemerkung: Diese Rechtsprechung könnte für viele Gesellschaften gravierende Konsequenzen haben. Es bleibt zu klären, welche Handlungen ein solch vermeintlicher Verwaltungsrat nach Ablauf der Sechsmonatsfrist noch vornehmen kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die restriktive Praxis des Bundesgerichts hinzuweisen, wonach aufgrund einer Einladung, die nicht vom Verwaltungsrat als Organ (sondern z.B. nur vom Präsidenten) ausgeht, keine beschlussfähige Generalversammlung zustande komme, weshalb deren Beschlüsse nichtig seien.³³ Damit stellt sich die Frage, ob der vermeintliche Verwaltungsrat nach Ablauf der Sechsmonatsfrist noch gültig eine Generalversammlung einberufen kann.

5. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen

5.1 Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage

Im Entscheid über das Ruhen von Stimmrechten an Aktien, die von einer patronalen Stiftung gehalten werden,³⁴ musste sich das Bundesgericht auch mit der Anfechtbarkeit des Generalversammlungsbeschlusses auseinandersetzen. Konkret ging es um die Frage, ob das Gericht einen Generalversammlungsbeschluss nur aufheben oder auch einen positiven Beschluss anordnen kann (sog. positive Beschlussfeststellungsklage).

Im konkreten Fall wurden zur Ermittlung des Beschlussresultats die von der patronalen Stiftung ausgeübten Stimmen mitgezählt, obwohl diese nicht hätte stimmen dürfen.³⁵ Weil die Stimmen der Stiftung für den Beschluss ausschlaggebend waren, ist der Beschluss gemäss Art. 691 Abs. 3 OR anfechtbar.³⁶ Da es beim konkreten Beschluss um die Abwahl eines Verwaltungsratsmitgliedes ging, erweist sich eine alleinige Aufhebung des Beschlusses als untauglich, um den Klägern zu ihrem Recht zu verhelfen. Dazu bräuchte es einer positiven Beschlussfeststellungsklage. Ziel dieser Klage ist es, einen rechtmässigen Beschluss an die Stelle des rechtswidrig zustande gekommenen zu setzen. Demzufolge ist sie ihrem Wesen nach nicht Feststellungs-, sondern Gestaltungs- klage, gerichtet auf die Herstellung des rechtmässigen Beschlussergebnisses, auf die Änderung des Beschlussinhalts und damit auf eine gerichtliche Neuordnung der gesellschaftlichen Rechtslage.³⁷ Nach Ansicht des Bundesgerichts ist eine

³³ BGer 5A_205/2013 vom 16. August 2013 E. 4; BGE 115 II 468 E. 3c.

³⁴ BGer A_340/2021 vom 27. Oktober 2021; vgl. oben II.1.2.

³⁵ Vgl. oben II.1.2.

³⁶ BGer A_340/2021 vom 27. Oktober 2021 E. 6.1.

³⁷ BGer A_340/2021 vom 27. Oktober 2021 E. 6.2.

solche positive Beschlussfeststellungsklage zulässig, wenn zweifelsfrei feststeht, dass wegen des Mitzählens unzulässiger Stimmen ein Beschlussantrag als abgelehnt festgehalten wurde, der nach den tatsächlich gegebenen Stimmverhältnissen als angenommen hätte protokolliert werden müssen.³⁸

5.2 Statutarische Vorzugsdividende von Partizipationsscheinen

Das Bundesgericht musste sich mit einer statutarischen Vorzugsdividende von Partizipationsscheinen befassen.³⁹ Konkret stellte sich die Frage, ob ein das Vorzugsrecht missachtender Generalversammlungsbeschluss angefochten werden muss, um sich die aus dem Privileg fliessenden Rechte zu sichern, oder ob die Partizipanten ihre Forderungen auch sonst geltend machen können.

