

Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010/2011: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht

Von Prof. Dr. PETER V. KUNZ¹, Bern

I. Einleitung

1. Ausgangslage für Rezensionen

Mit *Urteilsbesprechungen* werden regelmässig *zwei Ziele* verfolgt. Einerseits sollen Rechtskonsumenten (beispielweise Rechtsanwälte) über Entwicklungen orientiert werden, die sie für ihre Tätigkeiten direkt nutzen können bzw. müssen. Andererseits besteht die Hoffnung, dass Rechtsanwender – und damit insbesondere das Bundesgericht – solche Rezensionen wohlwollend zur Kenntnis nehmen (und Anregungen in Zukunft «aufnehmen»).

Doch wie ernst *kritisierende Rechtsprofessoren* von Gerichten genommen werden, erscheint im besten Fall unsicher – dazu pointiert (und wohl zutreffend): «There are (...) reasons that *academic criticism does not much affect judicial behavior*. One is that although judges indeed care about whether they are doing and are thought by certain others (other judges, for example) to be doing a good job, *they do not care greatly what law professors think of them* (...)»² Nun gut, die Hoffnung stirbt bekanntlich zuletzt!

Angesichts der enormen juristischen Bandbreite der Themen des *Wirtschaftsrechts* (und des beschränkten Platzes in der ZBJV) müssen materielle Einschränkungen für den vorliegenden Beitrag vorgenommen werden. Es wird im Wesentlichen fokussiert auf das *Gesell-*

¹ Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M., ist seit dem Jahr 2005 als Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung an der Universität Bern tätig als Geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch); der Beitrag wurde im *Oktober 2012* abgeschlossen – für eine kritische Durchsicht bedanke ich mich bei Prof. Dr. THOMAS JUTZI, Rechtsanwalt, LL.M.

² RICHARD A. POSNER, *How Judges Think* (Cambridge 2008) 205; Hervorhebungen hinzugefügt.

schaftsrecht einerseits³ sowie auf das *Finanzmarktrecht* andererseits⁴. Die Auswahl der meist grundlegenden Urteile erfolgt weniger objektiv als vielmehr subjektiv («Best of»)⁵.

2. Friendly Take-over

Der Doktorvater des Unterzeichners, Prof. Dr. ROLF BÄR, ehemaliger Ordinarius an der Universität Bern, hat lange Zeit die wirtschaftsrechtlichen Rezensionen in der ZBJV verfasst und geprägt (zu Beginn der 1990er-Jahre unterstützt durch den Unterzeichner). Dessen eindrucksvolle Leistung wurde nach seiner Emeritierung von zwei Kollegen an der Universität Bern fortgesetzt: Prof. Dr. ROLAND VON BÜREN sowie Prof. Dr. HANS PETER WALTER. Es stellt eine grosse Herausforderung dar, den *Qualitätsstandards zur Wirtschaftsrechtsrezension* meiner Vorgänger weiterhin zu genügen.

Wissenschaftliches Arbeiten erfolgt selten im «stillen Kämmerlein» des abgehobenen Wissenschaftlers, sondern basiert – nicht zuletzt bei Universitätsprofessoren – meist auf einer mehr oder weniger intensiven *Teamarbeit*:

Der Unterzeichner durfte sich bei der Auswahl sowie bei der Bearbeitung der vorliegenden Urteile auf sein IWR-Team verlassen, nämlich auf MLaw ANDREAS HAGI (Urteile 2011) sowie auf MLaw LUCIANO F. DONATI (Urteile 2010); die «Hauptbüez» und die zentralen Verantwortungen lagen indes – wie so oft – bei MLaw EVA SPICHER LÄDERACH, Rechtsanwältin. Die meisten besprochenen Bundesgerichtsurteile wurden von diesem Team *selbstständig zusammengefasst und bearbeitet* – euch allen sei herzlich gedankt! Die Kommentare sowie die Irrtümer hat der Unterzeichner alleine zu verantworten.

3 Es gab in der Berichtsperiode auffällig viele französischsprachige Urteile zum Gesellschaftsrecht.

4 Hinweise zur finanzmarktrechtlichen Praxis in der Berichtsperiode finden sich schliesslich ebenfalls im FINMA-Jahresbericht 2011 sowie im FINMA-Jahresbericht 2010.

