

BAKER McKENZIE, ZÜRICH (HRSG.)

Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2016/2017



Stämpfli Verlag

BAKER MCKENZIE, ZÜRICH (HRSG.)

Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2016/2017

BAKER MCKENZIE, ZÜRICH (HRSG.)

Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2016/2017

Philippine Bossy
Dr. Sandra Brändli
Ivan Dunjic
Prof. Dr. Joachim Frick, LL.M./J.S.D.
Dr. Marcel Giger, M.C.J.
Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M.
Dr. Petra Hauser
Timo Leis
Prof. Dr. René Matteotti, LL.M.
Dr. Manuel Meyer
Marianne Müller
Sylvia Polydor
Dr. Peter Reinert, LL.M.
Simon Roth
Eva-Maria Strobel, EMLE
Roger Thomi
Dr. Michael Treis
Kathleen Weislehner, LL.M. CL
Christoph L. Wild, LL.M.



Stämpfli Verlag

Teil 1 Gesellschaftsrecht*

A. Gesetzgebung

1. Neuer Entwurf zur Aktienrechtsrevision

Am 23. November 2016 ist der Entwurf mitsamt dazugehöriger Botschaft zur Aktienrechtsrevision erschienen.¹ Der Entwurf entspricht weitgehend dem Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, behält er doch namentlich das Kapitalband, die Aufgabe der Sachübernahmebestimmung, die Aufgabe der öffentlichen Beurkundung in gewissen einfachen Fällen und die Frauenquote bei. Es ist gegenwärtig jedoch noch nicht klar, ob und wann das Parlament mit der Beratung über diesen Entwurf beginnen wird.

2. Neues Firmenrecht

Am 1. Juli 2016 ist das neue Firmenrecht in Kraft getreten.² Gemäss Art. 950 Abs. 1 OR muss die Firma einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft zwingend die Rechtsform enthalten. Die Rechtsform kann dabei ausgeschrieben oder abgekürzt werden. Allerdings legt der Bundesrat gemäss Art. 950 Abs. 2 OR fest, welche Abkürzungen der Rechtsform zulässig sind.

Die überarbeiteten Weisungen des Eidgenössischen Handelsregisteramts bezüglich der Prüfung von Firmen und Namen vom 1. April 2009 sowie diejenige zur Prüfung der Firmenidentität vom 1. Mai 2009 wurden auf den 1. Juli 2016 in Kraft gesetzt. Demgegenüber wurde die Handelsregisterverordnung erst per 1. Januar 2017 um Art. 116a HRegV ergänzt.³ Diese neue Verordnungsbestimmung sieht vor, dass die Angabe der Rechtsform in der Firma einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft mit der zutreffenden Bezeichnung oder deren Abkürzung *in einer Landessprache* des Bundes anzugeben ist (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rätoromanisch). Ferner enthält diese im Anhang eine Liste der zulässigen Abkürzungen der Rechtsformen in allen Landessprachen. Dessen ungeachtet bleibt die englische Rechtsformangabe in der Übersetzung der Firma nach wie vor zulässig.⁴

* Bearbeitet von Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M., und Dr. Manuel Meyer. Die Ausführungen unter «Rechtsprechung» lehnen sich stark an den Text der entsprechenden Entscheide an. Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird darauf verzichtet, wörtliche Zitate als solche zu kennzeichnen. Die Autoren danken Kevin Ardüser, Nadine Bosshard, Roman Cincelli und Philippe Hovaguimian für die Mitarbeit.

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

² Vgl. BAKER & MCKENZIE, Entwicklungen im Schweizerischen Wirtschaftsrecht 2015/2016, S. 38.

³ SR 943.032.

⁴ Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen vom 1. Juli 2016, REPRAX 1/16, 13 ff., 25.

3. *Neues Handelsregisterrecht*

Am 17. März 2017 hat das Parlament die Modernisierung des Handelsregisterrechts verabschiedet. Damit wird namentlich der Weg für den gebührenfreien Zugang zu Handelsregistereinträgen, Statuten und Stiftungsurkunden im Internet (Art. 936 Abs. 2 nOR) geebnet. Ferner wird das Handelsregisteramt für Vereine und nicht der Aufsicht unterstellten Stiftungen gewisse Aufsichtsfunktionen wahrnehmen (Art. 939 Abs. 1 nOR). Die Referendumsfrist läuft am 6. Juli 2017 ab.⁵

B. *Rechtsprechung*

1. *Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)*

a) *Übertragung unverbriefter Aktien*

i. *Anforderungen an die Zession unverbriefter Aktien*

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten aktienrechtlichen Entscheid geht es um die Frage, ob nicht verbriefte Aktien gültig übertragen worden sind.⁶ Die Klägerin machte Nichtigkeit eines Universalversammlungsbeschlusses geltend, da die angeblich von ihr gehaltenen Aktien an dieser Versammlung nicht vertreten gewesen seien.

Im zu beurteilenden Fall war unbestritten, dass der Verwaltungsratspräsident, der der Ehemann der Klägerin ist, zu einem bestimmten Zeitpunkt Alleinaktionär der Gesellschaft war. Umstritten war hingegen, ob im Zeitpunkt der Universalversammlung auch die Klägerin Aktionärin gewesen war. Die Klägerin begründete ihre Aktionärsstellung damit, dass verschiedene Protokolle von Generalversammlungen, die vor der Universalversammlung stattgefunden haben, sie als Aktionärin ausweisen, wobei diese Protokolle jeweils vom Verwaltungsratspräsident und von ihr unterzeichnet worden seien. Das Bundesgericht musste daher beurteilen, ob die Protokolle der Generalversammlungen die Formerfordernisse erfüllen, die bei einer Zession unverbriefter Aktien gelten.⁷

Aktien, die weder verbrieft noch als Bucheffekten ausgegeben sind, werden durch Zession übertragen. Die Zession bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 OR). Das Schriftformerfordernis bezieht sich auf alle wesentlichen Punkte des Abtretungsvertrags, und somit insbesondere auf den Willen des Übertragenden, die Forderung an den Zessionar zu übertragen. Es ist jedoch weder notwendig, dass der Abtretende diesen Willen ausdrücklich geltend macht, noch muss die Abtre-

⁵ Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 17. März 2017, BBl 2017 2433.

⁶ BGer 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016.

⁷ BGer 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016, E. 4.2.

tungsurkunde als solche bezeichnet sein; es genügt, wenn der Abtretungswille nach Treu und Glauben aus der schriftlichen Abtretungsurkunde entnommen werden kann.⁸

Nach Ansicht des Bundesgerichts wurden im zu beurteilenden Fall die Formvorschriften zur Übertragung unverbriefter Aktien eingehalten, da aus den genannten Generalversammlungsprotokollen unmissverständlich hervor geht, dass die Klägerin Aktionärin der Gesellschaft ist. Der Wille des Verwaltungsratspräsidenten, einen Teil des Aktienkapitals an die Klägerin, seine Frau, zu zedieren, werde zwar nicht ausdrücklich zum Ausdruck gebracht. Dieser Wille lasse sich aber implizit aus den Protokollen ableiten. Indem der Ehemann, Alleinaktionär oder Mehrheitsaktionär, ein Protokoll der Generalversammlung – wenn auch als Verwaltungsratsmitglied – unterzeichnet, in welchem er festhält, dass seine Frau einen Teil des Aktienkapitals hält, werde damit seine Absicht zum Ausdruck gebracht, einen Teil des von ihm bisher gehaltenen Aktienkapitals zu zedieren.⁹

ii. *Erforderlichkeit einer lückenlosen Zessionskette*

In einem weiteren in der Berichtsperiode ergangen französischsprachigen Entscheid geht es ebenfalls um die Übertragung unverbriefter Aktien.¹⁰ In diesem Fall stellte sich die Frage, wer der Eigentümer nicht verbriefter Inhaberaktien war. Das Bundesgericht führt dabei aus, dass der Inhaber nicht verbriefter Inhaberaktien nur auf der Basis einer lückenlosen Zessionskette, die bis zur Gründungsurkunde zurückreicht, bestimmt werden könne. Wenn diese Zessionskette in einem beliebigen Zeitpunkt unterbrochen wurde, könne sie nicht mehr rückwirkend (*ex tunc*) repariert werden und der Erwerb der Aktien aus gutem Glauben sei nicht geschützt. Dabei obliege es dem Zessionar (d.h. dem Erwerber), die ununterbrochene Zessionskette nachzuweisen. Von dieser Pflicht könne der Zessionar auch von der Gesellschaft nicht befreit werden.¹¹

Beachtenswert ist, dass in diesem Fall der schriftliche Kaufvertrag, der ausdrücklich zur Übertragung der Aktien verpflichtet, nach Ansicht des Bundesgerichts den Formanforderungen der Zession nicht genügt.¹² Weil der Kaufvertrag ausdrücklich die Übertragung der Aktien erst bei Zahlung des Kaufpreises vorsieht, geht das Bundesgericht davon aus, dass nach dem Willen der Vertragsparteien der Vollzug nicht schon bei Abschluss des Kaufvertrags, sondern zu einem späteren Zeitpunkt unter Vornahme weiterer Handlungen stattfinden soll.¹³

⁸ BGer 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016, E. 4.1.

