VSW	Verband Schweizerischer Werbegesellschaften
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
WADA	Welt-Anti-Doping-Agentur
WEKO	Wettbewerbskommission
WTO	World Trade Organization («http://www.wto.org»)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

In:
Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2008/2009, Zürich 2009.

Teil 1 Gesellschaftsrecht

*I. Aktienrecht**

A. Gesetzgebung

1. Hauptziele des Entwurfs

Nachdem am 1. Januar 2008 die sog. «kleine Aktienrechtsrevision» in Kraft getreten ist, berät die Rechtskommission des Ständerats bereits einen weiteren Entwurf zur Revision des Aktienrechts. Dieser Entwurf zur sog. «grossen Aktienrechtsrevision» verfolgt vier Hauptziele, nämlich

- die Verbesserung der Corporate Governance,
- eine Flexibilisierung im Bereich der Kapitalstruktur,
- die Modernisierung der Generalversammlung, und
- die Schaffung eines zeitgemässen Buchführungs- und Rechnungslegungsrechts.

Um diese Ziele zu erreichen, sollen weit über 100 Gesetzesartikel geändert, gestrichen oder neu eingeführt werden – und zwar ohne Berücksichtigung der Bestimmungen des neuen Buchführungs- und Rechnungslegungsrechts. Es liegt auf der Hand, dass eine umfassende Darstellung dieser Änderungen den vorliegenden Rahmen sprengen würde. Die folgenden Ausführungen müssen sich deshalb auf die Darstellung einzelner Aspekte beschränken.

2. Verbesserung der Corporate Governance

Wie bereits erwähnt, ist ein Ziel des Entwurfs die Verbesserung der Corporate Governance. Dabei sollen nicht nur die Eigentumsrechte der Aktionäre besser geschützt, sondern auch wirtschaftliche Fehlentwicklungen so weit als möglich vermieden werden. Letzteres scheint ein etwas gar hehres Ziel zu sein und es ist auch nicht ersichtlich, wie es erreicht

* Bearbeitet von PD Dr. Lukas Glanzmann, LL.M., unter Mitarbeit von André Kuhn.

werden soll. Auf jeden Fall dürfte es nicht ausreichen, dass in Zukunft der VR bei begründeter Besorgnis einer Zahlungsunfähigkeit verpflichtet ist, unverzüglich einen Liquiditätsplan zu erstellen und diesen von einem zugelassenen Revisor prüfen zu lassen.

a) Stärkung des Auskunftsrechts

Der Entwurf will das Auskunftsrecht der Aktionäre stärken. So soll bei nicht börsenkotierten Gesellschaften jeder Aktionär vom VR jederzeit schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen können, wobei der VR innert 90 Tagen schriftlich Auskunft erteilen muss. Diese Bestimmung ist problematisch, weil mit jedem Auskunftsbegehren eine neue 90-tägige Frist zu laufen beginnt. Ein querulatorischer Aktionär kann mit immer neuen Auskunftsbegehren einen immensen Aufwand verursachen. Bei Publikumsgesellschaften gilt dieses jederzeitige Auskunftsrecht nicht, weil diese der Pflicht zur Ad-hoc Publizität unterliegen.

b) Entschädigungen

Der Entwurf verzichtete ursprünglich darauf, Vorschriften über die Festsetzung der Entschädigung von VR und Geschäftsleitung vorzuschlagen. Im Zuge der globalen Finanzmarktkrise und als Reaktion auf die «Abzocker-Initiative» hat der Bundesrat jedoch eine Zusatzbotschaft verabschiedet, die sich den Entschädigungen annimmt.

Vorab soll einmal klargestellt werden, dass die Statuten gewisse Kompetenzen im Rahmen der Festlegung der Entschädigung der GV zuweisen können. Daneben soll bei börsenkotierten Gesellschaften der VR ein Vergütungsreglement erstellen müssen, das als Grundlage für die Festlegung der Vergütung an den VR, die Geschäftsleitung und den Beirat dient. Zudem muss der VR der GV in einem Vergütungsbericht Rechenschaft über die Einhaltung des Vergütungsreglements geben. Schliesslich muss die GV jährlich den Gesamtbetrag der Vergütungen an den VR genehmigen. Die Vergütungen an die Geschäftsleitung unterliegen hingegen nur einer Konsultativabstimmung.

