In:
Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2009/2010, Zürich 2010.

Teil 1 Gesellschaftsrecht

1.1 Aktienrecht*

A. Gesetzgebung

Der Bundesrat hat am 21. Dezember 2007 einen Entwurf zur Revision des Aktien- und Rechungslegungsrechts vorgelegt[1]. Bereits am 5. Dezember 2008 verabschiedete der Bundesrat eine Zusatzbotschaft und zwar als indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei».

Der Ständerat hat die Teilrevision des Aktienrechts als Erstrat in der Sommersession 2009 gutgeheissen. Demgegenüber hat die Rechtskommission des Nationalrats im Oktober 2009 beschlossen, das federführende eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) mit der Erarbeitung eines Vorschlags zu beauftragen, der die Systematik des Aktienrechts in der Weise ändert, dass dieses aus einem für alle Gesellschaften geltenden Teil und einem nur für an einer Börse kotierte Gesellschaften geltenden Teil besteht. Die Vorlage ist momentan beim EJPD in Bearbeitung. Der weitere Verlauf des Revisionsverfahrens ist im heutigen Zeitpunkt nicht absehbar.

B. Rechtsprechung

1. Vertretungsmacht des Verwaltungsrats

Das Bundesgericht hat in einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid über die Vertretungsmacht des Verwaltungsrats entschieden[2]. Konkret ging es um eine Gesellschaft, deren Statuten vorsehen, dass die Gesellschaft die Führung einer Confiserie, Bäckerei und

---

* Bearbeitet von PD Dr. Lukas Glanzmann, LL.M.

1 Vgl. dazu die Ausführungen in Baker & McKenzie Zürich, Entwicklungen im Schweizerischen Wirtschaftsrecht 2008/2009, 25–32.

2 BGer 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008.

eines Tea-Rooms bezweckt, dass sie alle Geschäfte eingehen und Verträge abschliessen kann, die geeignet sind, den Zweck der Gesellschaft zu fördern, oder die direkt oder indirekt damit in Zusammenhang stehen und dass sie ferner Zweigniederlassungen im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmungen beteiligen oder sich mit diesen zusammenschliessen kann. Weiter kann die Gesellschaft Liegenschaften und Grundstücke erwerben, veräussern, verwalten, vermieten und überbauen.

Die Gesellschaft hat mit einer Kollektivgesellschaft einen Pachtvertrag abgeschlossen, gemäss welchem sie der Kollektivgesellschaft die von ihr bisher zur Führung des Geschäfts benutzten Räumlichkeiten zur Nutzung überliess. Vor Bundesgericht war streitig, ob dieser Pachtvertrag gültig zustande gekommen war.

Nach Art. 718a Abs. 1 OR sind die zur Vertretung befugten Personen ermächtigt, im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann. Diese Vorschrift wird zum Schutz gutgläubiger Dritter weit ausgelegt. Unter Rechtshandlungen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann, sind nicht bloss solche zu verstehen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen. Erfasst sind vielmehr ebenfalls ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie bei einer abstrakten Betrachtungsweise auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. durch diesen zumindest nicht geradezu ausgeschlossen werden (BGE 116 II 320 E. 3a). Rechtsgeschäfte, welche die Gesellschaft dem Wesen nach verändern, führen zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks und sind daher von diesem nicht mehr gedeckt. Dies trifft auf ein Rechtsgeschäft zu, das eine Betriebsgesellschaft in eine Verwaltungs- oder Holdinggesellschaft umwandelt (BGE 100 II 384 E. 2b). Dasselbe gilt für die Veräusserung des gesamten Betriebs mit allen Aktiven der Gesellschaft (BGE 116 II 320 E. 3a). Die Beschränkung der Vertretungsmacht auf Rechtshandlungen, die der Verfolgung des Gesellschaftszwecks dienen können, kann entfallen, wenn die Aufgabe dieses Zwecks zufolge Überschuldung der Gesellschaft unausweichlich ist. Diesfalls kann der Verwaltungsrat zur Verhinderung drohenden Schadens bzw. zur Erhaltung des Betriebs dem ursprünglichen Gesellschaftszweck widersprechende Massnahmen treffen, soweit diese dringend sind und daher unter Berücksichtigung der Einberufungspflicht von mindestens 20 Tagen nicht von der Generalversammlung beschlossen werden können[3].