⁹ BGer 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016, E. 4.3.

¹⁰ BGer 4A_314/2016 und 4A_320/2016 vom 17. November 2016.

¹¹ BGer 4A_314/2016 und 4A_320/2016 vom 17. November 2016, E. 4.2.3.

¹² Vgl. oben Teil II.B.1.a)i.

¹³ BGer 4A_314/2016 und 4A_320/2016 vom 17. November 2016, E. 4.3.

b) Rückerstattungsklage

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten französischsprachigen Entscheid geht es um die Rückforderung eines Darlehens an einen Aktionär.¹⁴ Der Aktionär schuldete der Gesellschaft aus einem Kontokorrentverhältnis einen Betrag von CHF 138'862.15. Nachdem er die Aktien der Gesellschaft verkauft hatte, machte er unter anderem geltend, das ihm von der Gesellschaft gewährte Darlehen verstosse gegen Art. 680 Abs. 2 OR (Verbot der Einlagerückgewähr) und sei deshalb rechtswidrig und mithin nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR). Da das Darlehen in der Absicht vereinbart worden sei, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, sei die Rückforderung des Darlehens aufgrund von Art. 66 OR zudem ausgeschlossen.¹⁵

Das Bundesgericht erachtet diese Rüge ohne weiteres als unbegründet. Selbst wenn die Gewährung des Darlehens an den Aktionär gegen Art. 680 Abs. 2 OR verstiesse, wäre dieser von seiner Schuld gegenüber der Gesellschaft nicht befreit, sondern würde zur Rückzahlung nach Massgabe der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) verpflichtet bleiben. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist die Rückforderung aufgrund von Art. 66 OR nur dann ausgeschlossen, wenn die Leistungen zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens erfolgte (Gaunerlohn), nicht jedoch wenn sie bei der Erfüllung eines rechts- oder sittenwidrigen Vertrags erbracht wurden.¹⁶ Das Bundesgericht bestätigt damit seine strenge Praxis zum Ausschluss der Rückforderung aufgrund von Art. 66 OR.

c) Verantwortlichkeit**i. Pflichten bei einer Überschuldung**

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten französischsprachigen Entscheid geht es unter anderem um die Frage, welche Pflichten dem Verwaltungsrat im Falle einer Überschuldung zukommen.¹⁷

Das Bundesgericht führt vorab aus, dass der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten erstellen müsse. Wenn diese eine Überschuldung aufzeige, dann habe er auch eine Zwischenbilanz zu Liquidationswerten zu erstellen (Art. 725 Abs. 2 OR).¹⁸ Sofern beide Zwischenbilanzen eine Überschuldung aufweisen, muss der Verwaltungsrat den Richter benachrichtigen. Das Bundesgericht bestätigt im Urteil seine Rechtsprechung, dass der Verwaltungsrat davon absehen kann, sofern konkrete Sanierungsaussichten bestehen, die kurzfristig realisierbar sind, wobei übertriebene oder unrealistische Erwartungen eben-

¹⁴ BGer 4A_666/2015 vom 26. April 2016.

¹⁵ BGer 4A_666/2015 vom 26. April 2016, E. 3.3.

¹⁶ BGer 4A_666/2015 vom 26. April 2016, E. 3.3.

¹⁷ BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016.

¹⁸ BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016, E. 3.1.2.

so unbeachtlich sind wie vage Hoffnungen.¹⁹ In Anbetracht dieser Rechtsprechung sei es aber nicht gerechtfertigt, von der Benachrichtigung des Richters abzusehen, wenn es bloss nicht ausgeschlossen gewesen sei, dass aufgrund der Reserven auf den Debitoren oder den Rückstellungen eine Fortführung der Geschäftstätigkeit in Betracht gezogen werden konnte.²⁰ Ebenso wenig gehe es an, dass sich der Verwaltungsrat vom Geschäftsführer überzeugen liess, dass es Möglichkeiten gebe, Forderungen einzutreiben, ohne dass konkrete Lösungen präsentiert worden seien. Da der Verwaltungsrat die Oberaufsicht über die Geschäftsführer hat, hätte er die Versprechen der Geschäftsführung kontrollieren müssen. Auch könne er sich nicht von der Verantwortung befreien, in dem er geltend macht, dass er die Finanzsituation der Gesellschaft nicht kannte.²¹

Auch der Umstand, dass der Verwaltungsrat bereits am 24. November 2000 zurückgetreten sei, entlastet ihn nicht. Da für den Verwaltungsrat die Überschuldung offensichtlich war, hätte er die damit verbundenen gesetzlich vorgeschriebenen Massnahmen ergreifen müssen. Durch seinen später erfolgten Rücktritt kann er sich nicht jeglicher Verantwortung entziehen. Andernfalls könnte sich ein Verwaltungsrat durch einen Rücktritt jeglicher Verantwortung entziehen und zwar selbst dann, wenn er während seines Mandats von der Überschuldung wusste und Zeit hatte, diese dem Richter zu melden. Dies hätte zur Folge, dass der Schutz, welcher der Gesetzgeber den Gläubigern in Art. 725 Abs. 2 OR zuspricht, gänzlich aufgehoben wäre.²²

ii. Haftung für Konkursverschleppung

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten französischsprachigen Entscheid bestätigte das Bundesgericht im Wesentlichen seine Rechtsprechung zum Konkursverschleppungsschaden.²³ Dieser besteht aus der Zunahme der Überschuldung zwischen dem Moment, in dem der Konkurs eröffnet worden wäre, wenn der Verwaltungsrat seine Pflichten nicht verletzt hätte, und dem Zeitpunkt, im dem der Konkurs tatsächlich eröffnet worden ist.²⁴ Für die Berechnung der jeweiligen Überschuldungen sind in beiden Zeitpunkten ausschliesslich Liquidationswerte heranzuziehen.²⁵

Für die Bestimmung des ersteren Zeitpunkts ist massgebend, wann der Verwaltungsrat begründete Besorgnis der Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR) haben musste. Von diesem Datum ausgehend ist aufgrund der konkreten Umstände zu bestimmen, wann der Konkurs hätte eröffnet werden können. Dieser Zeitpunkt ist nicht identisch mit jenem, in dem der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz erstellen muss oder die Gesellschaft tatsächlich in die Überschuldung geraten ist.²⁶

¹⁹ BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016, E. 3.1.3.

²⁰ BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016, E. 4.1.1.

²¹ BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016, E. 4.1.2.

²² BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016, E. 4.1.3.

²³ BGer 4A_270/2016 vom 7. Oktober 2016.

²⁴ BGer 4A_270/2016 vom 7. Oktober 2016, E. 2.2.

²⁵ BGer 4A_270/2016 vom 7. Oktober 2016, E. 2.2.2.