5 Die Darstellung umfasst die *Jahre 2010/2011* und wurde *thematisch* angeordnet; zuerst wird auf das *Gesellschaftsrecht* (nämlich: Aktienrecht, Personengesellschaftsrecht sowie Spezialthemen wie Umstrukturierungsrecht oder Handelsregisterrecht) und anschliessend auf das *Finanzmarktrecht* eingegangen.

3. Allfällige Kritik am Bundesgericht – eine Vorschau

Der Autor hat sich bis anhin *wenig interessiert für Urteilsbesprechungen*. Die ersten Rezensionen wurden konsequenterweise erst verfasst,⁶ als sich der erwähnte «Friendly Take-over» in der ZBJV abzuzeichnen begann. Es sei an dieser Stelle betont, dass der Unterzeichner *grössten Respekt* vor den Leistungen des höchsten Gerichts der Schweiz hat. Trotzdem soll im Folgenden (und erst recht in Zukunft) *respektvolle Kritik* vorgetragen werden, wann immer dies angebracht erscheint – ungeachtet dessen, ob sie von den Bundesrichtern bzw. von den Gerichtsschreibern «aufgenommen» wird.⁷

Der sog. *pragmatische Methodenpluralismus* des Bundesgerichts wird in der Wissenschaft regelmässig hinterfragt. M. E. verdienen zahlreiche methodische Themen vertieft zu werden, die sich als bedeutsam gerade für das *Wirtschaftsrecht* und dessen *Rechtsanwendung* erweisen (ausgewählte Fragen: Inwiefern bestimmt die Praktikabilität die Normauslegung? Gibt es ein rechtsvergleichendes Auslegungselement? Wie verhält es sich mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise? Ist eine harmonische Auslegung anzustreben?)⁸. Leider bietet keines der zu besprechenden Urteile des Bundesgerichts entsprechenden Anlass.

Bereits heute sollen an dieser Stelle *zwei kritische Beobachtungen* festgehalten werden, die mit der «Arbeitsmethodik» am Bundesgericht zusammenhängen dürften. Einerseits ist nicht einsichtig, nach welchen Kriterien die *Publikationspraxis* funktioniert; dass ein wichtiges konzernrechtliches Grundsatzurteil⁹ überflüssigerweise anonymisiert und nicht amtlich publiziert wird, belustigt weniger, als dass es betroffen macht. Andererseits scheint fast eine «Copy-Paste»-*Methode* beim Bundesgericht angewandt zu werden; dadurch wer-

6 Sozusagen als «Fingerübungen» für künftige Urteilsbesprechungen: AJP 19 (2010) 1475 ff.; recht 29 (2011) 41 ff.; Jusletter 5. September 2011.

7 Der *Einfluss der Gerichtsschreiber* auf die Praxis der Gerichte wird meist unterschätzt.

8 Hinweise zu (möglichen) Antworten: PETER V. KUNZ, Methodische Besonderheiten bei Rechtsanwendungen im Wirtschaftsrecht – Überblick sowie Kritik, Richterzeitung vom 30. Mai 2012.

9 Urteil 4A_306/2009: Vgl. dazu hinten II. 1. s).

den insbesondere veraltete Literaturstellen¹⁰ oder unklare Aussagen¹¹ perpetuiert.

II. Ausgewählte Bundesgerichtsentscheide

1. Gesellschaftsrecht

a) *BGE 137 III 503 (Urteil 4A_350/2011 vom 13. Oktober 2011)*¹²¹³

Aktienrecht: Übertragung der GF durch den VR, Kompetenz der GV (Art. 627 Ziff. 12 OR, Art. 716 Abs. 2 OR und Art. 716b Abs. 1 und 2 OR)

Die Aktien der X. AG wurden vorwiegend durch zwei Aktionäre gehalten (Y. AG: 33,76%; Z. AG: 54,40%). Die Z. AG verfügte daneben über 100% des Aktienkapitals der Z.A. Limited. Im Jahre 2007 schloss die X. AG mit der Z.A. Limited ein «*Investment Management Agreement*» ab, wodurch die Z.A. Limited zur diskretionären Verwaltung sämtlicher Konten der X. AG ermächtigt wurde.

