Baker McKenzie.

Wirtschaftsrecht 2021
Trends & Entwicklungen

Schulthess §

Baker McKenzie.

Wirtschaftsrecht 2021

Trends & Entwicklungen

Nadine Bosshard, CEMS MIM
Dr. Matthias Courvoisier, MSc in Finance (London Business School)
Prof. Dr. Joachim Frick, LL.M./J.S.D.
Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M.
Dr. Valentina Hirsiger
Christoph Kurth, LL.M.
Selina Many, dipl. Steuerexpertin
Dr. Sandra Marmy-Brändli
Dr. Manuel Meyer
Dr. Philippe Monnier
Corinne Nacht, M.A. HSG in Law and Economics
Sylvia Polydor, LL.M.
Philippe Reich, LL.M.
Dr. Peter Reinert, LL.M.
Dr. Julia Schieber
Tanja Schmid, MLaw
Dr. Ansgar Schott, LL.M.
Eva-Maria Strobel, EMLE
Boris Wenger, J.S.M.
Dr. Markus Winkler

Schulthess § 2021

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2021
ISBN 978-3-7255-8318-8

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Gesellschaftsrecht (Glanzmann / Meyer) (Seite 1–16)

I. Neue Entwicklungen 1
1. Abschaffung Inhaberaktien (Global Forum Gesetz) 1
2. Handelsregisterrecht 2
3. Registerwertrecht (DLT-Vorlage) 3
4. Vereinfachung bei der Abtretung von Stammanteilen 3
5. Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative 3
6. Grosse Aktienrechtsrevision 4

II. Rechtsprechung Kapitalgesellschaften (AG und GmbH) 5
1. Sonderprüfung 5
2. Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen 7
3. Verwaltungsratsbeschluss 7
4. Organisationsmangel 8
4.1 Pattsituation 8
4.2 Fehlender Verwaltungsrat 9
4.3 Fehlende Revisionsstelle 10
4.4 Einsetzen eines Sachwalters 11
5. Unabhängigkeit der Revisionsstelle 12
6. Ausschluss eines Gesellschafters 12
7. Pattsituation in der GmbH (Deadlock) 13

III. Rechtsprechung übriges Gesellschaftsrecht 15

Finanzmarktrecht (Schott/Schmid) (Seite 17–45)

I. Neue Entwicklungen 17
1. Gesetzgebung 17
1.1 Finanzdienstleistungs- und Finanzinstitutsgesetz 17
a) Übergangsfristen 17
b) Gesetzesänderungen 18
1.2 Distributed Ledger Technologie-Gesetz (DLT-Gesetz) ... 19
a) Obligationenrecht 19
b) Finanzmarktinfrastrukturgesetz 20
c) Bucheffektengesetz 21

d) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs 21
e) Bankengesetz 22
1.3 Kollektivanlagengesetz 23
1.4 Banken-, Bucheffekten- und Pfandbriefgesetz 24
a) Einlegerschutz 24
b) Insolvenzrecht 25
c) Segregierung 26
1.5 Geldwäschereigesetz 26
1.6 Versicherungsrecht 27
a) Teilrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes 27
b) Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes 29
1.7 Umsetzung Basel III 30
2. Verordnungen, Richtlinien und Rundschreiben 31
2.1 FINIV-FINMA 31
2.2 Offenlegung klimabezogener Finanzrisiken 33
2.3 Direktübermittlung sowie Video- und Online-Identifizierung 34
2.4 Versicherungswesen 35
II. Regulatorische Rechtsprechung und Fallpraxis der FINMA 36
1. FINMA Risikomonitor 2020 36
2. Rechtsprechung 37
2.1 Urteile des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts 37
a) Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen und Gruppenbegriff 38
b) Berufsverbote im Zusammenhang mit Organisationsverschulden und Marktmanipulation/Insiderinformationen..... 39
c) Aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Kollektivrabatte bei Krankenzusatzversicherungen 41
2.2 Kantonale Entscheide 41
2.3 FINMA Enforcement Entscheide 2019 42
a) Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen 42

b) Verletzungen von geldwäschereirechtlichen Pflichten und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit 42
c) Melde- und Angebotspflichten sowie Insiderinformationen 43

Kapitalmarktrecht (Courvoisier) **(Seite 47–53)**

I. Gesetzgebung 47
1. Finanzdienstleistungsgesetz und -verordnung 47
2. Neues Aktienrecht für kotierte Gesellschaften 48
II. Praxis 51
1. Praxis der UEK 51
2. Praxis der Börse 52

Arbeitsrecht (Reinert) **(Seite 55–65)**

I. Gesetzgebung 55
1. Vaterschafts- und Adoptionsurlaub 55
2. Betreuungsurlaub 55
3. Arbeitszeitvorschriften 56
4. Vergütungen an die Geschäftsführung in börsenkotierten Unternehmen 57
5. COVID-19 Gesetzgebung 57
II. Rechtsprechung 58
1. Beschränkte Zulässigkeit der Tragung des Währungsrisikos durch Arbeitnehmer 58
2. Ermessensabhängige jährliche Festsetzung objektiver Bonuskriterien als Gratifikation 59
3. Kein Überzeitanspruch für angestellten Gesellschafter 59
4. Problematik von Aufhebungsvereinbarungen und Forderungsverzichten 60
5. Zustimmung der Arbeitnehmer zum Wechsel der Pensionskasse 62
6. Verjährungsfrist mit Bezug auf Arbeitszeugnisse 62
7. Missbräuchliche Kündigung bei Rückkehr der Mitarbeiterin vom Schwangerschaftsurlaub 63
8. Missbräuchliche Kündigung von Kadermitarbeitern infolge Mobbings 63

9. Unzulässige fristlose Kündigung trotz Beleidigungen und Verlassens der Arbeitsstelle 64
10. Keine Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages bei Verletzung des Prinzips der offenen Tür 64

Sozialversicherungsrecht (Monnier) (Seite 67–77)

I. Neue Entwicklungen 67
1. Reform der Ergänzungsleistungen tritt in Kraft 67
2. Zweiwöchiger Vaterschaftsurlaub 67
3. Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung tritt in Kraft 68
4. AHV/IV/EO 68
4.1 Erhöhung der Renten 68
4.2 Erhöhung der AHV/IV/EO-Beiträge 68
5. BVG 69
5.1 Anpassung der Grenzbeträge 69
5.2 Mindestzinssatz bleibt unverändert 69
5.3 Weiterversicherung bei Stellenverlust älterer Mitarbeiter 69
6. Revision des ATSG 70
7. Revision des Familienzulagengesetzes 70
8. Rückblick: Massnahmen im Zusammenhang mit dem neuartigen Coronavirus 70
9. Ausblick 72
9.1 Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG) 72
9.2 Revision der Arbeitslosenversicherung 72
9.3 Revision der beruflichen Vorsorge 72
9.4 Neues Sozialversicherungsabkommen mit Bosnien und Herzegowina 72
9.5 Brexit 73
II. Rechtsprechung 74
1. ATSG 74
1.1 Zehnjährige Verjährungsfrist für die Vollstreckungsverwirkung 74