[3] Erw. 2.1.

Aufgrund der verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen hatte der Pachtvertrag zur Folge, dass der Confiserie-, Bäckerei- und Tea-Room-Betrieb der Gesellschaft durch eine andere Gesellschaft weitergeführt wurde. Damit bewirkte der Pachtvertrag nach Ansicht des Bundesgerichts in erkennbarer Weise die Aufgabe des statutarisch vorgesehenen Zwecks der Führung eines solchen Betriebs. Die Vermietung von Liegenschaften war nach den Statuten zwar zulässig, aber nicht als Gesellschaftszweck, sondern nur als Mittel dazu. Der Pachtvertrag war somit mit dem statutarisch festgelegten Zweck der Gesellschaft nicht vereinbar gewesen[4]. Das vorinstanzliche Urteil, das den Pachtvertrag für ungültig erklärt hat, wurde somit vom Bundesgericht gestützt.

2. *Überschuldungsanzeige*

In einem weiteren Entscheid war streitig, ob die U-AG per Ende 1995 im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet war und die Beschwerdegegner es pflichtwidrig unterlassen hatten, dem Konkursrichter die Überschuldung der U-AG rechtzeitig anzuzeigen[5].

Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden (Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR). Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR).

Die Vorinstanz verneinte eine Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR, weil nicht erwiesen werden konnte, dass die U-AG Ende 1995 überschuldet war. Sie begründete dies insbesondere damit, dass aufgrund der eingeholten Gutachten eine mögliche Überschuldung der U-AG von der Bewertung ihrer Beteiligungen abhänge. Deshalb könne den Beschwerdeführerinnen nicht gefolgt werden, dass sich die Überschuldung unabhängig von Bewertungsmethoden direkt und unmittelbar aus den Bilanzen der U-AG und deren Tochtergesellschaften ergeben würde. Gemäss dem Obergutachen sei die Wertbestimmung von Versicherungen eine sehr

[4] Erw. 2.4.
[5] BGer 4A_267/2008 vom 08.12.2008.

anspruchsvolle Aufgabe, für die verschiedene Methoden zur Anwendung gelangten. Die Bestimmung des Embedded Value sei vorliegend mit den vorhandenen Unterlagen nicht durchführbar gewesen. Für das Ertragswertverfahren habe es an der Möglichkeit einer zukunftsbezogenen Bewertung gefehlt. Schliesslich sei nach der sogenannnten Multiplen-Methode der Wert mittels Multiplikatoren ermittelt worden. Dieses Verfahren sei aber relativ ungenau und werde vor allem zur Plausibilisierung von mit anderen Methoden ermittelten Werten verwendet. Gestützt darauf kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die im Gutachten per Ende 1995 resp. in einem Gutachten per Ende 1994 erwähnte Überschuldung nicht Beachtung finden könne, weil sie nicht aufgrund anerkannter Bewertungsmethoden festgestellt worden sei. Somit habe eine Überschuldung der U-AG per Ende 1995 nicht nachgewiesen werden können.[6]

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz feststellt, es könne nicht auf die Ergebnisse der Gutachten abgestellt werden, weil diese den Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung aufgrund der nicht exakten Multiplen-Methode ermittelt hätten, die vor allem zur Plausibilisierung von Werten verwendet würde.[7]

3. *Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats*

a) *Überhöhtes Verwaltungsratshonorar*

Einen bemerkenswerten Entscheid hat das Kantonsgericht Graubünden gefällt[8]. Der Entscheid ist dem Vernehmen nach eines von vielen Urteilen im Rahmen von Zwistigkeiten einer Familienaktiengesellschaft.

Im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Mitglieder des Verwaltungsrats wurde Schadenersatz wegen überhöhtem Verwaltungsratshonorar geltend gemacht. Konkret ging es um die Verwaltungsratspräsidentin, die monatlich ein Honorar von CHF 1500 zuzüglich Spesen von CHF 500 erhielt, während die anderen beiden Mitglieder ein Honorar von monatlich CHF 400 zuzüglich Spesen von CHF 200 erhielten.