²⁶ BGer 4A_270/2016 vom 7. Oktober 2016, E. 2.2.1.

iii. Anwendung der Business Judgment Rule

In zwei parallelen Verfahren ging es um die Anwendung der Business Judgment Rule bei Verantwortlichkeitsprozessen.²⁷ Diese besagt, dass sich die Gerichte Zurückhaltung aufzuerlegen haben bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, prüft das Gericht den Geschäftsentscheid in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf, ob er als vertretbar erscheint. Andernfalls rechtfertigt es sich dagegen nicht, bei der Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung besondere Zurückhaltung zu üben und nur zu prüfen, ob der Entscheid noch im Rahmen des Vertretbaren liegt. Vielmehr reicht es dann aus, dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung als fehlerbehaftet erscheint.²⁸

Bei einem der vom Bundesgericht zu beurteilenden Geschäfte – Kauf von Mobiliar – war mangels entsprechender Belege und Sitzungsprotokolle des Verwaltungsrats nicht erwiesen, dass dieses gestützt auf eine angemessene Informationsbasis getätigt worden ist. Deshalb ging die Vorinstanz von einem mangelhaften Entscheidprozess aus. Die Beklagten hielten dem entgegen, es handle sich um einen Geschäftsführungsentscheid, den der einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratspräsident habe fällen können. Nach Ansicht des Bundesgerichts verwechseln die Beklagte mit dieser Argumentation aber die externe Vertretung mit der internen Geschäftsführung und übersehen, dass die Geschäftsführung gemäss Art. 716b Abs. 3 OR allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft zusteht, sofern sie nicht übertragen worden ist. Eine befugte Delegation der Geschäftsführung setze nach Art. 716b OR aber zwingend ein Organisationsreglement voraus. Da im vorliegenden Fall kein solches erlassen wurde, konnte die Geschäftsführung dementsprechend nicht gültig delegiert werden. Wenn die Beklagten vorbringen, der Verwaltungsratspräsident habe beim Mobiliarkauf im Alleingang handeln dürfen, gestehen sie damit implizit ein, dass diesem Vorgang kein (einwandfreier) Entscheidprozess des Gesamtverwaltungsrats zugrunde liegt. Die Vorinstanz habe sich deshalb bei der Prüfung dieses Vorgangs keine Zurückhaltung auferlegen müssen.²⁹

Bezüglich der übrigen fünf, von den Gerichten zu beurteilenden Geschäften bestanden jeweils Interessenkonflikte oder es lag ein Insichgeschäft vor. Aus diesem Grund musste sich die Vorinstanz auch diesbezüglich bei der Prüfung keine Zurückhaltung auferlegen. Hingegen ist zu beachten, dass das blosse Bestehen eines Interessenkonflikts nicht per se pflichtwidrig ist. Liegt ein solcher vor, ist allerdings nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu befürchten, dass beim fraglichen Entscheid die Interessen der Gesellschaft nicht an erster Stelle stehen und nicht allein diese gewahrt werden. Deshalb wird bei nachgewiesenem Interessenkonflikt auf tatsächlicher Ebene ein

²⁷ BGer 4A_259/2016 und 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016.

²⁸ BGer 4A_259/2016 und 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1.

²⁹ BGer 4A_259/2016 und 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1.

pflichtwidriges Handeln vermutet; der Beklagte kann allerdings den Gegenbeweis erbringen. Gelingt der Gegenbeweis nicht, ist die Pflichtwidrigkeit aufgrund der tatsächlichen Vermutung erstellt. Liegt am Ende aber Beweislosigkeit vor, wirkt sich dies zu Lasten der nach wie vor die Beweislast tragenden Verantwortlichkeitsklägerin aus und eine Pflichtverletzung ist diesfalls nicht nachgewiesen.³⁰

iv. Haftung für Sozialversicherungsbeiträge

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid geht es um die Haftung des Verwaltungsrats für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge.³¹ Der von der Ausgleichskasse in Anspruch genommene Beschwerdeführer war im gesamten massgebenden Zeitraum Vizepräsident des Verwaltungsrats der Gesellschaft, die ihrer Beitragspflicht nicht nachgekommen ist. Vor Bundesgericht ging es noch einzig um das Verschulden des Beschwerdeführers. Dabei hat das Bundesgericht einmal mehr seine äusserst strenge Haltung bei der Haftung für Sozialversicherungsbeiträge bestätigt:

Das Gericht führt vorab aus, dass es eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens eines solidarisch Haftpflichtigen (im konkreten Fall des Verwaltungsratspräsidenten) bloss als eher theoretische Möglichkeit in Betracht ziehe, die, wenn überhaupt, nur bei einer ausgesprochen exzeptionellen Sachlage von praktischer Bedeutung sein könne; so etwa, wenn das Verschulden des in Anspruch genommenen Haftpflichtigen als so leicht erscheine und in einem derartigen Missverhältnis zum Verschulden des Dritten stehe, dass es offensichtlich ungerecht wäre, wenn jener den ganzen Schaden tragen müsste.³²

Weiter geht das Gericht davon aus, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund der ihm nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR obliegenden, unübertragbaren Aufgaben und angesichts der ihm bekannten angespannten finanziellen Lage der Gesellschaft hätte näher mit dem Geschäftsgang befassen, die finanziellen Abläufe im Betrieb kritisch verfolgen und nachprüfen müssen. Dazu gehört nach Ansicht des Bundesgerichts namentlich die Pflicht, sich über die bestehenden Verbindlichkeiten und deren korrekte Erfüllung zu informieren und nötigenfalls Massnahmen für deren ordnungsgemässe Zahlung zu treffen. Insbesondere wäre das Organ gehalten gewesen, dafür besorgt zu sein, dass bei den fortgesetzten Lohnzahlungen die darauf geschuldeten paritätischen Beiträge abgeliefert werden. Zur Erfüllung dieser Pflicht hätte der Beschwerdeführer Einsicht in die entsprechenden Unterlagen – und nicht nur in Bilanzen und Erfolgsrechnungen – nehmen müssen. Weil die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt Kenntnis der die Lohnabrechnungs- und Beitragspflicht betreffenden Belege voraussetze, könne schlechterdings nicht entscheidend sein, dass die vom Verwaltungsratspräsidenten vorgelegten Dokumente nicht den tatsächlichen Umfang der Ausstände gegenüber der Ausgleichskasse zeigten.³³

³⁰ BGer 4A_259/2016 und 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.2.

³¹ BGer 9C_66/2016 vom 10. August 2016.

³² BGer 9C_66/2016 vom 10. August 2016, E. 5.4.

³³ BGer 9C_66/2016 vom 10. August 2016, E. 5.4.

Ferner hält das Bundesgericht dem Beschwerdeführer entgegen, dass schon das sorgfältige Studium der vom Verwaltungsratspräsidenten vorgelegten Unterlagen, wozu auch nicht geschäftsführende Gesellschafter (gemeint sind wohl nicht exekutive Verwaltungsratsmitglieder) verpflichtet seien, Unstimmigkeiten zu Tage gefördert hätten. Insbesondere sei augenfällig, dass der in den Erfolgsrechnungen jeweils aufgeführte Sozialversicherungsaufwand mit Blick auf die ausgewiesenen Lohnaufwände ("Total Lohnaufwand Direkt"; z.B. 2006: Fr. 697'546.65; 2008: Fr. 945'018.02) und die Höhe der Sozialversicherungsbeiträge (2004-2010: AHV/IV/EO/ALV von total 12.1 %) ausserordentlich tief ausfiel (2006: Fr. 32'606.65; 2008: Fr. 42'227.10). Bereits diese Unstimmigkeit hätte den Vizepräsidenten des Verwaltungsrats verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen (nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen) und eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beobachtung gesetzlicher Vorschriften auszuüben. Deshalb gehe der Einwand fehl, die entsprechenden Unterlagen hätten keinen Anlass gegeben, an deren Richtigkeit zu zweifeln.

v. Übernahmeverschulden

In einer ganzen Reihe von Entscheiden konnte sich das Bundesgericht dazu äussern, ob aufgrund persönlicher Umstände des beklagten Verwaltungsratsmitglieds von einer Haftung abzusehen sei.