Die Gesellschafter von nicht börsenkotierten Gesellschaften sollen neu das Recht haben, vom VR die gleichen Auskünfte über die Vergütungen, Darlehen und Kredite der Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung

zu erhalten, wie diese bei börsenkotierten Gesellschaften schon heute im Anhang der Jahresrechnung offenzulegen sind.

c) Ausübung von Minderheitsrechten

Gewisse Minderheitsrechte stehen nicht jedem Aktionär zu, sondern können von diesem nur geltend gemacht werden, wenn er eine bestimmte Anzahl Aktien vertritt. Dazu gehören die Anordnung einer Sonderuntersuchung, die Einberufung einer GV, das Traktandierungs- und Antragsrecht, die Klage auf Auflösung der Gesellschaft, das Recht, eine ordentliche Revision zu verlangen, sowie das Recht, einen ausführlichen Geschäftsbericht oder einen Abschluss nach einem anerkannten Standard zu verlangen. Zu begrüssen ist, dass für die Ausübung dieser Minderheitsrechte nicht mehr nur auf einen bestimmten Prozentsatz abgestellt wird, sondern auch auf den vertretenen Nennwert. So kann z.B. ein Aktionär einer börsenkotierten Gesellschaft die Einberufung einer GV verlangen, wenn er Aktien im Nennwert von CHF 1,0 Mio. vertritt. Unverständlich ist, weshalb für jedes Minderheitenrecht ein eigener Schwellenwert vorgesehen ist. Dies ist für die Praxis völlig unpraktikabel. Hinzu kommt, dass die entsprechenden Schwellenwerte ohne Systematik sind, was zu eigentümlichen Ergebnissen führt. So sind bei privaten Gesellschaften für die Einberufung einer GV doppelt so viele Aktien erforderlich wie für die Einleitung einer Auflösungsklage; bei Publikumsgesellschaften ist es gerade umgekehrt.

d) Genehmigungsvorbehalt der Generalversammlung

Um die Aktionärsrechte zu stärken, sollen die Statuten vorsehen können, dass der VR der GV bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen muss. Mit dieser Bestimmung wird das heute geltende Paritätsprinzip in der AG auf eine nicht unbedenkliche Art durchbrochen. Die AG zeichnet sich nämlich gerade dadurch aus, dass der VR sämtliche geschäftsführenden Handlungen alleine vornehmen können muss. Wenn nun die Statuten für bestimmte Entscheide eine Genehmigung der GV vorbehalten können, wird dies in der Praxis zu Situationen führen, in denen nicht klar ist, ob die GV nun zustimmen muss oder nicht. Weiter wird sich die Frage stellen, was die Rechtsfolgen einer fehlenden Zustimmung sind. Schliesslich ist auch unklar, wie dieses Zustimmungsverfahren auszugestalten ist. Den Aktionären müssten sämtliche wesentlichen Informationen gegeben werden, ohne dass sie einer Geheimhaltungs- oder Treue-

pflicht unterliegen. Zudem wird sich die Frage stellen, ob der GV jeweils der eigentliche Vertrag vorgelegt werden muss oder ob die Bekanntgabe von Eckpunkten genügt. All dies wird zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit führen. Weil sich das geltende Paritätsprinzip in der Praxis bewährt und zu einer wohltuenden Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr mit AGs geführt hat, sollte auch daran festgehalten werden.

e) Amtsdauer des Verwaltungsrats

Ebenfalls in den Bereich der Stärkung der Aktionärsrechte fällt der Vorschlag, dass die Mitglieder des VR jährlich zu wählen sind. Dabei müsste die Wahl für jedes Mitglied einzeln erfolgen. Diese Neuregelung wird damit begründet, dass mit einer jährlichen Amtszeit eine bessere Kontrolle der VR-Mitglieder durch die GV erfolgen könne. Diese Aussage stimmt nur bedingt, denn VR-Mitglieder können durch die GV jederzeit abberufen werden. Es ist nicht zu vermuten, dass die Abwahl eines VR-Mitglieds in der Praxis schwieriger ist als die Verweigerung seiner Wiederwahl. Deshalb ist die Kontrolle bei einer jährlichen Wiederwahl nur wenig stärker, denn aus rein rechtlicher Sicht hat die GV jederzeit die Möglichkeit, ihr Kontrollrecht durch Abwahl auszuüben. Zudem darf davon ausgegangen werden, dass wegen der Erleichterungen beim Recht auf Einberufung einer GV sowie dem Traktandierungs- und Antragsrecht von dieser Möglichkeit in Zukunft vermehrt Gebrauch gemacht werden wird.