Das Kantonsgericht stellt fest, dass bei der Festlegung des Honorars eines Verwaltungsrats ein relativ weiter Ermessenspielraum besteht, der seine Grenze im offensichtlichen Missverhältnis zur Gesamtleistung des Verwaltungsratsmitglieds gemäss Art. 678 Abs. 2 OR findet. Das Mass der Marktüblichkeit darf nicht überschritten werden. Die Festsetzung des Honorars erfolg insbesondere nach den Kriterien der Beanspruchung bzw. des Umfangs der geleisteten Arbeit, des Erfolgs der Geschäftsführung, der Bedeutung und der finanziellen Situation der Gesellschaft sowie der Verantwortung. Das Verwaltungsratshonorar muss angemessen sein, wobei die Angemessenheit im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu beurteilen ist. Die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft spielt dabei eine wichtige Rolle[9].

Im vorliegenden Fall stellt das Kantonsgericht fest, dass der Verwaltungsratspräsidentin eine Entschädigung von CHF 2000 pro Monat zukam, die damit mehr als dreimal so hoch ausfiel wie diejenige der beiden anderen Verwaltungsratsmitglieder, denen CHF 600 pro Monat ausbezahlt wurden. Es erscheint klar, dass einer Verwaltungsratspräsidentin gewisse Zusatzaufgaben zukommen, beispielsweise die Einberufung und Vorbereitung von Verwaltungsratssitzungen oder die Vertretung des Unternehmens nach aussen. Trotzdem dürfte ihr Arbeitsaufwand für die Gesellschaft nicht derart viel höher gewesen sein als derjenige der anderen Mitglieder. Gleichzeitig fällt ins Gewicht, dass der Verwaltungsrat aus drei Personen bestand, die Verantwortung somit nicht allein von der Präsidentin, sondern von allen drei gemeinsam zu tragen war. Wesentlich erscheint sodann, dass sich die finanzielle Situation der Gesellschaft in den letzten Jahren stetig verschlechtert hatte und sich keine Wende abzeichnete. Unter all diesen Umständen wurde nach Ansicht des Kantonsgerichts der Ermessensspielraum mit einer Entschädigung von CHF 2000 pro Monat überschritten. In Anbetracht der konkreten Situation hat das Kantonsgericht ein monatliches Honorar von CHF 600 als angemessen erachtet, was dem anderthalbfachen des Honorars der anderen beiden Verwaltungsratsmitglieder entspricht. Zudem erscheint es dem Gericht angebracht, die Spesen von monatlich CHF 500 um die Hälfte auf CHF 250 zu reduzieren[10].

Weil sich das überhöhte Verwaltungsratshonorar für die Gesellschaft nachteilig auswirkte, hatten die Verwaltungsratsmitglieder ihre Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 OR verletzt, namentlich die allgemeine Pflicht zur sorgfältigen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens. Der übersetzte Teil des Verwaltungsratshonorars bildete nach Ansicht des Kantonsgerichts zudem eine verdeckte Gewinnausschüttung, die

6 Erw. 6.2.
7 Erw. 6.3.
8 KG GR ZF 08 19/20 vom 10.06.2008.
9 Erw. 5b.
10 Erw. 5c.

nach Art. 678 OR verboten ist. Weil auch der adäquate Kausalzusammenhang und das Verschulden gegeben waren, verurteilte das Kantonsgericht die beiden Verwaltungsratsmitglieder zur Bezahlung des entstandenen Schadens[11].

b) *Interessenkonflikte*

Im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage hatte das Bundesgericht die Frage zu beurteilen, ob ein Interessenkonflikt eines Organs zu einer Schädigung geführt hatte[12]. Konkret ging es um Y., der Geschäftsführer einer Verwaltungsgesellschaft war. Diese war mit der Verwaltung eines Gebäudes beauftragt, das einer Immobiliengesellschaft gehörte. Nachdem die Verwaltungsgesellschaft mit der Verwaltung des besagten Gebäudes betraut worden war, wurde Y. auch zum Verwaltungsrat der Immobiliengesellschaft bestimmt.

Im Konkurs der Verwaltungsgesellschaft stellte sich heraus, dass diese den Konten der Immobiliengesellschaft gewisse Rechnungen, hauptsächlich für Arbeiten, zwar belastet, tatsächlich jedoch noch nicht bezahlt hatte.