Im Zusammenhang mit der Ausschüttung von Tantiemen an die Mitglieder eines Verwaltungsrats hat das Bundesgericht in einem früheren Urteil entschieden, dass es nicht notwendig sei, dass der Verwaltungsrat den Generalversammlungsbeschluss, der den Tantiemenanspruch missachtet, nach Art. 706 OR anfechten müsse. Begründet wird diese Ansicht damit, dass der Anspruch auf die Tantieme Bestandteil des zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrats bestehenden synallagmatischen Rechtsverhältnisses bilde, das in einzelnen Punkten auch durch die Statuten geregelt sei.⁴⁰

Nach Ansicht des Bundesgerichts geht es bei einer Vorzugsdividende anders als bei einer Tantieme um ein sämtlichen Partizipanten zustehendes Privileg, auf das diese aufgrund ihrer Stellung als Partizipanten Anspruch erheben können. Somit gehe es nicht um die Begleichung einer vertraglichen Forderung, sondern um einen Anspruch auf Dividendenausschüttung.⁴¹ Deshalb verlangt das Bundesgericht, dass die Generalversammlungsbeschlüsse, welche die Dividendenprivilegien der Partizipanten missachten, im Sinne von Art. 706 OR angefochten werden.⁴² Den Partizipanten stehen die gleichen Anfechtungsrechte zu wie den Aktionären (Art. 656a Abs. 2 i.V.m. Art. 706 OR).⁴³

Weiter musste sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandersetzen, ob ein solcher Beschluss nach Art. 706b OR nichtig und deshalb eine Anfechtung obsolet ist. Nichtig sind insbesondere Beschlüsse, die vom Gesetz zwingend

³⁸ BGer A_340/2021 vom 27. Oktober 2021 E. 6.5.4.

³⁹ BGer 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021.

⁴⁰ BGer 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021 E. 3.2.2.

⁴¹ BGer 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021 E. 3.2.2.

⁴² BGer 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021 E. 3.3.

⁴³ BGer 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021 E. 3.3.3.

gewährte Rechte des Aktionärs entziehen oder beschränken, Kontrollrechte von Aktionären über das gesetzlich zulässige Mass hinaus beschränken oder die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft missachten bzw. die Bestimmungen zum Kapitalschutz verletzen. Das Bundesgericht kam zur Auffassung, dass ein die Privilegien verletzender Generalversammlungsbeschluss nicht nichtig sei, weil sich die Missachtung von Ausschüttungsprivilegien langfristig auch zu Gunsten der privilegierten Aktionäre oder Partizipanten auswirken könne und es zudem auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit wesentlich erscheine, dass über die vorzunehmenden Ausschüttungen nicht längere Zeit Unklarheit herrscht.⁴⁴

6. Auskunftsrecht des Aktionärs

Das Bundesgericht konnte in der Berichtsperiode seine Rechtsprechung zum Auskunftsrecht des Aktionärs mit Blick auf die Bekanntgabe der individuellen Vergütung der Verwaltungsratsmitglieder einer nicht börsenkotierten Aktiengesellschaft ergänzen.⁴⁵

Dem Entscheid liegt das Auskunftsgeuch eines Aktionärs zugrunde, das die Offenlegung der individuellen Vergütungen der Verwaltungsratsmitglieder einer nicht börsenkotierten Aktiengesellschaft beantragt. Gemäss Art. 697 OR entspricht das Gericht dem Gesuch, wenn der Gesuchsteller nachweist, dass die verlangten Informationen für eine sinnvolle Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind. Die Behauptungs- und die Beweislast obliegen dem gesuchstellenden Aktionär. Dafür reicht der Beweis aus, dass die Informationen in genereller Art für einen Durchschnittsaktionär erforderlich sind, damit dieser seine Aktionärsrechte ausüben kann. Daraus ergibt sich die natürliche Vermutung zugunsten des gesuchstellenden Aktionärs. Liegt das Auskunftsbegehren dagegen ausserhalb dieses Rahmens, hat der Aktionär sein individuelles Interesse unter Nachweis entsprechender konkreter Umstände zu belegen. Glaubhaftmachen reicht nicht aus.⁴⁶

Es steht ausser Frage, dass die Höhe der Vergütungen der Verwaltungsratsmitglieder von erheblichem Interesse für die Ausübung von Aktionärsrechten ist; zumal diese Information für die Erhebung einer Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR unabdingbar ist.⁴⁷ Die Gesamtvergütung liegt dem gesuchstellen-

⁴⁴ BGer 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021 E. 3.3.4.2.