Strohmann mit unentgeltlichem Mandat

Im oben besprochenen Urteil betreffend Konkursverschleppung³⁴ machte der Beklagte, der alleiniges Verwaltungsratsmitglied war, unter anderem geltend, dass er nicht in der Lage gewesen sei, dem einflussreichen Geschäftsführer Widerstand zu leisten. Dazu hält das Bundesgericht fest, dass jeder, der nicht in der Lage ist, sein Mandat aufgrund seines Zustandes oder mangels erforderlichen Wissens ordnungsgemäss zu erfüllen, auf dieses zu verzichten habe, in dem er das Mandat ablehnt. Das gleiche gelte für einen Verwaltungsrat, der sich nicht in der Lage fühlt, einem einflussreichen Geschäftsführer Widerstand zu leisten. Die Annahme des Mandates in Kenntnis der Tatsache, dass es nicht sorgfältig ausgeübt werden könne, stelle eine Sorgfaltspflichtverletzung dar.³⁵

Weiter führt das Bundesgericht aus, dass auch ein Verwaltungsratsmitglied, das in Wirklichkeit als "Strohmann" fungiert und/oder seine Aufgaben gar nicht wahrnimmt, die mit seinem Mandat verbundene Verantwortlichkeit übernehmen müsse. Es sei daran zu erinnern, dass die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gehört (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Im Rahmen dieser Oberaufsicht habe jedes Mitglied des Verwaltungsrats nicht nur die Pflicht, an den Verwaltungsratssitzungen teilzunehmen, sondern müsse sich periodisch über den Geschäftsgang informieren lassen

³⁴ BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016; vgl. oben Teil 1I.B.1.c)i.

³⁵ BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016, E. 3.2.1.

und geeignete Massnahmen treffen, wenn Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung bestehen. Ein Verwaltungsratsmitglied könne sich deshalb nicht darauf berufen, es habe sich auf die beruhigenden Aussagen des Geschäftsführers verlassen, wenn es sich der Tatsache hätte bewusst sein müssen, dass es durch sein daraus resultierendes Verhalten seine Pflichten verletzen würde.³⁶

Schliesslich könne auch die Tatsache, dass ein Verwaltungsratsmitglied für sein Amt nicht entlöhnt werde, seine Verantwortlichkeit nicht ausschliessen. Die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit sei hingegen ein Faktor, der, sofern die Verantwortlichkeit gegeben ist, bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen sei.³⁷

Passives Verwaltungsratsmitglied

Im oben unter dem Aspekt der Business Judgment Rule besprochenen Urteil³⁸ machte ein Beklagter geltend, er könne für einen allfälligen Schaden nicht oder zumindest nicht in vollem Umfang haftbar gemacht werden. Das Bundesgericht hielt dem Beklagten entgegen, dass die von ihm wiederholt hervorgehobenen Umstände, wonach er bei der Gesellschaft (trotz seiner unbestrittenen Position als Verwaltungsrat) keine Funktion ausgeübt habe, er nicht informiert gewesen sei und sämtliche Entscheide ohne sein Wissen und seinen Willen gefasst und vollzogen worden seien, nicht für eine Reduktion seiner Schadenersatzpflicht sprechen. Nach Ansicht des Gerichts lässt sich das von ihm an den Tag gelegte, passive Verhalten mit der pflichtgemässen Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben eines Verwaltungsrats (Art. 716 ff. OR) nicht vereinbaren und vermag ihn daher auch nicht zu entlasten.³⁹

Arbeitnehmer als Verwaltungsrat

Im oben referierten Entscheid über die Haftung von Sozialversicherungsbeiträgen⁴⁰ sah das Bundesgericht keine entlastende Wirkung im Umstand, dass sich der Beschwerdeführer als Angestellter des Unternehmens gleichzeitig in einem Subordinationsverhältnis befand, da im Bereich von Art. 52 AHVG ein objektivierter Verschuldensmassstab gelte. Subjektive Entschuldigbarkeit oder die Gründe für die Annahme des Verwaltungsratsmandats sind nach Ansicht des Bundesgerichts unbeachtlich. Daher bleibe die formelle Organstellung und damit die strenge Haftung nach Art. 52 AHVG auch dann bestehen, wenn die Einsitznahme in den Verwaltungsrat aus einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung heraus erfolgte. Sofern sich der Beschwerdeführer aufgrund des – seiner Schilderung nach – "äusserst autoritären" Verwaltungsratspräsidenten bzw. der Furcht vor arbeitsrechtlichen Sanktionen nicht in der Lage sah, die gesetzlichen Kontrollrechte und Aufsichtspflichten auszuüben, deren Wahrnehmung er als "unrealistisch" bezeichnet, rührt der Schuldvorwurf gerade aus dem Umstand, sich

³⁶ BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016, E. 3.2.2.

³⁷ BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016, E. 3.2.3.

³⁸ BGer 4A_259/2016 und 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016; vgl. oben Teil 1I.B.1.c)iii.

³⁹ BGer 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.

⁴⁰ BGer 9C_66/2016 vom 10. August 2016; vgl. oben Teil 1I.B.1.c)iv.

auf eine Verwaltungsratsstellung in Verhältnissen eingelassen (bzw. nicht umgehend demissioniert) zu haben, welche die gesetzlich vorgeschriebene Erfüllung dieses Amtes verunmöglichen.⁴¹

vi. Wirkung des Déchargebeschlusses

In einem oben besprochenen Verantwortlichkeitsentscheid betreffend Business Judgment Rule⁴² machten die beklagten Verwaltungsratsmitglieder geltend, ihnen sei anlässlich der Generalversammlung vom 30. Juni 2008 Décharge erteilt worden. Die Klage sei deshalb gemäss Art. 758 Abs. 1 OR hinsichtlich all derjenigen Vorfälle abzuweisen, die sich im Jahr 2007 zugetragen hätten. Das Bundesgericht anerkennt, dass die an der Generalversammlung wenigstens im Grundsatz bekannt gegebenen Tatsachen, soweit ihre Tragweite nicht bewusst heruntergespielt wird und die an der Generalversammlung teilnehmenden Aktionäre durch die Art der Darstellung nicht getäuscht werden, als im Sinne von Art. 758 Abs. 1 OR bekannt gegeben zu betrachten sind. Allerdings ist es auch der Auffassung, dass mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass der Déchargebeschluss die Verantwortlichkeitsansprüche nicht untergehen liess, da die Aktionäre über die Interessenkonflikte, die bei den fraglichen Vorgängen bestanden haben, nicht informiert wurden und ihnen diese auch nicht bekannt sein mussten. Auch wenn die Vorgänge als solche aus dem Geschäftsbericht ersichtlich gewesen sein mögen, blieben Umstände wie insbesondere die Interessenkonflikte, die für den Entscheid über die Entlastung offensichtlich zentral sind, verschwiegen – und zwar trotz der Diskussionen, die an der Generalversammlung bezüglich einiger Vorgänge geführt wurden.⁴³

d) Abberufung von Gesellschaftsorganen

i. Eines richterlich ernannten Verwaltungsratsmitglieds

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten, französischsprachigen Entscheid geht es um die Abberufung eines richterlich ernannten Verwaltungsratsmitglieds.⁴⁴

Nach Art. 731b Abs. 3 OR kann die Gesellschaft, sofern ein wichtiger Grund vorliegt, vom Richter die Abberufung von Personen verlangen, die dieser eingesetzt hat. Im vorliegenden Fall hat ein einzelner Aktionär gestützt auf diese Norm die Abberufung eines richterlich eingesetzten Verwaltungsratsmitglieds verlangt. Da das Bundesgericht keinen wichtigen Grund für eine Abberufung erkennen konnte, hat es die Frage offen gelassen, ob auch ein einzelner Aktionär zur Klage nach Art. 731b Abs. 3 OR legitimiert ist oder ob dieses Recht nur der Gesellschaft zusteht.⁴⁵

⁴¹ BGer 9C_66/2016 vom 10. August 2016, E. 5.5.

⁴² BGer 4A_259/2016 und 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016; vgl. oben Teil II.B.1.c)iii.

⁴³ BGer 4A_259/2016 und 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.3.

⁴⁴ BGer 4A_237/2016 vom 30. Juni 2016.

⁴⁵ BGer 4A_237/2016 vom 30. Juni 2016, E. 7.