f) Interessenkonflikte

Der Entwurf schlägt eine ausführliche Bestimmung betreffend Interessenkonflikte der Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung vor. Dabei soll im Wesentlichen die heutige Regelung des Swiss Code of Best Practice übernommen werden. Besonders geregelt werden soll jedoch die gegenseitige Einflussnahme bei der Festsetzung von Vergütungen. Der Entwurf schlägt vor, dass bei börsenkotierten Gesellschaften ausgeschlossen sein muss, dass Mitglieder des VR oder der Geschäftsleitung, die zugleich dem VR oder der Geschäftsleitung einer anderen Gesellschaft angehören, gegenseitig Einfluss auf die Festsetzung ihrer Vergütung haben. Eine Verletzung dieser Bestimmung soll nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes zur Nichtigkeit des betreffenden

Beschlusses führen. Damit könnten die ausgerichteten Vergütungen zurückgefordert werden.

3. Flexibilisierung der Kapitalstruktur

a) Zusammenlegung von Aktien

Um flexiblere Kapitalstrukturen zu ermöglichen, sollen börsenkotierte Gesellschaften in Zukunft Aktien zusammenlegen können. Heute ist eine Zusammenlegung von Aktien nur zulässig, sofern sämtliche Aktionäre zustimmen. Diese Flexibilisierung ist begrüssenswert, doch sollte diese Möglichkeit nicht nur für Publikumsgesellschaften, sondern auch für private Gesellschaften geschaffen werden.

b) Kapitalband

Ebenfalls begrüssenswert ist das vorgeschlagene Kapitalband. Danach kann die GV den VR ermächtigen, während maximal drei Jahren das aktuelle Aktienkapital zwischen einem Basiskapital und einem Maximalkapital zu verändern. Das Maximalkapital darf das im Zeitpunkt des GV-Beschlusses bestehende Aktienkapital um höchstens die Hälfte überschreiten, und das Basiskapital darf das aktuelle Aktienkapital um höchstens die Hälfte unterschreiten. Innerhalb des Kapitalbands kann der VR das Kapital sodann frei verändern. Das Kapitalband hat gleichzeitig die Wirkung einer genehmigten Kapitalerhöhung und einer genehmigten Kapitalherabsetzung.

c) Neue Reserveschutzvorschriften

Die Vorschriften über die Reserven sollen grundlegend geändert werden. So sollen aufgrund der neuen Rechnungslegungsvorschriften die Aufwertungsreserve und die Reserve für eigene Aktien abgeschafft werden. Weiter soll die bisherige allgemeine Reserve in eine gesetzliche Kapitalreserve und eine gesetzliche Gewinnreserve unterteilt werden. Der Kapitalreserve wären ein Agio sowie alle anderen Einlagen und Zuschüsse zuzuweisen. Diese Kapitalreserve darf nicht mehr an die Aktionäre ausgeschüttet, sondern nur noch zur Deckung von Verlusten verwendet werden. Der Entwurf sieht nicht einmal vor, dass die Kapitalreserve im Verfahren der Kapitalherabsetzung aufgelöst werden könnte. Dies be-

deutete im Ergebnis, dass die Kapitalreserve besser geschützt wäre als das Aktienkapital, was sicher nicht richtig sein kann. Hinzu kommt, dass das Agio die Funktion des Einkaufs in die Reserven hat, wenn bei einer Kapitalerhöhung nicht alle bisherigen Aktionäre mitziehen. Dieser Betrag steht aber primär den bisherigen Aktionären und nicht der Gesellschaft zu. Rein wirtschaftlich betrachtet könnte nämlich ein Aktionär den Agio-Betrag den übrigen Aktionären direkt zukommen lassen. Auch aus diesem Grund ist es nicht gerechtfertigt, dass ein Agio in der Kapitalreserve so stark geschützt ist und nicht an die Aktionäre ausgeschüttet werden darf. Vielmehr sollte es gleich behandelt werden wie die aus Gewinnen gebildete Gewinnreserve, die ausschüttbar ist.