⁴⁵ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021.

⁴⁶ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021 E. 3.

⁴⁷ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021 E. 5.1.

den Aktionär denn auch vor. Das Bundesgericht beurteilt die im konkreten Fall angegebene Gesamtvergütung der Verwaltungsratsmitglieder jedoch als ausreichend, damit die Aktionäre die Marktkonformität der Vergütung der Verwaltungsratsmitglieder beurteilen und allenfalls Rückerstattungsansprüche geltend machen können. Eine Aufschlüsselung der Gesamtvergütung auf die individuellen Verwaltungsratsmitglieder sei demgegenüber im vorliegenden Fall nicht erforderlich bzw. habe es der gesuchstellende Aktionär unterlassen, eine entsprechende Erforderlichkeit zu beweisen.⁴⁸

Bemerkung: Mit dieser Rechtsprechung ist ein zweifaches gesagt: Erstens besteht ein grundsätzlicher Anspruch des Aktionärs einer nicht börsenkotierten Aktiengesellschaft auf Bekanntgabe der Gesamtvergütung des Verwaltungsrats. Demgegenüber besteht zweitens - anders als bei der börsenkotierten Gesellschaft - kein grundsätzlicher Anspruch des Aktionärs einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft auf Bekanntgabe der individuellen Vergütung der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder. Diese Rechtsprechung darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass ein solcher Anspruch gar nie bestehe. Vielmehr kann im Einzelfall durchaus ein Anspruch auf Bekanntgabe der individuellen Vergütungen der Verwaltungsratsmitglieder einer nicht börsenkotierten Gesellschaft begründet sein. Die Beweishürde dafür ist allerdings merklich höher.

7. Verantwortlichkeit

7.1 Prospekthaftung

Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode einen Prospekthaftpflichtfall nach Art. 752 aOR zu beurteilen.⁴⁹ Diese Bestimmung wurde per 1. Januar 2020 durch Art. 69 FIDLEG ersetzt, der eine einheitliche Haftungsgrundlage für zivilrechtliche Ansprüche im Zusammenhang mit fehlerhaften Prospekten verfasst.

Art. 752 aOR statuierte eine Verantwortlichkeit derjenigen Personen, die im Zusammenhang mit der Ausgabe von Wertpapieren unrichtige oder unvollständige Angaben machen bzw. solche Falschangaben verbreiten (Art. 752 aOR). Bei der Prospekthaftung handelt es sich um eine ausservertragliche Haftung. Haftungsvoraussetzungen sind Widerrechtlichkeit, Kausalität, Verschulden und Schaden.⁵⁰

⁴⁸ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021 E. 5.3.

⁴⁹ BGer 4A_24/2021 vom 24. Juni 2021.

⁵⁰ BGer 4A_24/2021 vom 24. Juni 2021 E. 5.2.

Der Kläger hat unter anderem den Nachweis zu erbringen, dass zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden ein Kausalzusammenhang besteht. Ihm obliegt der Beweis, dass er sich beim Kaufentscheid auf fehlerhafte Prospektangaben gestützt hat und mit besserem Wissen die Titel nicht oder nicht zu diesem Preis erworben hätte. Dabei handelt es sich um eine Frage der haftungsbegründenden Kausalität. Zusätzlich ist im Sinne der haftungsausfüllenden Kausalität erforderlich, dass der Schaden durch die mangelhafte Information verursacht wurde.⁵¹

Weil der Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität schwer zu erbringen ist, reicht das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für den Nachweis des Kausalzusammenhangs aus, d.h., es wird kein strikter Beweis verlangt. Diese Beweiserleichterung hat jedoch keinen Einfluss auf die Beweislastverteilung. Genau gleich wie im allgemeinen Schadenersatzrecht hat der Kläger auch bei der Prospekthaftung den Nachweis zu erbringen, dass zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden ein Kausalzusammenhang besteht, weil er sich beim Kaufentscheid auf die fehlerhaften Prospektangaben gestützt hat und mit besserem Wissen die Titel nicht oder nicht zu diesem Preis erworben hätte.⁵² Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt ein Beweis nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.⁵³

⁵¹ BGer 4A_24/2021 vom 24. Juni 2021 E. 6.2.1.