Die Y. AG verlangte daraufhin, es sei in der kommenden Generalversammlung (GV) eine Statutenänderung zu traktandieren, wonach der durch das «*Investment Management Agreement*» handelnde Geschäftsführer (GF) die gleichen Unabhängigkeitsvorschriften zu erfüllen habe wie eine Revisionsstelle (Art. 728 OR). Die X. AG kam diesem *Traktandierungsbegehren* nicht nach und begründete dies damit, dass die Ernennung eines GF in den unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzbereich des Verwaltungsrats (VR) falle und damit statutarisch nicht beschränkt werden könne.

¹⁰ Es überrascht, dass etwa zum *Aktienrecht* seit Jahren bzw. seit Jahrzehnten (verdiente) Werke zitiert werden, die heutzutage längst nicht mehr aktuell sind.

¹¹ Dass beispielsweise das «*rechtsvergleichende Auslegungselement*» in der bundesgerichtlichen Methodikformel teils erscheint und teils fehlt, kann wohl einzig mit «copy-paste» erklärt werden.

¹² Deutsche Übersetzung: Pra 101 (2012) Nr. 64.

¹³ BENEDICT BURG/HANS CASPAR VON DER CRONE, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung (...), SZW 84 (2012) 59 ff.; URS BERTSCHINGER, Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, GesKR 2/2012, 294 ff.; Zusammenfassung: GesKR 1/2012, 143.

Das Bundesgericht setzte sich zuerst mit der Frage auseinander, ob dieses «Agreement» eine *Geschäftsführungsdelegation gemäss Art. 716b OR* darstelle oder ob es sich – wie von der X. AG vorgebracht – als einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR) qualifizieren lasse. Aufgrund der *grossen Tragweite der Vereinbarung* mit zeitlicher und sachlicher Unbegrenztheit, die eine vollständige Übertragung der GF der X. AG an die Z.A. Limited bezweckte, *bejahte* das Bundesgericht eine *Delegation* der Geschäftsführung. Das «Investment Management Agreement» erfüllte dabei alle an ein *Organisationsreglement* gestellten *materiellen Anforderungen*; eine *falsche Bezeichnung* desselben schadete nicht, wurde doch insbesondere auch die aktienrechtliche Vorgabe, wonach das Organisationsreglement mit einem Mehrheitsbeschluss gefasst werden muss, eingehalten.¹⁴

Fräglich war ausserdem, ob der VR eine Traktandierung unterlassen durfte. Sofern die formellen Voraussetzungen für ein *Traktandierungsbegehren* erfüllt waren, erachtete es das Bundesgericht als korrekt, dass der VR die Traktandierung eines Begehrens *verweigern* dürfe, wenn der Verhandlungsgegenstand *ohne jeglichen Zweifel* nicht in den Kompetenzbereich der GV falle; bestehe hingegen ein noch so kleiner Zweifel über die Kompetenzordnung, müsse der Verhandlungsgegenstand zur Abstimmung vorgelegt werden.¹⁵ Entsprechend war der VR verpflichtet, das Traktandierungsbegehren der Y. AG für die GV aufzunehmen.

M. E. ist positiv zu vermerken, dass das Bundesgericht in Bezug auf das (unerlässliche) *Organisationsreglement* einen *funktionalen Ansatz* verfolgt und keinem unnötigen Formalismus frönt. Rechtsanwälte und Treuhänder: aufgepasst – die bundesgerichtlichen Anforderungen lauten wie folgt: «(...) [U]n *règlement d'organisation* revêtant *la forme écrite* (...), lequel doit contenir au minimum les éléments