1.2 Erwerbsausfall von Angehörigen der verunfallten Person 74
2. AHV/IV/EO 74
2.1 Eintragung beitragspflichtiger Einkommen Unselbstständigerwerbender 74
2.2 IV-Kinderrente für Flüchtlinge 75
2.3 Keine Betriebszulagen bei Mutterschaft selbständig erwerbender Frauen 75
2.4 Vorleistungspflicht der Invalidenversicherung 75
3. BVG 75
3.1 Teilung der Wertschwankungsreserven 75
3.2 Teilliquidation der Sammelstiftung infolge Kündigung des Anschlussvertrags 76
4. AVIG 76
4.1 Beitragspflicht bei nachträglicher Lohnzahlung 76
4.2 Vermittlungsfähigkeit während der Schwangerschaft 77
4.3 Anrechenbarer Arbeitsausfall 77

Steuerrecht (Many) **(Seite 79–92)**

I. Neue Entwicklungen 79
1. Nationales Steuerrecht 79
1.1 Vernehmlassung zur Revision des MWSTG 79
1.2 Kreisschreiben und Merkblätter 80
a) Update zum KS Nr. 37 der ESTV betreffend Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen 80
b) Update zum KS Nr. 28 der SSK vom 28. August 2008 betreffend Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer 81
2. Internationales Steuerrecht 82
2.1 OECD-Blueprints zu Pillar One und Pillar Two 82
2.2 Verständigungsvereinbarungen mit Nachbarstaaten zu grenzüberschreitenden Arbeitnehmern in Zusammenhang mit COVID-19 83
II. Rechtsprechung 84
1. Entscheid betreffend Besteuerung von Marchzinsen bei «gewöhnlichen» Darlehen 84
2. Entscheide zum Verrechnungssteuerrecht 85

2.1 Vorbemerkungen 85
2.2 Rückerstattungsberechtigung nach einer konzerninternen Transaktion bei bestehenden Altreserven 86
2.3 Rückerstattungsberechtigung nach einer Dritttransaktion bei bestehenden Altreserven 88
3. Entscheid zum Mehrwertsteuerrecht 91

Kennzeichenrecht (Schieber, Polydor, Bosshard) (Seite 93–103)

I. Neue Entwicklungen 93
1. Praxisänderungen des IGE im Jahr 2020 94
1.1 Unterscheidungskraft von geografischen Namen im Anwendungsbereich der bilateralen Abkommen über den Schutz von Herkunftsangaben 94
1.2 Eintragung einer Herkunftsangabe beschränkt auf einen Produktionsschritt als Wortmarke 94
II. Rechtsprechung 95
1. Schutzfähigkeit eines QR-Codes als Bildmarke 95
2. Verwirkung eines allfällig bestehenden Unterlassungsanspruchs und bona fides superveniens 96
3. Schwelle des rechtlich erheblichen Kennzeichengebrauchs auf einer in der Schweiz abrufbaren Internetseite 99
4. Auskunftsbegehren des Markeninhabers beim Import markenverletzender Ware zum privaten Gebrauch 102

Urheber- und Designrecht (Strobel, Marmy-Brändli) (Seite 105–113)

I. Gesetzgebung 105
1. Designrecht 105
2. Urheberrecht 105
2.1 Urheberrechtlicher Schutz für nicht individuelle Fotografien 105
2.2 Neue Kollektivverwertungspflicht für das Zugänglichmachen audiovisueller Werke 107
2.3 Neue Urheberrechtsschranken 107
2.4 Stay-Down Pflicht für gewisse Host Provider 108
2.5 Erweiterte Kollektivlizenzen 108
II. Rechtsprechung 109

1. Angemessene Schranke oder uferloses Benutzungsrecht? Zur Qualifikation des Art. 22c URG im Lichte des Dreistufentests 109
2. Gestaltungshöhe und Eigenart – auch aus strafrechtlicher Sicht ein heikler Ermessensentscheid 112

Wettbewerbsrecht (Wenger, Reich) (Seite 115–129)

I. Neue Entwicklungen 115
1. Unlauterer Wettbewerb 115
1.1 Gesetzesänderungen 115
1.2 Politische Vorstösse 116
2. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen 116
2.1 Gesetzesänderungen 116
2.2 Politische Vorstösse 117
3. Ausblick 117
II. Rechtsprechung 118
1. Unlauterer Wettbewerb 118
2. Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen 121
2.1 Wettbewerbsabreden 121
a) Horizontale Abreden 121
b) Vertikale Abreden 122
2.2 Missbräuche marktbeherrschender Stellung 123
2.3 Unternehmenszusammenschlüsse 127

Schiedsgerichtsbarkeit (Frick) (Seite 131–141)

I. Gesetzgebung 131
II. Rechtsprechung 133
1. Diskriminierung und Ordre Public 133
2. Geltung einer Schiedsklausel für Gruppengesellschaften 134
3. Antrag auf Revision wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Ordre Public 135
4. Geltung einer Schiedsklausel für Komplementär 136
5. Zuständigkeit für Tochtergesellschaft, Schadensberechnung 137
6. Anspruch auf öffentliche Anhörung, Ordre Public 138
7. Befangenheit eines Schiedsrichters 139

Vertragsrecht und Vertragsmanagement (Hirsiger) (Seite 143–158)

I. Gesetzgebung 143
II. Rechtsprechung 143
1. Werkvertragsrecht 143
1.1 Übermässigkeit von Nachbesserungskosten 143
1.2 Kostenvorschuss für Ersatzvornahme 144
1.3 Entschädigung des Unternehmers bei Rücktritt 146
2. Mäklerrecht 147
2.1 Maklerprovision bei verletzter Exklusivität 147
2.2 Maklerprovision trotz unterbrochener Verkaufsbemühungen 149
3. Auftragsrecht 151
3.1 Sorgfaltspflicht bei Zahlungsaufträgen mittels gefälschter E-Mail 151
3.2 Sorgfaltspflicht bei Zahlungssaufträgen via E-Mail 152
3.3 Rechenschaftspflicht der Vermögensverwalterin 154
3.4 Zulässigkeit des Verzichts auf Retrozessionen 155
4. Verhältnismässigkeit von Konventionalstrafen 156

Compliance (Kurth) (Seite 159–180)