4. *Modernisierung der Generalversammlung*

a) *Elektronische Generalversammlung*

Einige Neuerungen erfahren auch die Regelungen über die GV. So schlägt der Entwurf vor, dass eine GV in Zukunft ausschliesslich mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden kann. Allerdings ist dies nur zulässig, wenn alle Aktionäre damit einverstanden sind und die Beschlüsse keiner öffentlichen Beurkundung bedürften. Weiter kann auch vorgesehen werden, dass die Aktionäre ihre Rechte an der GV auf elektronischem Weg ausüben. Schliesslich ist das Protokoll den Aktionären innerhalb von zwanzig Tagen nach der GV auf elektronischem Weg zugänglich zu machen oder jedem Aktionär kostenlos eine Kopie zuzustellen.

b) *Abschaffung des Depotstimmrechts*

Im Bereich der Vertretung an der GV soll einiges geändert werden. So sollen die Organvertretung und die Depotvertretung abgeschafft werden. Stattdessen soll der unabhängige Stimmrechtsvertreter die einzig zulässige institutionelle Stimmrechtsvertretung werden. Weiter sollen Publikumsgesellschaften nicht mehr vorsehen können, dass sich ein Aktionär nur durch einen anderen Aktionär an der GV vertreten lassen kann. Bei privaten Gesellschaften ist diese Einschränkung des Vertretungsrechts nur noch zulässig, wenn die Gesellschaft auf Verlangen eines Aktionärs eine unabhängige Person bezeichnet, die mit der Vertretung in der GV beauftragt werden kann. Die Beschränkung der Vertretungsbefugnis auf

andere Aktionäre ist unter Corporate Governance-Aspekten problematisch, weil gerade in kleinen Verhältnissen unter Umständen ein gesteigertes Bedürfnis nach einer professionellen Vertretung des Aktionärs besteht.

c) *Tagungsort der Generalversammlung*

Der Entwurf will den Tagungsort der GV neu regeln und ausdrücklich zulassen, dass eine GV auch im Ausland durchgeführt werden kann, sofern dies in den Statuten so vorgesehen ist oder sämtliche Aktionäre zustimmen. Bereits heute ist jedoch völlig unbestritten, dass dies zulässig ist, sofern dadurch nicht ein bedeutender Teil der Aktionäre von der Teilnahme ausgeschlossen wird. Mit der vorgeschlagenen Regelung wird die bestehende flexible Lösung ohne Not eingeschränkt. Zudem ist unverständlich, weshalb ein Tagungsort im Ausland so verpönt sein soll. Für eine in Sargans ansässige Gesellschaft dürfte eine GV im Vorarlberg immer noch passender sein als z.B. in Genf.

5. *Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht*

Auch das Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht soll revidiert werden. Dabei ist auffällig, dass diese Regelungen aus dem Aktienrecht ausgegliedert und im allgemeinen Handelsrecht verankert werden sollen. Dies wird dadurch begründet, dass in Zukunft die Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten nicht mehr rechtsformabhängig sein sollen, sondern sich nach dem Grundsatz «same business, same risks, same rules» richten. Es würde den Rahmen der vorliegenden Darstellung sprengen, die Änderungen im Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht ebenfalls näher darzustellen. Es sei an dieser Stelle einzig darauf hingewiesen, dass nach dem Entwurf in Zukunft davon abgesehen werden kann, noch einen handelsrechtlichen Abschluss nach Obligationenrecht zu erstellen; vielmehr soll es zulässig sein, nur noch einen Abschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung zu erstellen, also zum Beispiel nach IFRS oder Swiss GAAP FER. Es ist offensichtlich, dass eine diesbezügliche Umstellung zahlreiche Fragen aufwirft, namentlich im Bereich der Massgeblichkeit für die Steuern, der Ausschüttung von Dividenden oder der Überschuldungsanzeige. Diese Fragen sind im Entwurf leider nicht oder nur ungenügend beantwortet.