Im konkreten Fall hatte der Richter ein Verwaltungsratsmitglied eingesetzt, nachdem die Amtsdauer der bisherigen Verwaltungsratsmitglieder abgelaufen war und sich die beiden Aktionäre, die je 50 % der Aktien halten, nicht auf ein neues Mitglied einigen konnten. Der eine Aktionär verlangte nun vom Richter, dass das von ihm ernannte Verwaltungsratsmitglied abgerufen und durch einen Sachwalter zu ersetzen sei. Er begründete dies damit, dass die Generalversammlung aufgrund der paritätischen Zusammensetzung der beiden Aktionäre, die in sämtlichen Belangen unterschiedliche Meinung hätten, bis auf weiteres keinerlei Beschlüsse mehr fassen könne, da das Verwaltungsratsmitglied kein Stimmrecht habe. Allerdings erläuterte er nicht, wie ein Sachwalter in der Generalversammlung abstimmen soll, nachdem sämtliche Aktienstimmen bei den beiden Aktionären sind. Gleichzeitig war es unbestritten, dass das richterlich eingesetzte Verwaltungsratsmitglied sämtliche dem Verwaltungsrat aufgrund des Gesetzes oder der Statuten zustehenden Aufgaben erfüllen konnte. Die offensichtliche Disfunktionalität der Generalversammlung ist nach Ansicht der Bundesgerichte aber kein wichtiger Grund im Sinne von Art. 731b Abs. 3 OR, um ein anderes Gesellschaftsorgan abzurufen.⁴⁶

ii. *Eines Geschäftsführers einer GmbH*

Jeder Gesellschafter einer GmbH kann dem Gericht beantragen, einem Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (Art. 815 Abs. 2 OR). Als wichtige Gründe zählt das Gesetz exemplarisch grobe Pflichtverletzungen und den Verlust der Fähigkeit zu einer guten Geschäftsführung auf.

Mit einem solchen Antrag gelangte A. an das Handelsgericht des Kantons Zürich. A. hält zusammen mit C. alle Stammanteile an der B. GmbH. Beide Gesellschafter A. und C. amten auch als Geschäftsführer. Ferner amtet D., der selbst kein Gesellschafter ist, als Geschäftsführer. Als sich das Verhältnis zwischen den beiden Gesellschafter A. und C. verschlechtert und offenkundig wird, dass D. sich auf die Seite von C. stellt, ersucht A. das Handelsgericht um superprovisorische Absetzung von D. Das Handelsgericht kommt dieser Aufforderung jedoch nicht nach.⁴⁷ In der Folge entscheidet das Bundesgericht, ob die Argumentation des Handelsgerichts für die Ablehnung des Begehrens um vorsorgliche Massnahme willkürlich ist, was es verneint.⁴⁸

Das Handelsgericht lehnt das Begehren um vorsorgliche Massnahme mit der Begründung ab, dass A. mit der Geltendmachung eigener Nachteile für den Fall der Abweisung des Begehrens die Voraussetzung für die Gewährung einer vorsorglichen Massnahme nicht erfüllt. Gestützt auf Art. 261 Abs. 1 ZPO kann ein Gericht eine vorsorgliche Massnahme nämlich nur dann gewähren, wenn die Gesuchstellerin nachweist, dass erstens ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist

⁴⁶ BGer 4A_237/2016 vom 30. Juni 2016, E. 7.

⁴⁷ BGer 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016.

⁴⁸ BGer 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016, E. 3.2.2 und 3.3.

(Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und zweitens ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO).

Das Handelsgericht geht davon aus, dass die Interessen der Gesellschafter und damit der Gesuchstellerin A. für die Beurteilung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO nicht massgebend ist. Massgebend ist allein das Gesellschaftsinteresse. Die Gesuchstellerin A. hat aber das Gesellschaftsinteresse nicht geltend gemacht. Das Handelsgericht rechtfertigt die Anwendung des Gesellschaftsinteresses mit der dem Massnahmebegehren zugrundeliegenden Rechtsnorm. Für die Beurteilung des wichtigen Grundes nach Art. 815 Abs. 2 OR ist nämlich ausschliesslich das Gesellschaftsinteresse massgebend, da der Zweck des Abberufungsrechts die Sicherstellung der Funktionstauglichkeit der Gesellschaftsorgane der Gesellschaft darstellt.⁴⁹

e) Handelsregister

i. Auflösung einer GmbH wegen fehlenden Rechtsdomizils

Verfügt eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft nicht mehr über ein Rechtsdomizil, so kann das Handelsregisteramt diese Gesellschaft gestützt Art. 153a HRegV auflösen, sofern erstens das Handelsregisteramt von einem Dritten erfährt, dass eine Gesellschaft kein Rechtsdomizil mehr hat und zweitens das Handelsregisteramt das oberste Leitungsorgan der Gesellschaft unter Androhung der Rechtsfolgen schriftlich aufgefordert hat, innert 30 Tagen ein neues Rechtsdomizil zur Eintragung anzumelden oder zu bestätigen, dass das eingetragene Rechtsdomizil noch gültig ist. Die Anmeldung als auch die Bestätigung kann dabei nur durch das oberste Leitungsorgan der Gesellschaft erfolgen. Wird der ersten schriftlichen Aufforderung nicht innert Frist nachgekommen, publiziert das Handelsregisteramt dieselbe Aufforderung im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Verstreicht auch diese Frist erfolglos, kann das Handelsregisteramt die Auflösung der Gesellschaft verfügen.

Genau diesen Vorgaben folgte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich mit Bezug auf die A. GmbH, nachdem die Post unzustellbare Briefkorrespondenz mit dem Vermerkt "Empfänger konnte unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden" retourniert hatte.⁵⁰ Trotzdem hob das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die Auflösungsverfügung des Handelsregisteramts auf.⁵¹ Dem Entscheid liegt ein besonderer Sachverhalt zu Grunde.

Der gemäss Handelsregistereintrag einzige Gesellschafter und zugleich Geschäftsführer der A. GmbH hatte kurz vor der ersten Aufforderung des Handelsregisteramts bzgl. des Rechtsdomizils seine Löschung als Gesellschafter und Geschäftsführer der

⁴⁹ BGer 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016, E. 3.2.2 und 3.3.

⁵⁰ VerG ZH VB.2016.0021 vom 23. März 2016, E. 2.2.

⁵¹ VerG ZH VB.2016.0021 vom 23. März 2016, E. 4.

A. GmbH angemeldet. Dabei hatte der Gesellschafter dem Handelsregister einen Abtretungsvertrag eingereicht, nach dem alle seine Stammanteile an die A. GmbH selbst abgetreten wurden. Das Handelsregisteramt anerkannte das Ausscheiden des Gesellschafters als Geschäftsführer und löschte diesen in dieser Funktion aus dem Handelsregister. Demgegenüber lehnte das Handelsregisteramt die Eintragung der Abtretung der Stammanteile ab, weil eine GmbH nicht ihre eigene Alleingesellschafterin sein könne.⁵²

Das Verwaltungsgericht bestätigt zwar, dass das Handelsregisteramt die Löschung als Geschäftsführer vornehmen durfte. Mit dieser Löschung wurde allerdings ersichtlich, dass die A. GmbH keinen Geschäftsführer mehr hat. Dieser Organisationsmangel hätte vom Handelsregisteramt gerügt werden müssen, was in der Folge jedoch unterblieb. Vielmehr rügte das Handelsregisteramt das fehlende Rechtsdomizil. Obschon der Gesellschafter mit einem schriftlichen Brief ohne handschriftliche Unterschrift und alsdann mit einem handschriftlich unterzeichneten Brief auf die Aufforderungen des Handelsregisteramts reagierte, verfügte das Handelsregisteramt die Auflösung der A. GmbH mit der Begründung, dass der Gesellschafter gar kein Geschäftsführer der A. GmbH (mehr) sei und daher auch nicht rechtsgültig auf die Aufforderungen im Sinne von Art. 153a Abs. 1 HRegV reagieren könne.⁵³

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts musste das Handelsregisteramt davon ausgehen, dass die Gesellschaft der Aufforderung gar nicht nachkommen kann, da sie gar keinen Geschäftsführer mehr hatte und daher auch gar kein oberstes Leitungsorgan. Darin erblickt das Verwaltungsgericht eine Vereitelung des Äusserungs- und Mitwirkungsrechts der Gesellschaft durch das Handelsregisteramt, der ein nicht mehr leichter Eingriff in den Gehörsanspruch der Gesellschaft darstellt. Daraus dürfe der Gesellschaft keinen Nachteil erwachsen, zumal die Gesellschaft und ihr (einziger) Gesellschafter sich nicht im Klaren darüber waren, dass ein Organisationsmangel bestand. Ebenso zu Gunsten der Gesellschaft wertet das Verwaltungsgericht die Bemühungen des Gesellschafters, der Aufforderung des Handelsregisteramts fristgerecht nachzukommen.⁵⁴

ii. Aufrechterhaltung des Handelsregistereintrags

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

⁵² VerG ZH VB.2016.0021 vom 23. März 2016, E. 3.2.1.