I. Neue Entwicklungen 159
1. Whistleblowing: Weiterhin keine spezifischen gesetzlichen Regelungen betreffend Hinweisgebersysteme 159
2. ESG-Compliance: Neue Berichterstattungs-, Prüfungs- und Sorgfaltspflichten 160
2.1 Allgemeine ESG-Berichterstattungspflichten 161
2.2 Besondere ESG-Sorgfaltspflichten im Bereich Konfliktmineralien und Kinderarbeit 163
2.3 Berichterstattung bezüglich klimabedingter Finanzrisiken durch regulierte Finanzinstitute 164
2.4 Berichterstattung bezüglich klimabedingter Risiken durch Finanzinstitute und nicht-finanzielle Unternehmen 164
2.5 CO2-Gesetz und Technical Compliance 165
3. Datenschutzrecht: Angleichung an EU-Standards 165
4. Cyber Security: Meldepflichten betreffend Cyber-Vorfällen 167

5. Exportkontrolle und Handelssanktionen 168
5.1 Güterkontrolle 168
5.2 Handelssanktionen 169
5.3 Vermögenssperrungen 169
5.4 Private Sicherheitsdienstleistungen: Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über private Sicherheitsdienstleistungen 170
6. Telekommunikationsrecht: Neue Compliance-Vorgaben 171
7. Heilmittelrecht: Neue Integritäts- und Transparenzvorschriften 172
8. Wirtschaftsstrafrecht: Aufschub der Anklageerhebung («Swiss DPA») 173
II. Rechtsprechung 175
1. Wirtschaftsstrafrecht 175
1.1 Verjährung der Unternehmensstrafbarkeit i.S.v. Art. 102 StGB 175
1.2 Kooperation mit ausländischen Behörden 175
1.3 Verwendung von Interviewnotizen aus internen Untersuchungen im Strafverfahren 176
1.4 Verweigerungsrecht einer Bank gegen Instruktionen des Bankkunden 176
1.5 Retrozessionen 177
2. Datenschutzrecht 178
2.1 Internationale Datentransfers in schwerer See 178
2.2 Umfang des Auskunftsbegehrens nach Art. 8 DSG 178
3. Telekommunikationrecht 179

Gesellschaftsrecht

LUKAS GLANZMANN, MANUEL MEYER*

I. Neue Entwicklungen

1. Abschaffung Inhaberaktien (Global Forum Gesetz)

Wie bereits in der letzten Ausgabe erläutert, trat am 1. November 2019 das sog. *Global Forum* Gesetz in Kraft. Dieses beinhaltet verschiedene Änderungen des OR und StGB, die eine signifikante Verschärfung der seit 1. Juli 2015 geltenden GAFI-Bestimmungen (Art. 697*i*–697*m* sowie 790*a* OR) bewirken.[1] Die Gesetzesnovelle bewirkt die faktische Abschaffung der Inhaberaktien. Diese sind nur noch zulässig, wenn sie als Bucheffekten ausgegeben sind oder die Gesellschaft börsenkotiert ist.

Am 1. Mai 2021 läuft nun die Frist für die freiwillige Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien ab. Ab dann werden alle Inhaberaktien von Gesetzes wegen zu Namenaktien umgewandelt. Die Handelsregister nehmen die entsprechenden Einträge vor und sperren das Handelsregister für Statutenänderungen bis die Statuten um die Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien ergänzt wurden (Art. 4 f. Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Juni 2019).[2]

---

* 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 Kristina Martinovic für die Mitarbeit.

1 Für eine detaillierte Darstellung des *Global Forum Gesetzes* vgl. LUKAS GLANZMANN, Abschaffung der Inhaberaktien sowie neue strafrechtliche Sanktionen für Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 2019 611–621 und PHILIP SPOERLÉ, Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, in GesKR 2019 339–354.

2 BBl 2019 4489, 4493.

2. Handelsregisterrecht

Am 1. Januar 2021 sind Teile des neuen Handelsregisterrechts in Kraft getreten. Unklar ist die Wirkung des neuen Art. 936*a* Abs. 1 OR, wonach Handelsregistereinträge erst mit der Publikation des Handelsregistereintrags in der elektronischen Ausgabe des Schweizerischen Handelsamtsblatts (SHAB) wirksam werden. Die Botschaft begründet die Gesetzesänderung mit der Verfügbarkeit der elektronischen Ausgabe des SHAB, weshalb Handelsregistereinträge gegenüber Dritten mit der Publikation wirksam werden sollen und nicht erst am folgenden Werktag.[3] Der Gesetzestext macht jedoch keine Unterscheidung zwischen der Rechtswirksamkeit von Handelsregistereinträgen gegenüber Dritten und im internen Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern mehr. In seiner Praxismitteilung vom 10. Dezember 2020[4] ging das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) noch davon aus, dass Handelsregistereinträge generell erst mit der Publikation rechtswirksam werden. Dieses Verständnis wurde – wohl infolge der damit verursachten Probleme bei Publikumsgesellschaften – jedoch mit der Praxismitteilung vom 10. Februar 2021[5] revidiert. Das EHRA scheint damit den Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit von Handelsregistereinträgen im internen Verhältnis nach wie vor auf das Datum des Tagesregistereintrags zu beziehen, obschon auch der Wortlaut des neuen Art. 34 HRegV die Rechtswirksamkeit des Eintrags zeitlich an die Publikation anknüpft.

In formeller Hinsicht ist auf zwei Änderungen besonders hinzuweisen: Erstens ist die sog. Stampa-Erklärung nicht mehr anhand eines gesonderten Standardformulars abzugeben, sondern in der öffentlichen Urkunde über die Gründung bzw. Kapitalerhöhung zu integrieren (Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4, Art. 652*g* Abs. 1 Ziff. 4 und Art. 834 Abs. 2 OR). Zweitens können neuerdings alle Zeichnungsberechtigten einer Rechtseinheit (und nicht nur die Mitglieder des obersten Leitungsorgans) sowie (schriftlich) bevollmächtigte Dritte die Handelsregisteranmeldung unterzeichnen (Art. 17 HRegV).

Gleichzeitig trat am 1. Januar 2021 die revidierte Gebührenverordnung über das Handelsregister in Kraft.[6] Bemerkenswert ist, dass die Handelsregistergebühren neu nicht mehr von der Höhe des Gesellschaftskapitals abhängig sind.

---

3 BBl 2015 3617, 3646 f.

4 Abrufbar unter <https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/Praxismitteilung_EHRA_4_2020_D.pdf> (zuletzt besucht am 18. Februar 2021).

5 Abrufbar unter <https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/Praxismitteilung_EHRA_1_2021_D.pdf> (zuletzt besucht am 18. Februar 2021).