14 BGE 137 III 510 f. Erw. 3.4.

15 Konkret ging es darum, ob die GV über eine Statutenklausel beschliessen könne, mit welcher die dem VR erteilte *Delegationsermächtigung* (Art. 716b OR) an gewisse *Restriktionen* gebunden wird. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass dies in der statuarischen Ermächtigungsnorm zulässig sein müsse, könne die GV doch die Delegation der GF verbieten und dürfe es ihr entsprechend nicht verwehrt sein, die Ermächtigung zwar zu erteilen, diese aber gewissen Einschränkungen zu unterstellen. Dies ergebe sich insbesondere auch aus dem *Minderheitenschutz* gemäss *Art. 709 Abs. 2 OR*, wonach die Statuten besondere Bestimmungen zum Schutz von Minderheitsaktionären vorsehen können: BGE 137 III 516 f. Erw. 4.3.

décrits à l'art. 716b al. 2 CO; le règlement doit ainsi *au moins* fixer les modalités de la gestion, déterminer les postes nécessaires, en définir les attributions et régler l'obligation de faire rapport. Il *n'est pas nécessaire* que ce *document soit formellement désigné* comme étant un règlement d'organisation (...)¹⁶

b) *Urteil 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011*¹⁷

*Aktienrecht: Verbot der Einlagenrückgewähr
(Art. 680 Abs. 1 OR)*

Dieser nicht amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheid wurde *stark beachtet* in der Doktrin.¹⁸ Zur *Sanierung* der finanziell angeschlagenen X. AG (Beschwerdeführerin) wurde, unter gleichzeitiger Gewährung einer höheren Kreditlimite durch verschiedene Banken, das Aktienkapital um mehrere Millionen Franken erhöht. Das neue Kapital wurde bar liberiert. In der Folge wurden *Zahlungen an die beiden Aktionäre* G. AG und C. sel. geleistet.

An die G. AG überwies die X. AG CHF 600 000.– und an C. sel. CHF 406 400.–. Die Zahlung an C. sel. bezweckte die Rückzahlung eines im Umfang von CHF 400 000.– gewährten Warenkredits, der von C. sel. bereits gekündigt und in Betreuung gesetzt worden war. Gegenüber der G. AG wurden Forderungen aus Lieferungen im Umfang von CHF 600 000.– beglichen; für diesen Betrag war ebenfalls bereits die Betreuung eingeleitet worden. Per 31. Dezember 2000 deckten die Aktiven im Betrag von CHF 30 400 000.– das Fremdkapital von CHF 26 300 000.– vollständig – eine *Überschuldung* lag *nicht* vor.

16 BGE 137 III 511 Erw. 3.4; Hervorhebungen hinzugefügt.

17 Pra 100 (2011) Nr. 115 – bearbeitet von GEORG WEBER.

18 RAINER BAISCH/ROLF H. WEBER, Aktienrechtliche Restriktionen bei der Kapitalerhöhung als Sanierungsmassnahme – Verbot der Einlagenrückgewähr vs. Werthaltigkeitstheorie bei der Verrechnungsliberierung, SZW 83 (2011) 416 ff.; HANS-UELI VOGT/ANNA PETER, Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr (...), GesKR 2/2011, 228 ff.; JÜRIG G. SCHÜTZ, Zur Rückzahlung von vorbestehenden Gesellschaftsschulden, zum aktienrechtlichen Verbot der Einlagerückgewähr und zur Äquivalenz der Liberierungsarten (...), Jusletter 6. Juni 2011; Zusammenfassung: GesKR 2/2011, 274; SZW 84 (2012) 50; SJZ 107 (2011) 492; ST 86 (2012) 575 f.

Die *finanzielle Situation* der Beschwerdeführerin *verschlechterte sich* in der Folge, sodass am 14. Dezember 2001 die definitive Nachlassstundung gewährt werden musste. Die Beschwerdeführerin richtet ihre Klage sowohl gegen den Willensvollstrecker eines verstorbenen ehemaligen VR der Beschwerdeführerin als Beschwerdegegner 1 sowie gegen den ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten (VRP) als Beschwerdegegner 2, und zwar insbesondere mit der Begründung, die erwähnten Zahlungen seien in *Missachtung des Verbots der Einlagenrückgewähr* (an Aktionäre) erfolgt.