⁵³ VerG ZH VB.2016.0021 vom 23. März 2016, E. 3.2.1 ff.

⁵⁴ VerG ZH VB.2016.0021 vom 23. März 2016, E. 3.3.

Eintragung geltend gemacht, so überweist das Handelsregisteramt gemäss Art. 155 Abs. 4 HRegV die Angelegenheit dem Gericht zum Entscheid gemäss Art. 938a OR.

Eine solche Überweisung hat das Handelsregisteramt des Kantons Zürich vorgenommen, als ein Gesellschaftsgläubiger sein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung einer AG geltend gemacht hatte. Der Gesellschaftsgläubiger begründete sein Interesse damit, dass er erstens gegenüber der zu löschenden AG eine Forderung in Höhe von USD 467'250 habe, die er in einem Schiedsverfahren gegen die zu löschende AG eingeklagt habe. Zweitens sei davon auszugehen, dass noch Haftungssubstrat vorhanden sei, da der einzige Verwaltungsrat der zu löschenden AG noch weitere Beteiligungen im In- und Ausland habe. Letztere Behauptung wurde anhand von ausländischen Zeitungsartikeln untermauert.⁵⁵

Das Handelsgericht des Kantons Zürich verneint im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Handelsregistereintrags mit folgender Begründung:⁵⁶ Ein Gläubiger, der die Aufrechterhaltung eines Handelsregistereintrags im Verfahren nach Art. 155 HRegV verlangt, muss erstens den Bestand einer Forderung und ein Interesse an der Beibehaltung der Gesellschaft geltend (und glaubhaft) machen. Diese Voraussetzung erachtet das Handelsgericht im vorliegenden Fall mit der Behauptung der Forderung von USD 467'250 (nachgewiesen durch einen schriftlichen Vertrag) und dem Nachweis eines Schiedsverfahrens als erfüllt.⁵⁷

Zweitens muss der Gläubiger darlegen, dass überhaupt verwertbare Aktiven vorhanden sind und keine andere Möglichkeit besteht, die Forderung erfüllt zu erhalten. Diese Voraussetzung erachtet das Handelsgericht mit dem Hinweis auf die Geschäftstätigkeiten des einzigen Verwaltungsrats der zu löschenden AG als nicht erfüllt.⁵⁸

iii. Zulässigkeit der Beschränkung der Zeichnungsberechtigung

In einem in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid⁵⁹ geht es um die Frage, ob bei der Eintragung einer Kollektivzeichnungsberechtigung im Handelsregister die zur gemeinsamen Unterschrift berechtigten Personen namentlich bezeichnet werden können. Konkret hatte das Gericht zu beurteilen, ob der Eintrag, dass B. mit Kollektivunterschrift zu zweien mit C. oder D. oder E. zeichnungsberechtigt sei, zulässig ist.

Entgegen der Ansicht des Handelsregisteramts des Kantons Zug bejahte das Bundesgericht die Eintragungsfähigkeit namentlich bezeichneter Kollektivunterschriften. Für das Gericht war vorab massgebend, dass sich die herrschende Lehre für eine Eintragung präzisierter Kombinationen von Kollektivunterschriften ausspricht und dies auch

⁵⁵ HG ZH HE150295-0 vom 14. Januar 2016, E. 3 f.

⁵⁶ HG ZH HE150295-0 vom 14. Januar 2016.

⁵⁷ HG ZH HE150295-0 vom 14. Januar 2016, E. 2 f.

⁵⁸ HG ZH HE150295-0 vom 14. Januar 2016, E. 2 und 4.

⁵⁹ BGE 142 III 204.

deshalb geboten ist, weil sonst die tatsächlich geltende Vertretungsbefugnis gegenüber der Öffentlichkeit verheimlicht würde, was einen täuschenden Handelsregistereintrag zur Folge hätte.⁶⁰ Sodann sei dem kantonalen Handelsregisteramt auch nicht zu folgen, dass mit Aufhebung des Art. 641 Ziff. 8a OR die gesetzliche Grundlage für eine solche Eintragung weggefallen sei. Vielmehr sei diese Bestimmung in die Handelsregisterverordnung überführt worden. Diese sieht sodann auch vor, dass bei der Aktiengesellschaft nicht nur "die Mitglieder des Verwaltungsrats" (Art. 45 Abs. 1 lit. n HRegV), sondern auch die "Art der Zeichnungsberechtigung" (Art. 119 Abs. 1 lit. g HRegV) dieser Personen einzutragen sind. Die Art der Zeichnungsberechtigung ist nun aber nichts anderes als die "Art der Ausübung der Vertretung", wie sie Art. 641 Ziff. 8a OR vorsah.⁶¹

Damit bestätigt das Bundesgericht seinen Leitentscheid⁶² vom 19. September 1995 und lässt damit sowohl die Eintragung einer Kollektivunterschrift im Sinne einer nicht näher bestimmten "Kollektivunterschrift zu zweien" oder "zu dreien" als auch präzierte Kollektivunterschriften mit genau bezeichneten Kombinationen, mit welchen Personen gemeinsam unterzeichnet werden darf, wie "Kollektivunterschrift zu zweien mit A.", bzw. nicht gemeinsam unterzeichnet werden darf, wie "Kollektivunterschrift zu zweien ohne A.", zu.

2. *Übriges Gesellschaftsrecht*

a) *Einfache Gesellschaft*

i. *Nachweis des Beitrags des Gesellschafters*

Das Bundesgericht konnte sich in der Berichtsperiode über die Beitragspflicht des Gesellschafters als notwendige Voraussetzung der einfachen Gesellschaft äussern.⁶³ Gemäss Art. 531 Abs. 1 OR muss jeder Gesellschafter zwingend einen Beitrag in Form von Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit leisten. Fehlt es an einem solchen Beitrag, liegt keine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR vor. Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Anfangs 2003 haben X. SA und Z. einen Vertrag über die gemeinsame Durchführung eines Immobilienprojekts abgeschlossen. Dabei sollten fünf Villen erbaut und verkauft werden, wobei X. SA zu 77 % und Z. zu 23 % am Gewinn beteiligt wurden. Am 25. August 2003 veräusserte Z. allerdings 11.5 % seiner Gewinnbeteiligung für den Kaufpreis von CHF 32'500 an B. X., wobei X. SA sich verpflichtete, den Kaufpreis zu bezahlen. X. SA bezahlte den Kaufpreis am 6. Oktober 2003. Die Villen wur-

⁶⁰ BGE 142 III 204, E. 2.3.1.

⁶¹ BGE 142 III 204, E. 2.3.2.

⁶² BGE 121 III 368.