6 SR 211.411.1.

3. Registerwertrecht (DLT-Vorlage)

Das Parlament hat im September 2020 die DLT-Vorlage (Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register) – auch bekannt als "Blockchain-Gesetz" – einstimmig verabschiedet. Die sich daraus ergebenden Änderungen im Obligationenrecht, im Bucheffektengesetz und im Bundesgesetz über das internationale Privatrecht sind am 1. Februar 2021 in Kraft getreten. Die übrigen Bestimmungen treten am 1. August 2021 in Kraft.[7]

Art. 973*d* ff. OR führen neu das Registerwertrecht im Unterschied zum einfachen Wertrecht ein. Das *einfache* Wertrecht entspricht dem bisherigen Wertrecht. Es handelt sich um ein unverbrieftes Recht, das mit Eintrag im Wertrechtebuch nach Massgabe des Eintrags entsteht. Das Registerwertrecht unterscheidet sich vom einfachen Wertrecht insofern, als ihm Wertpapierwirkungen zukommen. Das Registerwertrecht stellt vereinfacht gesagt ein "papierloses Wertpapier" dar.

4. Vereinfachung bei der Abtretung von Stammanteilen

Die Abtretung von Stammanteilen an einer GmbH sowie die Verpflichtung dazu sind formbedürftig. Sie unterstehen der schriftlichen Form (Art. 785 Abs. 1 OR). Inhaltlich sind Hinweise auf die statutarischen Rechte und Pflichten aufzunehmen. Diese inhaltliche Formvorschrift wurde am 1. Januar 2021 dahingehend gelockert, dass ein solcher inhaltlicher Hinweis nicht mehr erforderlich ist, wenn der Erwerber bereits Gesellschafter ist (Art. 785 Abs. 2 OR).

5. Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative

Der Schweizer Souverän hat die Konzernverantwortungsinitiative am 29. November 2020 abgelehnt. Damit kommt der Gegenvorschlag des Parlaments zum Zug. Dieser sieht eine Änderung des Obligationenrechts und des Strafgesetzbuches vor.[8] Der Bundesrat wird das Datum der Inkraftsetzung nach Ablauf des fakultativen Referendums festlegen.

---

7 AS 2001 33.

8 Schlussabstimmungstext abrufbar unter <www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/Schlussabstimmungstext%202%20NS%20D.pdf> (zuletzt besucht am 17. Februar 2021).

Zum einen sieht der Gegenvorschlag neu eine Berichterstattungspflicht über nichtfinanzielle Belange für Gesellschaften des öffentlichen Interesses oder für Gesellschaften, die alleine oder zusammen mit von diesen beherrschten Unternehmen mindestens 500 Angestellte im Jahresdurchschnitt beschäftigen und entweder eine Bilanzsumme von 20 Millionen Franken oder einen Umsatzerlös von 40 Millionen Franken ausweisen, vor, sofern sie keinen gleichwertigen Bericht nach ausländischem Recht erstellen müssen (Art. 964bis nOR).

Zum anderen verpflichtet der Gegenvorschlag Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz zur Einhaltung von bestimmten Sorgfaltspflichten in der Lieferkette und zur diesbezüglichen Berichterstattung, sofern sie entweder *(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} nOR).

Die Verletzung dieser Vorschriften ist mit Busse bis zu 100'000 Franken strafbewährt (Art. 325ter nStGB).

6. Grosse Aktienrechtsrevision

Nachdem der Bundesrat die Revision des Aktienrechts am 28. November 2014 in die Vernehmlassung gesandt hatte, einigte sich das Parlament schliesslich am 19. Juni 2020 auf einen umfangreichen Gesetzesentwurf über die Revision des Aktienrechts.[9] Zahlreiche aktienrechtliche oder zumindest aktienrechtsrelevante Neuerungen wie bspw. die Abschaffung der Inhaberaktie, die Einführung des Registerwertrechts und die Modernisierung des Handelsregisterrechts wurden jedoch von der Aktienrechtsrevision ausgegliedert und sind grösstenteils bereits in Kraft (siehe oben).

Die Referendumsfrist zum neuen Gesetzesentwurf vom 19. Juni 2020 lief am 8. Oktober 2020 unbenützt ab. Der Bundesrat hat bis heute das Datum der Inkraftsetzung noch nicht festgelegt. Aufgrund der jüngsten Verlautbarungen soll die Gesetzesnovelle jedoch nicht vor Anfang 2023 in Kraft treten.[10] Demgegenüber bereits in Kraft gesetzt wurden am 20. Oktober 2020 eine neue SchKG-Bestimmung über die provisorische Stundung (Art. 293*a* Abs. 2 SchKG)[11] und

[9] AS 2020 4005.

[10] Erläuterungsbericht zum Vorentwurf zur neuen HRegV.

[11] AS 2020 4145.

am 1. Januar 2021 die Bestimmung über die Vertretung der Geschlechter in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung (Art. 734*f* OR).[12]

II. Rechtsprechung Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)

1. Sonderprüfung

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil geht es um die Beurteilung eines Begehrens auf Einsetzung eines Sonderprüfers.[13] Im konkreten Fall wurde die Einsetzung eines Sonderprüfers beantragt, um die Gründe für die Veränderung beziehungsweise für die Zunahme des Personalaufwandes der Gesellschaft zu eruieren. Die Sonderprüfung wurde mit Blick auf eine allfällige Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR angestrengt.

Das Bundesgericht hatte sich zuerst mit dem Argument der Gesellschaft auseinanderzusetzen, wonach die Jahresrechnung 2018 an der Generalversammlung vom 25. Juni 2019 ohne Gegenstimme genehmigt worden sei und dieser Genehmigungsbeschluss nicht angefochten worden sei. Gestützt darauf folgerte die Gesellschaft, dass mit dem rechtsgültigen Abschluss des Geschäftsjahres 2018 alle Aktionärsrechte verwirkt seien, so auch hinsichtlich der Rückerstattung allfälliger im Jahre 2018 getätigter Bezüge.[14] Nach Ansicht des Bundesgerichts trifft dies zumindest in dieser Allgemeinheit nicht zu. Auch sei nicht erkennbar, inwiefern die blosse Genehmigung der Jahresrechnung, die den Personalaufwand nur insgesamt, nicht aber die einzelnen Vergütungen an die Organe ausweist, eine Klage auf Rückerstattung von ungerechtfertigterweise erbrachten Leistungen per se ausschliessen soll.[15]

Weiter machte die Gesellschaft geltend, dass sie nicht verpflichtet sei, Löhne der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats bekannt zu geben. Insbesondere sei selbst bei börsenkotierten Gesellschaften keine individuelle Offenlegung einzelner Gehälter gefordert.[16] Dem entgegnete das Bundesgericht, dass mit der Sonderprüfung nicht ohnehin offenlegungspflichtige Sachverhalte, sondern noch