Y. wurde vorgeworfen, ein Verwaltungsratsmandat angenommen zu haben, das zu einem Interessenkonflikt geführt habe, da er gleichzeitig Organ der Immobiliengesellschaft als auch Organ der in finanziellen Schwierigkeiten steckenden Verwaltungsgesellschaft war. Nach Ansicht des Bundesgerichts geht dabei aber vergessen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung bestimmt werden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Hinzu kommt, dass davon auszugehen ist, dass Y. gerade deshalb in den Verwaltungsrat gewählt wurde, weil er sich schon im Rahmen seiner Tätigkeit für die Immobiliengesellschaft um das Gebäude kümmerte. Gemäss Bundesgericht kann aber die Gesellschaft (von welcher die Beschwerdeführerin Abtretungsgläubigerin ist) ihrem Verwaltungsrat eine Entscheidung, die durch ihre Generalversammlung getroffen wurde, nicht vorwerfen. Es sei vielmehr daran zu erinnern, dass der Verwaltungsrat sich nicht verantwortlich macht, wenn er eine Entscheidung ausführt, die von der Generalversammlung rechtmässig getroffen und nicht angefochten wurde[13].

11 Erw. 5d.
12 BGer 4A_317/2009 vom 01.10.2009.
13 Erw. 2.3.

c) *Relevanter Schaden*

Das Bundesgericht hat sich im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses gegen eine Revisionsstelle zur Berechnung des relevanten Schadens geäussert[14].

Gemäss Bundesgericht besteht der Schaden, für welchen möglicherweise das Revisionsorgan gemäss Art. 755 OR haftbar gemacht werden kann, in der Erhöhung des Bilanzverlusts zwischen dem Zeitpunkt, in welchem der Konkurs eröffnet worden wäre, hätte das Revisionsorgan seinen Pflichten entsprochen, und dem Zeitpunkt, in welchem der Konkurs tatsächlich eröffnet worden ist. Dieser Schaden muss berechnet werden, indem der Liquidationswert der Aktiven der Gesellschaft in den beiden entscheidenden Zeitpunkten ermittelt wird[15]. Gemäss Auffassung des Bundesgerichts ist zudem in der Berechnung des von der Gesellschaft erlittenen Schadens der Gesamtheit des auf der Passivseite der Bilanz aufgeführten Fremdkapitals, einschliesslich der nachrangigen Forderungen der Aktionäre, Rechnung zu tragen; die Nachrangigkeitserklärung von Forderungen stelle nämlich keinen Forderungsverzicht dar und beseitige die Überschuldung nicht; die nachrangige Forderung würde als Passivum der Gesellschaft weiterbestehen und der Gläubiger würde im Konkurs einen Verlustschein dafür erhalten[16].

Seine Auffassung begründet das Bundesgericht damit, dass gemäss der Rechtsprechung die Forderung, welche die Gesellschaft gegen das verantwortliche Organ geltend machen konnte, durch eine Forderung der Gläubigergemeinschaft ersetzt wird, sobald die Gesellschaft in Konkurs fällt. Der Gläubiger, der die Abtretung der Rechte der Masse in Anwendung von Art. 260 SchKG erwirkt hat, kann den Ersatz jeglichen Schadens, welcher direkt der Gesellschaft und indirekt ihren Gläubigern verursacht wurde, geltend machen. Indem der Gläubiger die Rechte der Gläubigergesamtheit geltend macht, können ihm weder persönliche Einreden, wie zum Beispiel, dass er zur Entstehung des Schadens beigetragen oder diesem zugestimmt habe, noch Einreden der Gesellschaft, wie zum Beispiel, dass sie den schädigenden Handlungen ihrer Organe zugestimmt habe, entgegengehalten werden. Im vorliegenden Fall kann sodann auch nicht die Tatsache entgegenhalten werden, dass die nachrangigen Gläubiger beziehungsweise die konkursite Gesellschaft dem

14 BGer 4A_478/2008 vom 16.12.2008.
15 Erw. 4.2.
16 Erw. 4.2.

Schaden zugestimmt hätten[17]. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist selbst die Tatsache, dass die nachrangigen Forderungen im Nachhinein im Konkurs nicht geltend gemacht wurden, für die Berechnung des direkt durch die Gesellschaft und indirekt durch ihre Gläubiger erlittenen Schadens unerheblich. Dieser Schaden besteht nämlich in der Erhöhung des Verlustes zwischen dem Zeitpunkt, in welchem der Konkurs eröffnet worden wäre, wenn die Revisionsstelle nicht ihre Pflichten verletzt hätte, und dem Zeitpunkt, in welchem dieser tatsächlich eröffnet wurde[18].

d) Verrechnung bei Verantwortlichkeitsklagen

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob ein Verwaltungsrat befugt ist, im Rahmen einer gegen ihn angestrengten Verantwortlichkeitsklage die Verrechnung mit seiner persönlichen Forderung gegenüber der Gesellschaft zu erklären[19].