I. c. hielt das Bundesgericht fest, dass die Bezahlung der beiden Beträge *keinen Verstoss* gegen das Einlagenrückgewährsverbot darstelle, dürfe eine AG doch ihre Schulden gegenüber Aktionären grundsätzlich auch mit den aus der Barliberierung gewonnenen Mitteln tilgen. So ist die *Erfüllung einer Forderung*, die dem *Aktienzeichner* bereits *vor der Kapitalerhöhung* gegenüber der AG zustand, keine verbotene Kapitalrückzahlung, und zwar selbst für den Fall einer Barliberierung nicht, denn es wird nicht Einkapital rückerstattet, sondern *Fremdkapital getilgt*. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs bleibt vorbehalten.

M. E. kommt diesem Urteil ebenfalls *konzernrechtliche Bedeutung* zu:¹⁹

Prinzipiell wird für neue Mittel aus einer sanierenden Eigenkapitalerhöhung der Verwendungszweck eingeschränkt. Mit diesem Urteil lässt es das Bundesgericht aber zu, dass die aus Kapitalerhöhungen resultierenden Liberierungserlöse zur Erfüllung bereits vorgängig bestehender Forderungen von Aktienzeichnern eingesetzt werden (z. B. zur Rückzahlung eines Aktionärsdarlehens),²⁰ sofern eine «reale Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär begeben» wird²¹ – dies gilt z. B. für den Fall eines sog. *eigenkapitaleretzenden Darlehens* eines Gesellschafters²² oder m. a. W. für den «Paradefall» bei Konzernsanierungen.

19 Dies trifft gerade die Verhältnisse in der Schweiz, wo sog. *Beteiligungskonzerne* eindeutig überwiegen, d. h., die Beherrschung innerhalb der Unternehmensgruppe erfolgt vorwiegend durch Kapitalbeteiligungen; Konzerngesellschaften sind also regelmässig ebenfalls Aktionäre bzw. Gesellschafter von anderen Unternehmen derselben Gruppe.

20 Im Jahr 1961: BGE 87 II 180 Erw. 7 sowie 182 Erw. 9c.

21 Urteil 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011: Erw. 2.4.

22 Urteil 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011: Erw. 2.4 m. w. H.

c) *BGE 137 III 460 (Urteil 5A_197/2011 vom 15. August 2011)*²³

Aktienrecht: Aktienbuch sowie Nichtigkeit eines Universalversammlungsbeschlusses (Art. 686 Abs. 4 OR; Art. 701 und 706b OR)

Die X. AG wurde bei einer Übernahme durch die V. AG beraten. W. war VRP der X. AG, während die Witwe des früheren Inhabers am Aktienkapital beteiligt blieb und ihre Interessen durch U. vertreten liess. Mit Kaufvertrag vom 18. Mai 2005 und Übertragungserklärung vom 9. Januar 2006 erwarb die V. AG von S. ein Aktienpaket an der X. AG. U. löste W. daraufhin als VRP ab.

Am 24. Juli 2007 wurde eine sog. *Universalversammlung* der X. AG durchgeführt, bei der u. a. deren Sitzverlegung beschlossen wurde. Die V. AG war zu dieser Versammlung weder eingeladen worden, noch war sie anwesend oder vertreten.

Art. 684 Abs. 4 OR statuiert, dass im Verhältnis zur AG als Aktionär gilt, wer im *Aktienbuch* eingetragen ist. Dessen Inhalt kommt nach Ansicht des Bundesgerichts aber bloss die Bedeutung einer *widerlegbaren Vermutung* zu.²⁴ Diese Vermutung kann umgestossen werden durch den Nachweis, dass ein Eingetragener kein Aktionär ist, oder umgekehrt, dass ein Nichteingetragener ein Aktionär ist. Auf den Eintrag ist somit Verlass, es sei denn, es bestehe Kenntnis von dessen Unrichtigkeit (oder es müsste solche bestehen).

Vorliegend bestritt die X. AG, von der Aktionärserschaft der V. AG Kenntnis gehabt zu haben. Das Bundesgericht stützt diesen Standpunkt nicht, war doch VRP U. aktenkundig über die seinerzeitige Abtretung des Aktienpakets von S. an die V. AG orientiert. Dieses *Wissen* wurde der X. AG *zugerechnet*. Sie behauptete, der Beschluss der GV sei deshalb nicht nichtig, hätte doch die Teilnahme der V. AG an ihrem Ergebnis nichts geändert.