---

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

13 BGer 4A_312/2020 vom 15. Oktober 2020.

14 Erwägung 3.2.1.

15 Erwägung 3.2.2.

16 Erwägung 3.3.1.

nicht bekannte gesellschaftliche Vorgänge untersucht werden sollen. Dass die Zusammensetzung des Personalaufwands beziehungsweise die Gründe für dessen Zunahme für eine allfällige Rückerstattungsklage erforderlich seien, liege auf der Hand. Es sei unerheblich, dass diese Informationen nicht von Gesetzes wegen im Geschäftsbericht zu publizieren seien.[17]

Ferner hält das Bundesgericht fest, dass dem Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers zu entsprechen sei, wenn sich die rechtlichen Vorbringen zu den Anspruchsvoraussetzungen bei summarischer Prüfung als einigermassen aussichtsreich oder doch zumindest als vertretbar erweisen.[18] Im vorliegenden Fall sei die vorausgesetzte Gesetzes- oder Statutenverletzung zumindest glaubhaft gemacht worden, da sie sich auf verschiedene Indizien stütze, wie die beharrliche, mehrfache Verweigerung sachdienlicher Auskünfte an der Generalversammlung, eine markante Zunahme des Personalaufwands, ein zweigeteiltes Aktionariat und die besondere Gefahr der Wegschaffung thesaurierter Gewinne aufgrund der zerstrittenen Situation im Aktionariat.[19]

Schliesslich wurde das Gesuch auch nicht als rechtsmissbräuchlich beurteilt, obwohl auch der Anspruch auf Durchführung einer Sonderprüfung unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots steht. Nach Ansicht des Bundesgerichts kann insbesondere nicht aufgrund einzelner Begebenheiten geschlossen werden, dass an einer Sonderprüfung kein legitimes Interesse bestehe. Ebenfalls sei es unzulässig, alleine gestützt auf den Umstand, dass die Gesuchsteller einerseits und die Gesellschaft beziehungsweise ihre Organe andererseits zerstritten seien und unterschiedliche Interessen verfolgten, einen Missbrauch anzunehmen. Dem Institut der Sonderprüfung liegen nämlich regelmässig solche Interessenkollisionen zugrunde. Zudem könne ein Sonderprüfer auch erst dann eingesetzt werden, wenn der Verwaltungsrat nicht hinreichend Auskunft erteilt und die Mehrheit der an der Generalversammlung vertretenen Stimmen einen entsprechenden Antrag ablehnt. Das Gesetz selber sehe durch hohe Hürden für die Einleitung einer Sonderprüfung einen Interessenausgleich vor, der nicht durch eine Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot unterlaufen werden könne.[20]

---

17 Erwägung 3.3.2.

18 Erwägung 4.1.

19 Erwägung 4.4.1.

20 Erwägung 5.2.

2. Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Bundesgerichtsentscheid geht es um die Frage der Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses.[21] Im konkreten Fall enthielt die Traktandenliste der Generalversammlung einen Verhandlungsgegenstand "Wahl des Verwaltungsrats", erwähnte aber nicht ausdrücklich die Möglichkeit der Abberufung eines Mitglieds des Verwaltungsrats. Der Kläger machte geltend, dass die entsprechende Abwahl eines Verwaltungsratsmitglieds deshalb nichtig sei. Diesbezüglich bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung, dass eine Einberufung ohne vollständige Traktandierung formell mangelhaft sei, was zur Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses führen könne. Auch schwerwiegende formelle Mängel könnten zur Nichtigkeit führen. Allerdings könne die Nichtigkeit nur dann geltend gemacht werden, wenn eine formell korrekt durchgeführte Generalversammlung zu einem (hypothetisch) anderen Beschluss geführt hätte. Eine absolute Nichtigkeit ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nur bei der Universalversammlung, an der nicht sämtliche Aktionäre teilgenommen haben, anzunehmen, selbst wenn eine richtige Universalversammlung hypothetisch den gleichen Beschluss gefasst hätte.[22]

3. Verwaltungsratsbeschluss

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil ging es um die Gültigkeit eines informellen Verwaltungsratsbeschlusses.[23] Konkret war die Frage zu beurteilen, ob der Verwaltungsrat der Übertragung von vinkulierten Namenaktien gültig zugestimmt hat, so dass der Erwerber seine Stimmrechte an der Generalversammlung ausüben konnte. Im konkreten Fall nahmen sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats an der Generalversammlung teil und haben gemäss Protokoll der Generalversammlung einstimmig erklärt, die Aktien seien übertragen worden. Die Vorinstanz kam deshalb zum Schluss, dass ein gültiger Verwaltungsratsbeschluss zur Übertragung der vinkulierten Namenaktien vorgelegen habe. Analog zu Art. 701 Abs. 1 OR (Generalversammlung als Universalversammlung) könne auch eine Verwaltungsratssitzung in Form einer Universalversammlung formfrei abgehalten werden, soweit alle Verwaltungsratsmitglieder anwesend seien und nicht dagegen opponierten. Der Beschluss betreffend Zustimmung sei auch nicht ungültig. Wenn man davon ausgehe, dass Art. 686 OR die Vorgaben dafür enthalte, welche Unterlagen vorliegen müssten,

---

21 BGer 4A_141/2020 vom 4. September 2020.

22 Erwägung 3.2.

23 BGer 4A_188/2020 vom 3. September 2020.

um bei vinkulierten Namenaktien die Zustimmung zur Übertragung zu erteilen, so sei vorliegend nicht erstellt, ob die entsprechenden Dokumente dem Verwaltungsrat tatsächlich vorgelegen hätten. Allerdings handle es sich bei Art. 686 OR nicht um eine Norm, deren Verletzung zu einer qualifizierten Widerrechtlichkeit und damit zur Nichtigkeit des entsprechenden Verwaltungsratsbeschlusses führen würde. Auch die fehlende Protokollierung führe nicht zur Nichtigkeit. Das Bundesgericht hat diese Ausführungen der Vorinstanz aufgrund prozessualer Vorgaben nicht überprüfen können.[24] Im Prozess wurde nicht thematisiert, ob der Erwerber die Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss GAFI-Gesetz (Art. 697*j* OR) vorgenommen hatte.

4. Organisationsmangel

Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode verschiedentlich die Gelegenheit, Organisationsmängel zu beurteilen. In allen Fällen fehlte es der Gesellschaft zumindest an einem gültig bestellten Verwaltungsrat. Die Urteile zeigen, wie unterschiedlich und unberechenbar der Ausgang eines Organisationsmängelverfahrens sein kann.