Gemäss der Rechtsprechung kann der ins Recht Gefasste einem Gesellschaftsgläubiger, der aus dem Recht der Gläubigergesamtheit klagt, weder eine Einrede entgegenhalten, welche ihm gegen dem Gläubiger persönlich zustehen würde, wie zum Beispiel ein Mitverschulden oder eine verrechenbare Forderung, noch eine Einrede, welche sich aus einer Zustimmung der Gesellschaft in einem Zeitpunkt vor dem Konkurs ergibt, wie zum Beispiel ein Entlastungsbeschluss oder die Zustimmung der Generalversammlung. Andererseits kann der Belangte Forderungen verrechnen, welche ihm gegenüber der Gesellschaft zustehen und die bereits vor dem Konkurs bestanden. Der Konkurs hat nämlich nicht das Erlöschen der Schulden der Gesellschaft zur Folge, und diese können somit der Gläubigergesamtheit entgegengehalten werden.[20]

Der Verwaltungsrat war entsprechend befugt, seine persönliche Forderung gegenüber der Gesellschaft mit der ihm gegenüber geltend gemachten Forderung der Beklagten zu verrechnen, weil erstere vor dem Konkurs entstanden ist. Dementsprechend hat das kantonale Obergericht das Bundesrecht nicht verletzt, indem es entschieden hat, dass die von dem Beschwerdeführer geltend gemachte Forderung vollständig mit der

17 Erw. 4.3.2.
18 Erw. 4.3.2.
19 BGer 4A_463/2009 vom 07.12.2009.
20 Erw. 2.5.

Forderung des Verwaltungsrates gegenüber der Gesellschaft verrechnet werden konnte.[21]

e) Faktische Organschaft

In der Berichtsperiode gab es wieder zahlreiche Entscheide zur Verantwortlichkeit der Organe wegen Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen. In einem Fall musste das Bundesgericht die Frage beurteilen, ob ein «Consultant (COO)» als faktisches Organ haftbar ist[22]. Bei diesem Entscheid ging es primär um die Würdigung von Indizien, aufgrund deren eine faktische Organschaft bejaht bzw. verneint werden kann.

Die Vorinstanz hat die Organstellung unter anderem aufgrund folgender Feststellungen bejaht: Der Beschwerdeführer sei gemäss Einzelarbeitsvertrag vom 20. März 2003 als «Consultant (COO)» für die Firma tätig gewesen. Gemäss gängiger Definition sei ein «COO» ein Manager, der das operative Geschäft leite oder betreue, mithin ein leitender Geschäftsführer eines Unternehmens. Daraus sei abzuleiten, dass er der Geschäftsleitung angehört habe und damit in der Lage gewesen sein musste, einen wesentlichen Einfluss auf die Willensbildung in der Firma auszuüben. Für diese Annahme spreche auch, dass im Kündigungsschreiben vom 25. Februar 2004 ausdrücklich festgehalten worden sei, der Beschwerdeführer gebe per 1. März 2004 die operative Verantwortung als Geschäftsführer ab. Sodann habe er in seiner Stellungnahme vom 20. Juli 2005 im Zusammenhang mit den Bedingungen seines sofortigen Ausschlusses von allen Tätigkeiten und Entscheidungen über die Firma vom «Austritt aus der Geschäftsleitung und somit aus der Verantwortlichkeit per 1. März 2004» gesprochen. Weiter habe der Beschwerdeführer zwei Kündigungsschreiben an Mitarbeiter der Firma als «CEO» mitunterschrieben. Dabei handle es sich um die Bezeichnung der zentralen Funktion in einem Unternehmen schlechthin.[23]