6. Würdigung

Die oben stehenden Ausführungen zeigen, dass der Entwurf zur «grossen Aktienrechtsrevision» einen bunten Strauss von Änderungsvorschlägen enthält. Nebst erfreulichen Klarstellungen des geltenden Rechts finden sich darunter auch etliche neue Regelungen, die verfehlt sind oder im Detail Mängel aufweisen. Es bleibt zu hoffen, dass es in der parlamentarischen Beratung gelingen wird, die gröbsten Mängel des Entwurfs noch zu beheben. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass mit dieser Gesetzesnovelle der Reigen der Gesetzesrevisionen im Gesellschaftsrecht beendet wird. Insbesondere weil darauf verzichtet wurde, berechtigte Reformanliegen wie z.B. die Regelung der Dispoaktien in den Entwurf aufzunehmen, ist ein erneuter Revisionsbedarf im Aktienrecht schon heute absehbar.

B. Rechtsprechung

In der Berichtsperiode sind erwartungsgemäss diverse Entscheide zum Aktienrecht ergangen. Bemerkenswert ist dabei, dass nur gerade ein Entscheid in der amtlichen Sammlung publiziert worden ist. Bei den nicht veröffentlichten Entscheiden handelt es sich vor allem um solche aus dem Bereich des Verantwortlichkeitsrechts. Weil diese nur die bereits feststehende Praxis bestätigen, wird auf deren Darstellung verzichtet.

1. Anforderungen an eine rechtsgültige Delegation

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, sich über die Anforderungen an eine rechtsgültige Delegation zu äussern[1]. Konkret ging es um die Frage, ob die Verwaltungsratsmitglieder für die Tätigkeiten eines faktischen Geschäftsführers haften oder sich aufgrund einer rechtsgenügenden Delegation entlasten können; nach Art. 754 Abs. 2 OR haften die Mitglieder des Verwaltungsrats nämlich nicht, wenn sie die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ übertragen haben und nachweisen, dass sie bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet haben.

1 BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008.

Im konkreten Fall sahen die Statuten der Gesellschaft zwar die Möglichkeit einer Delegation der Geschäftsführung vor, was primäre Voraussetzung für die Zulässigkeit einer gültigen Delegation ist. Die Delegation wurde aber nicht mittels eines formellen Organisationsreglements vorgenommen, sondern lediglich implizit durch einen Organisationsentscheid. Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass für eine befugte Delegation der Erlass eines Organisationsreglements vom Gesetz zwingend vorgeschrieben wird. Von einem Organisationsreglement kann aber nicht gesprochen werden, wenn – wie im vorliegenden Fall – nicht einmal ein protokollierter Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrats vorliegt, der die nach Art. 716b Abs. 2 OR vorgesehenen Elemente der Organisation der Geschäftsführung regelt[2]. Daraus ergibt sich, dass im vorliegenden Fall von einer unbefugten Delegation der Geschäftsführung ausgegangen werden muss. Daraus folgt, dass sich die Verwaltungsratsmitglieder nicht auf die Haftungsbeschränkung berufen können und ihnen der Sorgfaltsbeweis gemäss Art. 754 Abs. 2 OR nicht offen steht[3].

2. Umstrukturierungen

Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode Gelegenheit, sich über die Herausgabe eines im Rahmen einer Fusion erstellten Bewertungsgutachtens zu äussern[4]. Es stellte sich die Frage, ob das Bewertungsgutachten im Rahmen einer Klage auf Ausgleichszahlung gemäss Art. 105 FusG dem Kläger zur Einsicht offen zu legen sei oder ob die im Fusionsbericht enthaltenen Informationen dem Kläger genügen müssen und ein Bewertungsbericht, weil er gemäss Fusionsgesetz nicht offen zu legen ist, dem Kläger auch nicht herauszugeben ist.

Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass sich aus dem Fusionsgesetz nicht herleiten lasse, dass die Edition des Bewertungsberichts im Klageverfahren nach Art. 105 FusG grundsätzlich unzulässig wäre und es sich bei der Unternehmensbewertung um ein integral nicht zu offenbarendes Geschäftsgeheimnis handeln würde. Dies bedeutet indes nicht, dass die beklagte Gesellschaft im Bewertungsbericht enthaltene Geschäftsgeheimnisse im Verfahren nach Art. 105 FusG nicht schützen könnte; bei einem Editionsbegehren ist eine Interessenabwägung vorzunehmen,

2 Erw. 3.2.2.
3 Erw. 3.3.
4 BGE 134 III 225.

wenn sich die herausgabepflichtige Partei auf Geheimhaltungsinteressen beruft. Diese hat jedoch hinreichend zu substantiieren, inwiefern solche geheim zu haltenden Informationen vorliegen. Weil die beklagte Gesellschaft dieser Pflicht im vorliegenden Fall offenbar nicht nachgekommen ist, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Bewertungsbericht der Klägerin im Klageverfahren nach Artikel 105 FusG zur Einsicht offen zu legen sei[5].