4.1 Pattsituation

Dem ersten Fall lag eine Pattsituation im Aktionariat zu Grunde, weswegen unter anderem kein Verwaltungsrat gewählt werden konnte.[25] In einem durch das Handelsregisteramt des Kantons Genf eingeleiteten Organisationsmängelverfahren stellte der eine Aktionär den Antrag, das Gericht habe die Versteigerung der Aktien der Gesellschaft anzuordnen, wobei jeder der beiden Aktionäre in mehreren Runden ein freies Angebot zum Erwerb aller Aktien des Anderen machen könne. Der andere Aktionär beantragte hingegen, dass die Gesellschaft aufzulösen und ein Liquidator zu ernennen sei.[26]

Da die Liquidation der Gesellschaft im Rahmen des Organisationsmängelverfahren als Ultima Ratio gilt, musste sich das Bundesgericht mit der Frage befassen, ob eine Auflösung und Liquidation dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht. Es kam dabei zum Schluss, dass die Anordnung der Liquidation im konkreten Fall nicht zu einem offensichtlich unbilligen Ergebnis führe. Es betonte zudem, dass das Verfahren nach Art. 731*b* Abs. 1 OR zu einer raschen Auflösung der Blockade führen müsse und nicht dazu bestimmt sei, den Kon-

[24] Erwägung 6.1. f.

[25] BGer 4A_499/2019 vom 25. März 2020.

[26] Erwägung B.a.

flikt zwischen den Aktionären zu lösen oder ihr Verschulden bzw. ihre Verantwortlichkeiten zu klären. Schliesslich sei diese Klage schon gar nicht dazu bestimmt, einen Gesellschafter zum Nachteil des anderen zu entschädigen oder zu belohnen. Weil die vom einen Aktionär geforderte Versteigerung der Aktien ein Sachverständigengutachten erfordert hätte, hätte dies die Pattsituation und damit den Organisationsmangel über einen erheblichen Zeitraum verlängert. Hinzu komme, dass die Gesellschaft seit mehreren Jahren keine Tätigkeit mehr ausgeübt habe und sich bereits in einem fortgeschrittenen Liquidationsstadium befand. Deshalb habe sich auch der von der Vorinstanz eingesetzte Sachwalter stets für die Liquidation der Gesellschaft ausgesprochen. Damit werde auch die Gleichbehandlung der Aktionäre sichergestellt und nicht derjenige Aktionär, der über die finanziellen Mittel verfügt, bevorzugt.[27]

Das Bundesgericht weist auch darauf hin, dass die Organisationsmängelklage nicht als Umgehung der Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR eingesetzt werden dürfe. Deshalb müssten die strengeren Voraussetzungen des Art. 736 Ziff. 4 OR ebenfalls erfüllt sein.[28] Auch die Auflösung aus wichtigem Grund sei eine subsidiäre Massnahme und könne nur nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit angeordnet werden. Im vorliegenden Fall sei keine solche Umgehung auszumachen, weil die Klage nicht von demjenigen Aktionär eingeleitet worden sei, der letztlich die Auflösung verlangt habe. Zudem habe ein über Jahre anhaltender unüberwindbarer Konflikt angehalten, der zu einer völligen Lähmung der Geschäftsführung der Gesellschaft geführt habe. Aus diesem Grund sei die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund gerechtfertigt.[29]

4.2 Fehlender Verwaltungsrat

In einem weiteren vom Bundesgericht beurteilten Fall fehlte es der Gesellschaft aus nicht näher erläuterten Gründen unter anderem ebenfalls an gültig gewählten Mitgliedern des Verwaltungsrats.[30] Das Aktionariat der Gesellschaft setzte sich aus einem Minderheitsaktionär mit 48.33% der Aktien und einem Mehrheitsaktionär mit 51.67% der Aktien zusammen. Der Minderheitsaktionär leitete ein Organisationsmängelverfahren ein und verlangte die Ernennung eines Sachwalters sowie die Bestellung einer unabhängigen Revisionsstelle. Die erste Instanz lehnte dieses Gesuch ab und setzte den Mehrheitsaktionär als einzelzeichnungs-

27 Erwägung 4.3.

28 Erwägung 5.1.

29 Erwägung 5.3.

30 BGer 4A_412/2020 vom 16. September 2020.

berechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats ein und "bestätigte" die bereits bestehende Revisionsstelle, jeweils für eine Mindesteinsatzdauer von einem Jahr.

Das Bundesgericht hält in seinem Entscheid fest, dass der Gesetzgeber dem Richter bei der Behebung eines Organisationsmangels einen hinreichenden Handelsspielraum gewähren wollte, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls angemessene Massnahme treffen zu können. Das Bundesgericht schreitet gegen solche Ermessensentscheide nur mit Zurückhaltung und einzig dann ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn Tatsachen berücksichtigt wurden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Zudem wird in derartige Ermessensentscheide eingegriffen, wenn sich diese als offensichtlich unbillig oder als in stossender Weise ungerecht erweisen.[31] Da diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht gegeben waren, hat das Bundesgericht den vorinstanzlichen Entscheid aufrechterhalten. Im Übrigen hatte es klargestellt, dass es im Organisationsmängelverfahren grundsätzlich nicht darum gehen könne, die wirtschaftliche Richtigkeit von Geschäftsentscheiden der Gesellschaftsorgane zu hinterfragen. Entsprechend sei die vorinstanzliche Erwägung nicht zu beanstanden, die mangelhafte Aufgabenerledigung eines Organs alleine begründe keinen Organisationsmangel, sondern hierfür stünden andere Behelfe, wie etwa eine Verantwortlichkeitsklage, zur Verfügung.[32]

4.3 Fehlende Revisionsstelle

In einem weiteren Entscheid zu einem Organisationsmangel ging es um eine Gesellschaft, die keine gesetzmässige Revisionsstelle, keinen eingetragenen Verzicht auf die eingeschränkte Revision, keinen Verwaltungsrat und keine vertretungsberechtigte Person mit Wohnsitz in der Schweiz hatte.[33] Auf Antrag des kantonalen Handelsregisteramts hat die Vorinstanz der Gesellschaft eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands eingeräumt, andernfalls die Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs liquidiert werde. Das Gericht ordnete danach die Liquidation der Gesellschaft an und machte geltend, es sei nicht Sache des Gerichts, Organisationsmängel zu beheben, welche die Aktionäre ohne weiteres selbst beseitigen könnten. Das Bundesgericht erkennt in seinem Entscheid, dass das Gericht bei der Ausübung seines Ermessensspielraums nach Art. 731*b* Abs. 1 OR nicht ungebunden sei. Die darin genannten