⁶³ BGer 4A_595/2015 vom 16. Februar 2016.

den im Jahre 2004 veräussert und die Abrechnung vom 17. Februar 2012 zeigte einen Gewinn von CHF 455'349. Z. machte in der Folge seine Gewinnbeteiligung von 11.5 % geltend, d.h. CHF 52'365 (von den CHF 455'349).⁶⁴ X. SA bezahlte die Forderung von Z. nicht und machte geltend, dass gar keine einfache Gesellschaft entstanden sei und daher keine rechtliche Grundlage für die Gewinnbeteiligung von CHF 52'365 bestehe. X. SA begründete ihren Standpunkt damit, dass Z. gar keinen Beitrag geleistet habe.⁶⁵

Die Vorinstanz folgte diesem Standpunkt nicht und sprach Z. die Gewinnbeteiligung zu. Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid mit der Begründung, dass für den Nachweis der Leistung eines Beitrags ausreichend ist, wenn die vertraglichen Vereinbarungen darauf hindeuten, dass ein Beitrag geleistet worden ist. Weitere Nachweise, insbesondere der Nachweis der Form des Beitrags, sind nicht erforderlich.⁶⁶

ii. *Keine einfache Gesellschaft, wenn die Beteiligten keine wollen?*

Das Bundesgericht bestätigt in seinem Entscheid vom 13. April 2016 seine Praxis⁶⁷, den Gutgläubensschutz auch im Gesellschaftsrecht anzuwenden.⁶⁸ Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Z. unterhielt mehrere Jahre eine Geschäftsbeziehung mit X.; Z. verkaufte X. Ferkel, X. mästete sie und verkaufte sie nach der Mästung wiederum an Z. Im Laufe der Zeit veräusserte X. seine landwirtschaftlichen Grundstücke an seine beiden Söhne. Als anschliessend X. in Zahlungsrückstand geriet, klagte Z. sowohl X. als auch seine beiden Söhne ein mit der Begründung, dass X. und seine Söhne eine einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR bildeten und daher gemäss Art. 544 Abs. 3 OR solidarisch für den ganzen Forderungsbetrag haften. Die Vorinstanz hiess die Klage gut.⁶⁹ Die von X. und seinen Söhnen dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht hingegen gut und wies die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.⁷⁰

Damit eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR zustande kommen kann, ist nebst der oben erwähnten Beitragsleistung⁷¹ (vgl. vorne) der Wille der Parteien, eine Gesellschaft bilden zu wollen (*animus societatis*), erforderlich. Ein solcher Wille konnte weder X. noch seinen Söhnen nachgewiesen werden. Das Bundesgericht lässt die Frage allerdings offen und untersucht, ob ein Dritter in gutem Glauben davon ausgehen durfte, es bestünde eine einfache Gesellschaft zwischen X. und seinen Söhnen. Denn X. und seine Söhne haften nach dem *Vertrauensprinzip* für den geschaffene

⁶⁴ BGer 4A_595/2015 vom 16. Februar 2016, A.

⁶⁵ BGer 4A_595/2015 vom 16. Februar 2016, B.

⁶⁶ BGer 4A_595/2015 vom 16. Februar 2016, E. 3.

⁶⁷ Vgl. BGE 124 III 363.

⁶⁸ BGer 4A_513/205 vom 13. April 2016, E 2.2.

⁶⁹ BGer 4A_513/205 vom 13. April 2016, A f.

⁷⁰ BGer 4A_513/205 vom 13. April 2016, E 3.2.

⁷¹ Vgl. oben Teil 1I.B.2.a)i.

nen *Rechtsschein* wie wenn eine einfache Gesellschaft begründet worden wäre gestützt auf Art. 534 Abs. 3 OR solidarisch, wenn sie sich so verhalten haben, dass ein Dritter in gutem Glauben davon ausgehen durfte, es bestünde eine einfache Gesellschaft zwischen X. und seinen Söhnen.⁷²

Beachtenswert ist die Rückweisung des Bundesgerichts an die Vorinstanz. Demnach muss die Vorinstanz prüfen, ob X. und seine Söhne einen Rechtsschein geschaffen haben, aufgrund dessen ein Dritter in gutem Glauben davon ausgehen durfte, es bestünde eine einfache Gesellschaft zwischen X. und seinen Söhnen. Das Bundesgericht hält ausdrücklich fest, dass die von X. gegenüber Geschäftspartnern verwendete Bezeichnung "X. [...] & Söhne" sowie die im Geschäftsverkehr verwendete Redewendung "wir" für sich allein einen solchen Rechtsschein nicht begründen. Es ist entsprechend davon auszugehen, dass das Bundesgericht die Schwelle für die Annahme eines haftungsbegründenden Rechtsscheins insbesondere bei Familienangehörigen hoch ansetzen wird.

iii. Konkludente Gründung und Liquidation einer einfachen Gesellschaft

Das Obergericht des Kantons Zürich konnte in der Berichtsperiode über die konkludente Gründung und Liquidation einer einfachen Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR entscheiden.⁷³ Dem Urteil liegt der Sachverhalt zugrunde, wonach zwei Partner gemeinsam den Kauf einer Eigentumswohnung beabsichtigten. Die Beklagte zahlte in der Folge eine Anzahlung für die Eigentumswohnung in Höhe von CHF 25'000 an die Zürcher Kantonbank, nachdem der Kläger seinen Anteil von CHF 12'500 an die Beklagte überwiesen hatte. Im Anschluss daran sahen die Partner vom gemeinsam Erwerb der Eigentumswohnung ab, worauf der Beklagten die Anzahlung von CHF 25'000 zurückerstattet wurde. Der Kläger machte daraufhin seinen Anteil von CHF 12'500 geltend.

Vor Obergericht macht die Beklagte den Anspruch des Klägers strittig, weil dessen Rechtsgrundlage nicht klar begründet wurde. Das Obergericht hingegen folgte der Argumentationslinie der Vorinstanz. Diese hatte den Anspruch des Klägers als Liquidationsforderung der einfachen Gesellschaft zwischen der Beklagten und dem Kläger gutgeheissen. Die Vorinstanz ging nämlich davon aus, dass die Partner mit der Vereinigung gemeinsamer Mittel zwecks gemeinsamen Wohnungserwerbs eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR konkludent begründet hätten. Mit der Aufgabe des Wohnungserwerbs sei die einfache Gesellschaft durch konkludente Übereinkunft gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR aufgelöst worden. Eine Kündigungsfrist sei damit nicht anwendbar und das Gesellschaftsvermögen sei nach Massgabe von Art. 548 ff. OR unter den Gesellschaftern zu verteilen.⁷⁴

⁷² BGer 4A_513/205 vom 13. April 2016, E 3.1.

⁷³ OGer ZH NP160016-O/U vom 14. Juli 2017.

⁷⁴ OGer ZH NP160016-O/U vom 14. Juli 2017, E. 1.1 ff. und E. 3.1 f.

b) Kollektivgesellschaft – Prinzip der Selbstorganschaft

Das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen befasste sich in der Berichtsperiode mit dem Prinzip der Selbstorganschaft bei der Kollektivgesellschaft.⁷⁵ Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Kläger führt die Autowerkstatt Garage A, die seit Juli 2014 als Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen ist. Vorher arbeitete der Kläger in der Autowerkstatt W, die im Zeitpunkt des Entscheids C. gehört und seit November 2013 als Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen ist. Der Kläger stellte für zwischen Oktober und Dezember 2013 durchgeführte Reparaturen drei Rechnungen an den Beklagten aus, die unbezahlt geblieben sind. Die Rechnungen trugen den Briefkopf der Garage A.⁷⁶ Der Beklagte verweigerte die Zahlung der Rechnungen, weil dieser davon ausgeing, die Autoreparaturverträge mit der Autowerkstatt W. abgeschlossen zu haben und daher dem Einzelunternehmen Garage A nichts zu schulden.

Gemäss Vorinstanz wurde die Autowerkstatt W vom Kläger und von C. in der Form einer Kollektivgesellschaft geführt. Nach Art. 563 OR ist jeder gutgläubige Dritte zur Annahme berechtigt, dass jeder einzelne Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft zur Vertretung ermächtigt ist, sofern das Handelsregister keine entgegenstehende Eintragung enthält. Diese Bestimmung kommt zwar bei kaufmännischen Kollektivgesellschaften, die entgegen Art. 552 Abs. 2 OR nicht im Handelsregister eingetragen sind, nicht direkt zu Anwendung. Dennoch erlaubt das der Kollektivgesellschaft inhärente Prinzip der Selbstorganschaft die Vermutung, dass jeder Gesellschafter ermächtigt ist, für die Kollektivgesellschaft zu handeln.⁷⁷

Sowohl die Vorinstanz als auch das Kantonsgericht schützten das Vertrauen des Beklagten, die Autoreparaturverträge mit der Autowerkstatt W abgeschlossen zu haben. Insbesondere konnte der Beklagte Autoreparaturverträge mit der Autowerkstatt W eingehen, auch wenn er den Auftrag nur an den Kläger aufgegeben hat. Folglich kann der Beklagte seine Schuld gegenüber der Kollektivgesellschaft auch begleichen, wenn er an den Kläger leistet. Das vom Beklagten vor Gericht geltend gemachte Risiko einer Doppelzahlung besteht nicht.⁷⁸ Dieses Risiko hat der Beklagte geltend gemacht, weil er der Ansicht war, die Forderungen nicht der Garage A des Klägers, sondern der Autowerkstatt W zu schulden.