Das Bundesgericht kam gestützt auf diese Indizien zum Schluss, dass die Bejahung einer faktischen Organschaft nicht offensichtlich unrichtig sei, obwohl die Vorinstanz mehrere Tatsachen, welchen Indiziencharakter gegen eine faktische Organstellung zukommt, nicht erwähnt oder nicht in die Beweiswürdigung miteinbezogen hat. Unter anderem lautete die

21 Erw. 2.5.
22 BGer 9C_535/2008 vom 03.12.2008.
23 Erw. 3.

Funktionsbezeichnung im Einzelarbeitsvertrag vom 20. März 2003 nicht «COO», sondern «Consultant (COO)». Ebenfalls sind Provisionen (4% auf den selbstgenerierten Projektumsatz und 3% Basislizenzen/Servicelizenzen/Hosting) erwähnt worden. Schliesslich enthielt der Vertrag eine Konkurrenzklausel, wonach u.a. allfällige Drittaufträge (Consultings, Vorträge etc.), die geeignet waren, Interessenkonflikte zu verursachen, der Geschäftsleitung schriftlich angegeben werden mussten. Weiter nannte der Beschwerdeführer in einer Stellungnahme auch das sofortige Abtreten aller Verkaufsaktivitäten inkl. Dokumentation als eine der Bedingungen des sofortigen Ausschlusses seiner Person. Ebenfalls führte er aus, die zwei neuen Firmeninhaber O. und F. hätten direkt Einfluss auf alle Entscheidungen genommen. Mit der Übernahme der operativen Führung im Unternehmen seien alle strategischen und finanziellen Belange durch O. entschieden worden.[24]

Diese Tatsachen stützen gemäss Bundesgericht zwar bis zu einem gewissen Grade die Behauptung des Beschwerdeführers, er sei blosser Berater ohne irgendwelche operative Geschäftsverantwortung gewesen, angestellt als Kundenbetreuer und für Kundenprojekte. Sie gebieten jedoch nicht ein anderes Beweisergebnis, auch nicht unter Berücksichtigung des Schreibens des Verwaltungsratspräsidenten der Firma in Liquidation, A. Darin wurde betreffend «Ansprüche aus der Insolvenzentschädigung» u.a. ausgeführt, der Beschwerdeführer sei in der Funktion eines Consultant als Kadermitglied unterschriftsberechtigt. Die Unterschriftsberechtigung zu zweien sei erteilt worden, weil er diese zur Ausübung des Tagesgeschäftes benötige. Er habe im Rahmen seiner Tätigkeit keinen Einfluss auf operative und strategische Entscheide der Firma, sondern handle ausschliesslich aufgrund von Weisungen durch seine Vorgesetzten. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist es aber nicht bundesrechtswidrig, wenn die Vorinstanz besagtem Schreiben keine Bedeutung beigemessen hat, weil es offensichtlich einzig bezweckt habe, eine Grundlage für die Ausrichtung von Insolvenzentschädigung zu liefern.

4. *Squeeze-out-Fusion*

Im Rahmen eines öffentlichen Kaufangebots hat der Übernehmer 92,8% des Aktienkapitals und der Stimmrechte der Zielgesellschaft erworben. Im Nachgang wurde die Zielgesellschaft fusioniert und den verbleiben-

[24] Erw. 5.2.2.

den Minderheitsaktionären eine Abfindung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 FusG bezahlt. Die Höhe dieser Abfindung wurde von einem Minderheitsaktionär im Verfahren nach Art. 105 Abs. 3 FusG angefochten. Das Bundesgericht musste beurteilen, ob vom Kläger ein Kostenvorschuss verlangt werden durfte[25].

Geht bei einer Fusion ein ausgeschlossener Gesellschafter davon aus, die Abfindung sei nicht angemessen, kann er innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses verlangen, dass das Gericht die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte überprüft und eine angemessene Ausgleichszahlung festsetzt (Art. 105 Abs. 1 FusG). Art. 105 Abs. 3 FusG sieht vor, dass der übernehmende Rechtsträger die Kosten des Verfahrens trägt, wobei das Gericht die Kosten ganz oder teilweise dem Kläger auferlegen kann, wenn besondere Umstände es rechtfertigen. Besondere Gründe i.S.v. Abs. 3 sind namentlich zu bejahen, wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist und sich der Kläger dessen bewusst sein müssen, oder wenn er die Klage böswillig angehoben hat, um eine Gesellschaft zu erpressen oder ihr zu schaden[26]. In der Lehre wird sodann auch die Meinung vertreten, dass Art. 105 Abs. 3 FusG verbietet, Kostenvorschüsse oder Kautionen zu verlangen, wenn nicht bereits bei Klageeinreichung ersichtlich ist, dass besondere Umstände erlaubten, der klagenden Partei im Falle ihres Unterliegens Kosten aufzuerlegen[27].