31 Erwägung 4.2.

32 Erwägung 4.3.4.

33 BGer 4A_439/2020 vom 5. Oktober 2020.

Massnahmen stünden in einem Stufenverhältnis, wobei das Gericht die drastische Massnahme der Auflösung erst anordnen solle, wenn die milderen Massnahmen nicht genügen oder erfolglos geblieben seien. Es gelte mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip, das heisst nur wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erwiesen, komme als Ultima Ratio die Auflösung der Gesellschaft zur Anwendung. Dies sei etwa der Fall, wenn Verfügungen nicht zustellbar seien oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lasse.[34] Gestützt auf die Ausführungen der Vorinstanz hat das Bundesgericht angenommen, dass die Gesellschaft eine Universalversammlung hätte durchführen können, um die bestehenden Organisationsmängel zu beheben. Unter dieser Voraussetzung sei es in der Tat nicht Aufgabe des Gerichts, gestützt auf Art. 731*b* OR Organisationsmängel zu beheben, welche die Gesellschaft beziehungsweise die Aktionäre selbst beseitigen könnten. Vielmehr dienten die genannten Bestimmungen dazu, Organisationsmängel zu beheben, welche die Gesellschaft aus bestimmten Gründen nicht aus eigener Kraft zu beseitigen vermag. Dies sei insbesondere der Fall, wenn ein Organisationsmangel darauf zurückzuführen sei, dass im Aktionariat der Gesellschaft eine Pattsituation beziehungsweise eine Blockade bestehe, die dazu führt, dass ein obligatorisches Gesellschaftsorgan nicht bestellt werden könne.[35]

4.4 Einsetzen eines Sachwalters

Schliesslich musste das Bundesgericht den Fall eines Organisationsmängelverfahrens beurteilen, bei dem es um die Frage ging, ob das Gericht einen Sachwalter einsetzen könne.[36] Das Gesuch um Einsetzung eines Sachwalters erging von einem Aktionär, der 50% der Gesellschaft hielt. Der andere Aktionär hat dieses Gesuch abgelehnt. Das Bundesgericht hat den vorinstanzlichen Entscheid auf Einsetzung eines Sachwalters aufrecht erhalten, weil die beiden Aktionäre auch die einzigen Mitglieder des Verwaltungsrats der Gesellschaft waren, wobei die letzte Generalversammlung im Juni 2009 stattgefunden hat. Da die Mitglieder des Verwaltungsrats für eine Amtsdauer von einem Jahr gewählt worden sind, habe die Gesellschaft über Jahre keinen Verwaltungsrat mehr gehabt, weil eine stillschweigende Verlängerung des Mandats nicht möglich sei, da dies die unübertragbare Wahlkompetenz der Generalversammlung verletzen würde. Diese Situation rechtfertigt, dass ein Sachwalter eingesetzt wird.[37]

---

[34] Erwägung 4.2.

[35] Erwägung 4.4.

[36] BGer 4A_380/2020 vom 25. August 2020.

[37] Erwägung 5.

5. Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich mit der Unabhängigkeit der Revisionsstelle zu befassen.[38] Gemäss Art. 728 OR muss die Revisionsstelle unabhängig sein und sich ihr Prüfungsurteil objektiv bilden. Die Unabhängigkeit darf weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein. Mit der Unabhängigkeit nicht vereinbar ist unter anderem insbesondere das Mitwirken bei der Buchführung sowie das Erbringen anderer Dienstleistungen, durch die das Risiko entsteht, als Revisionsstelle eigene Arbeiten überprüfen zu müssen (Art. 728 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

Die Bestimmungen über die Unabhängigkeit erfassen auch Gesellschaften, die mit der zu prüfenden Gesellschaft oder der Revisionsstelle unter einheitlicher Leitung stehen (Art. 728 Abs. 6 OR). Für die Beantwortung der Frage, ob eine Unvereinbarkeit besteht, sind sowohl die Tatsachen als auch der Anschein, den der Revisor gegen aussen schafft, massgeblich. Unerheblich ist hingegen, ob sich der Revisor als unabhängig erachtet.[39]

Im konkreten Fall war A der verantwortliche Revisionsexperte für die ordentliche Revision der Jahresrechnung 2016 der C. Dieses Mandat hat er offenbar erst nach Abschluss des zu prüfenden Geschäftsjahrs 2016, im Mai 2017 übernommen. Ihm war damals bekannt, dass die D während des Geschäftsjahres 2016 für die C verschiedene Dienstleistungen bezüglich Buchhaltung, Lohnzahlung, Finanzen, Mehrwertsteuerabrechnung, Erstellung des Jahresabschlusses und Steuererklärung erbracht hatte. Die B, deren Geschäftsführer A war, stand kurz vor der Übernahme der D. Ab Juli 2017 war A auch Geschäftsführer der D. Weil A vor Übernahme des Revisionsmandats wusste, dass Mitarbeiter der D an der Buchhaltung des Geschäftsjahres 2016 mitgewirkt hatten, ist davon auszugehen, dass die Unabhängigkeitsvorschriften von Art. 728 Abs. 2 Ziff. 4 OR in Verbindung mit Art. 728 Abs. 6 OR verletzt wurden.[40] Gemäss Bundesverwaltungsgericht musste dem Revisionsexperten ein schriftlicher Verweis erteilt werden.[41]

6. Ausschluss eines Gesellschafters

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Bundesgerichtsentscheid befasst sich das Bundesgericht mit der Frage des Ausschlusses eines Gesell-

[38] Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11. März 2020, Abteilung II, B-2332/2018.

[39] Erwägung 2.1.

[40] Erwägung 2.2.

[41] Erwägung 2.3.3.

schafters aus der GmbH.[42] Im zu beurteilenden Fall geht es um die A GmbH, die von zwei Gesellschaftern, nämlich zu 70% von D, die zugleich auch als einzige Geschäftsführerin der A GmbH amtet, und zu 30% von der B GmbH gehalten wird. C als Geschäftsführer der B GmbH organisierte ohne Wissen und Ermächtigung der D eine Informationsveranstaltung mit zahlreichen Vertriebspartnern und Mitarbeitern der A GmbH.[43] Daraufhin klagte die A GmbH auf Ausschluss der B GmbH als Gesellschafterhin aus wichtigem Grund gemäss Art. 823 OR und auf entschädigungslose Übertragung der von der B GmbH gehaltenen Stammanteile an der A GmbH an D.