Die Klage des Klägers wurde jedoch abgewiesen, weil der Kläger eine Leistung an die Autowerkstatt W (Kollektivgesellschaft) ausdrücklich ablehnte und stattdessen ausdrücklich eine Leistung an sich selbst verlangte.⁷⁹

⁷⁵ KGer SG BE.2016.6 vom 8. August 2016.

⁷⁶ KGer SG BE.2016.6 vom 8. August 2016, A.

⁷⁷ KGer SG BE.2016.6 vom 8. August 2016, E. 4.b.

⁷⁸ KGer SG BE.2016.6 vom 8. August 2016, E. 1.b.

⁷⁹ KGer SG BE.2016.6 vom 8. August 2016, E. 4.b.

c) Genossenschaft - Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl

Das Bundesgericht hat sich in der Berichtsperiode über die Kognition des Handelsregisteramts im Zusammenhang mit einem Organisationsmangel einer Genossenschaft auseinandergesetzt.⁸⁰

Diesem Entscheid liegt ein Auflösungsbeschluss einer Milchgenossenschaft zu Grunde. Vor dem Auflösungsbeschluss der Milchgenossenschaft hatten die vier verbleibenden Genossenschafter ihre Ehefrauen als neue Genossenschafterinnen beim Handelsregister angemeldet. Denn gemäss Art. 831 OR bedarf eine Genossenschaft mindestens sieben Genossenschafter. Wird diese Mindestmitgliederzahl unterschritten, liegt ein schwerer Organisationsmangel vor. In diesem Fall hat das Handelsregisteramt die obersten Leitungsorgane der Genossenschaft gemäss Art. 154 HRegV zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustands unter Androhung der Auflösung der Genossenschaft aufzufordern.⁸¹

Als die bereits aus der Milchgenossenschaft ausgeschiedenen Genossenschafter vom Auflösungsbeschluss erfuhren, verlangten sie vom Handelsregisteramt des Kantons Thurgau die Eröffnung einer Untersuchung gegen die Milchgenossenschaft wegen Organisationsmangels. Ferner verlangten sie eine Handelsregistersperre und die Anerkennung als Verfahrenspartei. Im Wesentlichen begründeten die ehemaligen Genossenschafter ihre Anliegen damit, dass die Ehefrauen der verbliebenen vier Genossenschafter gar nicht als Mitglieder hätten aufgenommen werden können, da gemäss den Genossenschaftsstauten "jeder handlungsfähige Milchproduzent im Einzugsgebiet von A. [...]" Genossenschafter werden könne. Die letzten Milchproduzenten im besagten Einzugsgebiet seien die vier verbliebenen Genossenschafter gewesen, sodass die Wahl der vier neu gewählten Ehefrauen der vier verbliebenen Genossenschafter nichtig sei. Aufgrund dieses Organisationsmangels könne die Generalversammlung der Milchgenossenschaft gar keine Beschlüsse rechtmässig fassen, womit auch der Auflösungsbeschluss nichtig und daher nicht in das Handelsregister einzutragen sei. Das Handelsregisteramt erliess eine Verfügung im Sinne dieser Anträge. Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau lehnte zwar die Parteieigenschaft der ehemaligen Genossenschafter ab, schützte aber die übrigen Anträge.⁸²

Das Bundesgericht kassiert den Entscheid der Vorinstanz und lässt die Eintragung der Auflösung der Milchgenossenschaft zu. Das Bundesgericht verneint eine Kognition des Handelsregisteramts im Zusammenhang mit der Wahl der Ehefrauen als neue Genossenschafterinnen. Es erinnert dabei daran, dass das Handelsregisteramt in materiellen Rechtsfragen nur eine eingeschränkte Kognition hat, die auf die Einhaltung zwingender Gesetzesbestimmungen abzielt, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze

⁸⁰ BGer 4A_37072015 vom 16. Dezember 2015.

⁸¹ BGer 4A_37072015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.

⁸² BGer 4A_37072015 vom 16. Dezember 2015, A.

Dritter aufgestellt worden sind. Statutarische Anforderungen an den Kreis der Genossenschafter gehören gerade nicht zu solchen Bestimmungen, deren Einhaltung das Handelsregisteramt sicherstellen muss. Das Bundesgericht räumt zwar ein, dass das Handelsregisteramt eine allfällige Nichtigkeit beachten muss. Im vorliegenden Fall könne eine Nichtigkeit jedoch nicht angenommen werden, wo doch nach dem Wortlaut der genannten Bestimmung in den Genossenschaftsstatuten nicht zwingend folge, dass pro Milchbetrieb im relevanten Einzugsgebiet nur eine Person Genossenschafter werden könne.⁸³ Damit bestand nach Ansicht des Bundesgerichts im Zeitpunkt der Fassung des Auflösungsbeschlusses kein Organisationsmangel, den das Handelsregisteramt hätte beanstanden könne, weshalb das Handelsregisteramt den in der Folge gefassten und angemeldeten Auflösungsbeschluss eintragen muss.

3. Umstrukturierungsrecht

a) *Keine Pflicht des Umstrukturierungsprüfers zur Überschuldungsanzeige*

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil geht es um die Frage, ob der Umstrukturierungsprüfer eine Pflicht zur Anzeige einer offensichtlichen Überschuldung hat.⁸⁴ Konkret ging es um die Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft gemäss Art. 54 Abs. 1 lit. a FusG. Die Kläger machten geltend, der beklagte Umwandlungsprüfer (der im Urteil als "Gründungsrevisionsstelle" bezeichnet wird, wobei es sich offensichtlich nicht um die ordentliche Revisionsstelle handelte) hätte die für die Umwandlung der Gesellschaft von einer GmbH in eine AG notwendige Prüfungsbestätigung nicht abgeben dürfen, weil die Gesellschaft bereits vor bzw. bei der Gründung (bzw. Umwandlung) überschuldet gewesen sei. Zudem hätte der Umwandlungsprüfer den Richter benachrichtigen müssen.⁸⁵

Das Bundesgericht hält fest, dass es bei der Prüfung nach Art. 62 Abs. 4 FusG in erster Linie um die in Art. 56 FusG vorgesehene Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte und die in Art. 57 FusG enthaltenen Vorschriften in Bezug auf die Gründung geht. Angesichts dieses Zwecks unterscheidet sich die Umwandlungsprüfung von der ordentlichen und der eingeschränkten Revision, die der Kontrolle der Konformität der Jahresrechnung mit den gesetzlichen und statutarischen Vorschriften (Art. 728a und 729a OR) dienen und für welche je eine (subsidiäre) Anzeigepflicht bei offensichtlicher Überschuldung statuiert ist (Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR). Das Bundesgericht kommt deshalb zum Schluss, dass der Umwandlungsprüfer auch bei offensichtlicher Überschuldung keine Anzeige an das Gericht machen muss. Ob vorliegend die Gründungsvoraussetzungen der neuen Rechtsform der Aktiengesellschaft eingehalten wurden, was mit dem positiven Prüfungsbericht bestätigt wurde, und ob diesbezüg-

⁸³ BGer 4A_37072015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

⁸⁴ BGer 4A_574/2015 vom 11. April 2016.

⁸⁵ BGer 4A_574/2015 vom 11. April 2016, E. B.

lich eine Pflichtverletzung vorlag, weil trotz der von den Klägerinnen behaupteten Überschuldung ein positiver Prüfungsbericht abgegeben und damit die Umwandlung ermöglicht wurde, wurde vom Gericht offen gelassen, da mit der Vorinstanz der Nachweis des Schadens zu verneinen ist.