Nach Auffassung des Bundesgerichts kommt der Schutzzweck von Art. 105 Abs. 3 FusG nicht zum Tragen, wenn ein Kläger seine Aktien in Kenntnis der vorgesehenen Abfindung kauft, weil er dann wirtschaftlich betrachtet nur das Recht auf die Abfindung und nicht eine Gesellschafterstellung erwirbt, welche ihm durch die Fusion entzogen werden könnte. So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Die Kläger hatten gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen ihre Aktien im Rahmen des Übernahmeverfahrens in Kenntnis der vom Mehrheitsaktionär festgelegten Abfindungszahlung gekauft, weshalb die Kostenregelung in Art. 105 Abs. 3 FusG gemäss ihrem Zweck nicht zur Anwendung kommt. Damit kann offen bleiben, ob besondere Umstände eine eingeschränkte Anwendung von Art. 105 Abs. 3 FusG hätten rechtfertigen können. Nach dem Gesagten ist den Klägern durchaus zuzumuten, bezüglich ihrer Überprüfungsklagen ein Kostenrisiko zu tragen. Daran vermag nichts zu ändern, dass diese Kla-

[25] BGE 135 III 603.
[26] Erw. 2.1.2.
[27] Erw. 2.1.3.

gen Wirkung für alle Gesellschafter in der gleichen Rechtsstellung wie die Kläger haben, erhoben sie doch die als Individualrecht ausgestaltete Klage im eigenen Interesse. Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, wenn sie von den Klägern für den Fall ihres Unterliegens einen ihrem persönlichen Interesse entsprechenden Kostenvorschuss verlangte.[28]

[28] Erw. 2.4.

1.2 Übriges Gesellschaftsrecht*

A. Gesetzgebung

1. Bucheffektengesetz

Das Bucheffektengesetz (BEG)[29] ist am 1. Januar 2010 in Kraft getreten[30].

2. Bezeichnung der Revisionsstelle und Opting-out

Die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Revision des GmbH-Rechts und die in diesem Rahmen erfolgten Änderungen der Revisionsbestimmungen in den Art. 727 ff. OR sehen vor, dass Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften, Kommanditaktiengesellschaften sowie Aktiengesellschaften die Revisionsstelle im Handelsregister eintragen lassen müssen oder zu erklären haben, dass sie auf eine eingeschränkte Revision verzichten[31]. Von den Handelsregisterämtern wurde hierzu zusätzlich eine – mittlerweile abgelaufene – Frist bis zum 30. Juni 2009 eingeräumt. Gesellschaften, die diese Frist ungenutzt verstreichen liessen, leiden an einem zu beseitigenden Organisationsmangel (vgl. Art. 731b OR).

3. Aktien- und Rechnungslegungsrechtsrevision

Im Rahmen der laufenden Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts (vgl. Teil 1, 1.1. A.) ist auch eine entsprechende Anpassung vereinzelter, das übrige Gesellschaftsrecht betreffende Bestimmungen an das bestehende und revidierte Aktienrecht wie auch an das revidierte Rechnungslegungsrecht vorgesehen. Diese Anpassungen betreffen namentlich die Kollektiv-, die Kommandit- und die Kommanditaktiengesellschaft sowie die GmbH und die Genossenschaft. Ferner sind Ände-

* Bearbeitet von Kilian Perroulaz, Rechtsantwalt, dipl. Steuerexperte.

[29] SR 957.1.

[30] Vgl. die Zusammenfassung in Teil 2, A. 1.a).

[31] Vgl. Art. 727 ff. i.V.m. Art. 764 Abs. 2 bzw. Art. 818 bzw. Art. 906 OR; vgl. auch Art. 61 f., 70, 83 und 89 HRegV.