II. Übriges Gesellschaftsrecht*

A. Gesetzgebung

Am 1. Januar 2008 sind verschiedene neue Bestimmungen, die für GmbH und andere juristische Personen relevant sind, in Kraft getreten. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Änderungen:

- umfassende Revision des GmbH-Rechts;
- Bestimmungen über die Revisionsstelle sowie das Revisionsaufsichtsgesetz (RAG);
- total revidierte Handelsregisterverordnung.

Die wichtigsten Neuerungen und Änderungen gegenüber dem alten Recht wurden in dieser Reihe bereits mehrfach dargestellt[6], weshalb auf eine nochmalige Zusammenfassung verzichtet wird. Jedoch sei nochmals auf die übergangsrechtlichen Bestimmungen und auf den Anpassungs- und Handlungsbedarf betreffend die Revision des GmbH-Rechts hingewiesen. Art. 2 der Übergangsbestimmungen sieht eine Anpassungsfrist von zwei Jahren, die am 31. Dezember 2009 abläuft, vor, wobei eine allenfalls erforderliche Revisionsstelle schon vorher zu bezeichnen war bzw. ist. Insbesondere sind folgende Anpassungen zu machen[7]:

- Bestehende Statuten und Reglemente müssen – sofern diese nicht den neuen Vorschriften entsprechen – den revidierten Gesetzesbestimmungen innert vorgenannter Frist angepasst werden; Bestimmungen der Statuten und Reglemente, die mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind, bleiben bis zur Anpassung, längstens aber noch für zwei Jahre seit Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts, d.h. bis zum 31.12. 2009, in Kraft (vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 UeBest GmbH);
- Gesellschaften, welche über nicht voll liberierte Stammanteile verfügen, müssen diese innerhalb von zwei Jahren seit Inkrafttreten der neuen Bestimmungen nachliberieren lassen (vgl. Art. 3 UeBest GmbH); und
- Sollte eine GmbH beim Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts eigene Stammanteile besitzen, so müssen diese, soweit sie zehn Prozent des Stammkapitals übersteigen, innerhalb von zwei Jahren veräussert oder durch Kapitalherabsetzung vernichtet werden (vgl. Art. 5 UeBest GmbH).

B. Rechtsprechung

1. Verantwortlichkeit der Geschäftsführer einer GmbH bei verspäteter Benachrichtigung des Richters

Das Bundesgericht hatte sich in BGer 4A_509/2007 (vom 28. Januar 2008) unter dem alten Recht[8] mit der Haftung der Geschäftsführer bei zu später Überschuldungsanzeige und insbesondere der Schadensberechnung zu beschäftigen. Die Geschäftsführer müssen gemäss Art. 817 OR (bzw. Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7 und 820 OR) i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR im Falle der Überschuldung der Gesellschaft den Richter benachrichtigen, ansonsten sie für den Schaden verantwortlich werden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Verpflichtung verursachen (vgl. Art. 827 OR).

Die Beschwerdeführerin warf der Vorinstanz sinngemäss vor, den Begriff des Schadens i.S.v. Art. 757 Abs. 1 OR verkannt zu haben, indem diese für die Schadensberechnung anstelle der Fortführungswerte die Liquidationswerte für massgebend hielt. Dazu hielt das Bundesgericht

5 Erw. 2.5.

* Bearbeitet von Kilian Perroulaz, lic. iur., dipl. Steuerexperte.

6 Vgl. insbesondere Darstellung in Baker & McKenzie, Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2007/2008, S. 39 ff.

7 Vgl. zum Ganzen: Karl Rebsamen, Die neue GmbH im Handelsregister, Ein Leitfaden für die Praxis, Zürich/St. Gallen 2008, N 381 ff.

8 Der Entscheid des Bundesgerichts wäre auch unter neuem Recht nicht anders ausgefallen und es werden die entsprechenden Bestimmungen gemäss revidiertem GmbH-Recht zitiert.