Das Bundesgericht führte aus, dass bei der Annahme von Nichtigkeit jeweils *Zurückhaltung* geboten sei.²⁵ Einzig *schwere Mängel*

²³ Zusammenfassung: ST 86 (2012) 580; Iusfull 2/2012, 59.

²⁴ BGE 137 III 463: «Dem Aktienbuch kommt (...) eine Legitimationsfunktion im Verhältnis der Aktionäre zur Gesellschaft zu. Diese Wirkung des Aktienbuchs ist allerdings beschränkt. Sein Inhalt hat bloss die Bedeutung einer widerlegbaren Vermutung» (Erw. 3.2.2).

²⁵ BGE 137 III 465 Erw. 3.3.2.

primär inhaltlicher Natur und schwerwiegende formelle Mängel könnten in der Beschlussfassung zur Nichtigkeit führen. Die Abwesenheit auch nur eines Aktionärs oder seiner Vertretung an einer Universalversammlung, welche die *Teilnahme sämtlicher Aktionäre* voraussetzt, stellte für das Bundesgericht aber gerade einen schwerwiegenden formellen Mangel dar, der zur *Nichtigkeit* der anlässlich dieser Versammlung getroffenen Beschlüsse führen musste.²⁶ Die Grösse des Aktienpakets sowie ein (fehlender) Kausalzusammenhang wurden hingegen als irrelevant erachtet.

d) *Urteil 4A_36/2010 vom 20. April 2010*²⁷

*Aktienrecht: Informationsrecht bzw. Informationsklage
(Art. 697 OR) – Rechtsmissbrauch wegen Verfolgung sachfremder Ziele mittels Auskunftsbegehren*

Die Y. AG stand ehemals in Kontakt mit einem Geschäftsmann, der in betrügerischer Absicht angeblich lukrative Finanzprodukte anpries; das Vorhaben, rund CHF 3 Mio. zu investieren, wurde gestoppt. Einige Zeit später schlug der VR der Y. AG anlässlich einer anstehenden GV die Absetzung ihres Mitgliedes A. vor. Aktionär X. wehrte sich gegen dieses Traktandum und verlangte von der Y. AG Auskunft über die früheren geschäftlichen Aktivitäten im Zusammenhang mit dem betrügerischen Geschäftsmann.

Wie sich im Beweisverfahren herausstellte, verfolgten dieses sowie weitere Auskunftsbegehren des Aktionärs X. vorwiegend das Ziel, *Druck auf den VR der Y. AG auszuüben*, um die Abwahl des A. zu erschweren bzw. zu verhindern.

Das Bundesgericht hielt in seinem französischsprachigen Entscheid zunächst fest, dass die Informationsrechte nach Art. 697 OR den Aktionären die *Ausübung ihrer Aktionärsrechte* ermöglichen würden. Rechtsmissbräuchlich sei ein entsprechendes Gesuch allerdings, sobald damit *sachfremde Ziele verfolgt* würden²⁸, wie etwa

26 BGE 137 III 465 f. Erw. 3.3.2.

27 ANDREAS BLÄTTIG, Missbräuchliche Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts nach Art. 697 OR (...), GesKR 3/2010, 393 ff.; Zusammenfassung: GesKR 3/2010, 397; SZW 83 (2011) 73; SJZ 106 (2010) 513; es gibt keine deutsche Übersetzung.

28 Urteil 4A_36/2010 vom 20. April 2010: «Le droit à l'information institué à l'art. 697 CO (...) est soumis à la réserve de l'abus de droit» (Erw. 3.1).

durch egoistisches oder schikanöses Handeln, das im Gegensatz zu den allgemeinen Interessen der Gesellschaft steht, oder indem versucht wird, die Interessen der Konkurrenz zu befriedigen.²⁹ I. c. erachtete es das Gericht als gegeben, dass X. mit seinem Begehren ausschliesslich Druck ausüben wollte, um die beabsichtigte Absetzung von A. zu verhindern – dies war *rechtsmissbräuchlich*.