Das Bundesgericht stimmt der Würdigung der kantonalen Vorinstanzen zu. Die Durchführung der Informationsveranstaltung ohne Geschäftsführungsbefugnisse durch C stelle eine schwere Pflichtverletzung dar, die mit der (daraus entstandenen) Konfliktsituation zwischen C und D einen Ausschluss rechtfertige.[44] Der Entscheid geht nicht weiter darauf ein, weshalb die B GmbH für die Übertragung ihrer Stammanteile an D keine Entschädigung nach Art. 825 OR erhält.

Die Möglichkeit einer Ausschlussklage besteht bei der GmbH im Gegensatz zur AG infolge der Treupflicht der Gesellschafter und ist stets im Auge zu behalten.[45]

7. Pattsituation in der GmbH (*Deadlock*)

Das Handelsgericht Bern ordnet infolge einer Pattsituation innerhalb der gesellschaftsrechtlichen Organe der Grundeigentümerin eine Grundbuchsperre als vorsorgliche Massnahme an.[46] Die Eigentümerin der mit der Grundbuchsperre belasteten Liegenschaft ist die B GmbH. Diese wird von den sich in Scheidung befindlichen Eheleuten A und D zu je 50% gehalten.[47] Die Eheleute sind je einzelzeichnungsberichtigt.[48] Ein Vorsitzender der Geschäftsführung ist nicht bestimmt, womit ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731*b* OR vorliege.[49] Infolge der im Handelsregister eingetragenen Einzelzeichnungsberichtigung

42 BGer 4A_447/2019 vom 14. April 2020.

43 Erwägung 4.2.

44 Erwägung 4.2.

45 Vgl. in diesem Sinne Erwägung 4.2.

46 HGer BE HG 20 24 vom 28. April 2020.

47 Erwägung 1.2 f.

48 Erwägung 1.3.

49 Erwägung 1.4.

kann jeder Gesellschafter die Gesellschaft gegenüber Dritten rechtsgültig vertreten, auch wenn er infolge der internen Pattsituation gar nicht dazu befugt ist.[50]

Das Handelsgericht dekliniert in seinem Entscheid die üblichen Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme. Eine solche wird gemäss Art. 261 ZPO gewährt, wenn die Gesuchstellerin glaubhaft macht, dass erstens ein ihr zustehender zivilrechtlicher Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und zweitens ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.[51] Schliesslich bedarf es drittens einer gewissen Dringlichkeit.[52]

A konnte nachweisen, dass D in der Vergangenheit wiederholt Mietzinse der vermieteten Liegenschaft der B GmbH direkt auf sein Privatkonto überwiesen hatte.[53] Damit erachtet das Handelsgericht die Befürchtung der Gesuchstellerin A, wonach D die Liegenschaft auf sich übertragen könnte, als plausibel und die erste Voraussetzung der drohenden Anspruchsverletzung als erfüllt.[54] Jedenfalls überzeuge das Argument von D, wonach er keine solche Absichten hege und auch die Prozessunterlagen keinen Hinweis auf solche Absichten enthielten, nicht.[55]

Den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil erblickt das Handelsgericht im vollzogenen Grundbucheintrag bei einem etwaigen Liegenschaftsverkauf. Das Grundbuch würde den Eintrag gestützt auf die im Handelsregister publizierte Einzelzeichnungsberechtigung von D ohne weiteres vollziehen.[56]

Schliesslich sei auch die erforderliche Dringlichkeit gegeben, weil durchaus davon ausgegangen werden könne, dass ein Liegenschaftsverkauf – jedenfalls vor der Behebung des Organisationsmangels mit Entscheid in der Hauptsache – im Grundbuch eingetragen würde.[57]

---

50 Erwägung 8.1.

51 Erwägung 5.1.

52 Erwägung 5.1.

53 Erwägung 8.2.

54 Erwägung 8.2.

55 Erwägung 8.3.

56 Erwägung 8.5.

57 Erwägung 8.6.

III. Rechtsprechung übriges Gesellschaftsrecht

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Bundesgerichtsentscheid[58] befasst sich das Bundesgericht mit der Frage des Vorliegens einer einfachen Gesellschaft. Dem Entscheid liegt eine Bürogemeinschaft zwischen C und der A GmbH zu Grunde. C war der Untermieter der A GmbH. Die Miete wurde jedoch von beiden zu gleichen Teilen getragen. C und die A GmbH sind beide Immobilienmakler. Sie teilten sich auch einen gemeinsamen Internetauftritt, wobei sie ihre Immobilieninserate nicht unter gemeinsamen Namen, sondern jeder für sich unter getrennter, eigener Rubrik unter eigenem Namen und individuellem Branding und Kontaktangaben publizierte. In den Räumlichkeiten waren zwei Büros aufgestellt, das Büro des C und dasjenige des B. B war der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der A GmbH und handelte stets im Namen und auf Rechnung der A GmbH in seiner Funktion als deren einziger Geschäftsführer.

Wenn auch C und die A GmbH während der Dauer der Bürogemeinschaft vereinzelt gemeinsame Mandate geführt und sich die Maklerprovision aufgeteilt haben, blieb dies die Ausnahme. C und die A GmbH unterhielten keine gemeinsame Buchhaltung und fakturierten stets ihr Honorar separat, selbst bei ausnahmsweise gemeinsam geführten Mandaten. Nachdem C die Bürogemeinschaft verlassen hatte, forderte er von B die Herausgabe der Hälfte aller Maklerprovisionen unter dem Titel der einfachen Gesellschaft.[59] Die erste kantonale Instanz verneinte die Passivlegitimation des B, wo doch dieser stets im Namen der A GmbH gehandelt habe. Damit verneinte sie auch den von C geltend gemachten Anspruch. Die erste kantonale Instanz erkannte auch keine Verpflichtung der subsidiär eingeklagten A GmbH. Anders entschied die zweite kantonale Instanz. Das Bundesgericht tranchiert zu Gunsten der ersten kantonalen Instanz.

Eine einfache Gesellschaft ist eine vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Der Vertragsabschluss untersteht keiner besonderen Formvorschrift, sondern kann auch konkludent formlos erfolgen.[60] Derjenige, der das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft behauptet, muss den Vertragsabschluss beweisen (Art. 8 ZGB). D hatte in sämtlichen Prozessschriften geltend gemacht, mit B eine einfache Gesellschaft eingegangen zu sein.[61] Damit konnte

---

58 BGer 4A_312/2019 vom 12. Mai 2020.

59 Erwägung 3.1.

60 Erwägung 3.4.

61 Erwägung 3.6.

das Bundesgericht schon aus der fehlenden Parteibehauptung keine einfache Gesellschaft zwischen C und der A GmbH annehmen.[62] B wiederum hatte keine Immobiliengeschäfte unter eigenen Namen und auf eigene Rechnung durchgeführt, sodass die Ansprüche des C abgewiesen werden mussten.

[62] Erwägung 3.6.