⁵² BGer 4A_24/2021 vom 24. Juni 2021 E. 6.2.2.

⁵³ BGer 4A_24/2021 vom 24. Juni 2021 E. 6.2.3.

III. Rechtsprechung übriges Gesellschaftsrecht

In zwei nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden⁵⁴ verneint das Bundesgericht das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR wegen fehlenden *animus societatis*.

Eine einfache Gesellschaft ist eine vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Die einfache Gesellschaft zeichnet sich nicht nur durch den gemeinsamen Zweck aus, sondern auch durch das Vorhandensein einer von jedem Gesellschafter zu erbringenden Einlage. Die Einlage ist eine Leistung, die jeder Gesellschafter zugunsten der einfachen Gesellschaft erbringen muss, die auch in einem positiven oder negativen Verhalten begründet sein kann. Durch die Einlage erbringt der Gesellschafter den übrigen Gesellschafter einen materiellen oder immateriellen Vorteil. Die Leistung kann also ein Vermögenswert wie auch eine Arbeitsleistung erfassen. Die einfache Gesellschaft als vertragsmässige Verbindung setzt ferner den Willen der Parteien (*animus societatis*) zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und zur Teilung der damit einhergehenden Risiken und Gewinne voraus. Die Willenskundgabe bzw. der Vertragsabschluss untersteht keiner besonderen Formvorschrift und kann auch konkludent erfolgen.⁵⁵ Ein Indiz für den Willen im vorgenannten Sinn besteht in der Einflussnahme(-möglichkeit) der Parteien im Entscheidungsprozess und in der Zusammenarbeit der Parteien. Die blosser Verlust- und Risikobeteiligung reicht für sich alleine für die Annahme eines *animus societatis* noch nicht aus.⁵⁶

Dem ersten Entscheid liegt die Klage eines angestellten Hoteldirektors zu Grunde, der gegenüber dem Arbeitgeber und Eigentümer des Hotels einen Anteil am Verkaufserlös des Hotels geltend macht. Als Begründung führt der Hoteldirektor eine einfache Gesellschaft ins Recht, die er, seine Ehefrau, die ebenfalls als Hoteldirektorin beim beklagten Arbeitgeber und Eigentümer angestellt ist, und der Arbeitgeber und Eigentümer des Hotels zum Zwecke der Veräusserung des Hotels konkludent begründet hätten.⁵⁷ Das Bundesgericht verneint das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft in diesem Fall mangels *animus societa-*

⁵⁴ BGer 4A_421/2020 vom 26. Februar 2021 und BGer 4A_276/2020 vom 26. Februar 2021.

⁵⁵ BGer 4A_421/2020 E. 3.1.

⁵⁶ BGer 4A_276/2020 E. 8.2.

⁵⁷ BGer 4A_421/2020 vom 26. Februar 2021.

tis der involvierten Parteien. Zwar sei der *animus societatis* durchaus eine Rechtsfrage, die vom Gericht festzustellen und nicht zu beweisen sei. Jedoch müsse derjenige, der eine einfache Gesellschaft behaupte, die Tatsachen beweisen, die dem Gericht die Annahme des *animus societatis* erlauben (Art. 8 ZGB).⁵⁸ Dies sei dem Hoteldirektor nicht gelungen. Zum einen sei nicht ersichtlich gewesen, dass die beiden Hoteldirektoren und der Arbeitgeber und Eigentümer des Hotels jemals den Willen bekundet hätten, eine einfache Gesellschaft zwecks Veräusserung des Hotels zu begründen. Vielmehr hatten die Hoteldirektoren keinerlei Einfluss auf den Entscheid des Verkaufs des Hotels und dessen Durchführung, sondern standen gegenüber dem Arbeitgeber und Eigentümer des Hotels auch hinsichtlich des Verkaufs des Hotels in einem Subordinationsverhältnis bzw. waren letzterem weisungsgebunden. Dies sei gemäss Bundesgericht als Indiz gegen eine einfache Gesellschaft zu werten. Darüber hinaus sei auch keine Einlage der Hoteldirektoren im genannten Sinn ersichtlich. Insbesondere habe der Hoteldirektor nicht darlegen können, inwiefern seine persönlichen Leistungen über die gemäss Arbeitsvertrag geschuldeten Leistungen zu werten seien.⁵⁹

Dem zweiten Entscheid des Bundesgerichts liegt ein mit "société simple" (einfache Gesellschaft) betitelter schriftlicher Vertrag zwischen einem Architekten und einer Finanzierungsgesellschaft zugrunde. Der schriftliche Vertrag führt als Zweck der einfachen Gesellschaft ("but social") die Vermarktung von verschiedenen Bauprojekten auf. Der Vertrag führt weiter unter dem Vertragstitel Finanzierung und Einlagen ("financement et apports") eine von der Finanzierungsgesellschaft zu erbringenden Finanzierung in Höhe von CHF 5 Mio. auf. Darüber hinaus ist die Finanzierungsgesellschaft verpflichtet, weitere CHF 20 Mio. auf Abruf zu einem Zinssatz und einer Gewinnbeteiligung von 12 % zur Verfügung zu stellen. Die genannte Vertragsklausel führt weiter aus, dass die CHF 5 Mio. zinslos an die Finanzierungsgesellschaft als fixe Gewinnbeteiligung zurückzuerstatten seien, sollten die Baubewilligungen für die Bauprojekte nicht ausgestellt werden. Für den Fall, dass die Baubewilligungen ausgestellt werden, seien die CHF 5 Mio. zu festgelegten Terminen zuzüglich weiteren CHF 5 Mio. fix an die Finanzierungsgesellschaft zurückzuzahlen.⁶⁰

Das Bundesgericht schützt die Vertragsauslegung der unteren Gerichtsstanz, wonach es sich beim genannten schriftlichen Vertrag im Hinblick auf die strittige Rückzahlung der CHF 5 Mio. Finanzierung an die Finanzierungsgesellschaft

⁵⁸ BGer 4A_421/2020 E. 4.2.

⁵⁹ BGer 4A_421/2020 E. 3.2 und 5.2.

⁶⁰ BGer 4A_276/2020, Sachverhalt.

entgegen dem Vertragstitel nicht um eine einfache Gesellschaft handle, sondern um ein partiarisches Darlehen. Ausschlaggebend für diese Auslegung ist die im Vertrag vereinbarte Pflicht des Architekten, die CHF 5 Mio. zurückzuzahlen, sollte die Baubewilligungen nicht innerhalb der im Vertrag angebenen Zahlungsfrist erteilt worden sein. Es fehle der *animus societatis*. Der (von Laien) entworfene Vertrag zeige nicht, inwiefern die Parteien zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks ihre gemeinsamen Kräfte und Mittel bündeln wollen. Zum einen widerspräche die im Vertrag aufgeführte Gewinn- und Risikoverteilung einer gemeinsamen Bündelung von Mitteln und Risiken. Die Finanzierungsgesellschaft konnte die CHF 5 Mio. Finanzierung nicht verlieren. Vielmehr sei diese Finanzierung zinslos, sollten die Baubewilligungen nicht erteilt werden. Ebenso sei der Gewinn der Finanzierungsgesellschaft auf die Leistung von weiteren CHF 5 Mio. fixiert, ohne Berücksichtigung des tatsächlich erzielten Gewinns. Abgesehen davon sei auch nicht ins Recht geführt worden, inwiefern sich die Finanzierungsgesellschaft an den Projekten beteiligt und Einfluss auf Entscheidungen hinsichtlich der Projekte genommen hätte.