Hingegen nicht als per se rechtsmissbräuchlich taxierte das Bundesgericht den auffälligen Umstand, dass X. mit dem *Auskunftsbegehren* zwei Jahre (sic!) *zuwartete*, nachdem er Kenntnis von den Investitionsabsichten mit dem betrügerischen Geschäftsmann hatte.³⁰ Dieses Zuwarten trug immerhin im konkreten Fall zum Gesamtbild bei.

Das Urteil verdient – im Grossen und Ganzen – Zustimmung. M. E. zu bedauern ist allerdings, dass das Bundesgericht keine (vertiefte) Stellung bezog zur *Frage, wie lange zugewartet* werden darf mit einem Informationsbegehren gemäss Art. 697 OR; bekanntlich wurde die vom Unterzeichner vorgeschlagene *Rechtsmissbrauchsvermutung* nach Ablauf von *zwei Monaten* (analog Art. 706a Abs. 1 OR)³¹ abgelehnt.³² Es liegt am Bundesgericht, zu dieser praxisrelevanten Thematik über kurz oder lang *Rechtssicherheit* zu schaffen.³³

29 Urteil 4A_36/2010 vom 20. April 2010: «(...) des buts étrangers (...) par exemple en agissant de manière chicanière ou égoïste, contrairement à l'intérêt général de la société, en cherchant à satisfaire les intérêts de la concurrence ou à causer intentionnellement un dommage à la société» (Erw. 3.1).

30 Urteil 4A_36/2010 vom 20. April 2010: Erw. 3.1. a.E.

31 PETER V. KUNZ, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 10 (2001) 896; *ders.*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) § 12 N 32.

32 Urteil 4C.234/2002 sowie Urteil 4C.246/2001 vom 4. Juni 2003: Erw. 3.2; kritisch: PETER V. KUNZ, OR-Handkommentar (2. A. Zürich 2009) N 17 a.E. zu Art. 697 OR – *Ceterum censeo*: m. E. sollte nach einem Zuwarten von mehr als zwei Monaten ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Informationsberechtigten vermutet werden, d. h., das Bundesgericht müsste eine *Beweislastumkehr* vornehmen.

33 In Auseinandersetzungen mit Aktionären kommt in der Wirtschaftsrealität nämlich nicht allein *Mehrheitsmissbrauch* (oder *Verwaltungsmissbrauch*), sondern gelegentlich auch sog. *Minderheitsmissbrauch* vor.

e) *Urteil 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010*³⁴

Aktienrecht: Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR)

Das Recht der *Sonderprüfung* gemäss Art. 697a ff. OR wurde durch zahlreiche Bundesgerichtsurteile im Lauf der Jahre «abgearbeitet». Mit dem vorliegenden französischsprachigen Entscheid werden einige der bekannten *Prinzipien wiederholt*.

Anlässlich einer GV der Y. AG forderte die Aktionärin X. AG vom VR u. a. Informationen über getätigte Investitionen und die Bilanz. Da die Antworten des VR nicht zufriedenstellend ausfielen, beantragte die X. AG die Einleitung einer Sonderprüfung. Das Begehren wurde von der GV abgewiesen, und es kam zu einer Sonderprüfungsklage. Die Vorinstanz wies die Klage mangels schützenswerter Interessen der X. AG ab.

Das Bundesgericht stellte in seinen Erwägungen zunächst fest, dass dem Recht auf eine Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR) zwingend das *Auskunfts- und Einsichtsrecht nach Art. 697 OR vorgehen* müsse (sog. Subsidiarität der Sonderprüfung).³⁵ Folglich dürfe sich die Sonderprüfung einzig auf Informationen beziehen, welche die Aktionäre vorgängig (sic!) *im Rahmen ihres Informationsbegehrens verlangt* hätten,³⁶ und welche der VR in gutem Glauben als Informationsbedürfnis der Aktionäre in Betracht habe ziehen dürfen.

Erforderlich sei zudem ein *schützenswertes Interesse* der Aktionäre. Nicht gegeben sei dieses Interesse, wenn die Informationen bereits aufgrund der VR-Information bekannt seien. Anerkannt hingegen werde das schützenswerte Interesse, wenn der VR anlässlich der GV eine *unvollständige oder gar falsche Antwort* gegeben habe.

Des Weiteren, so das Bundesgericht, hätten die Aktionäre glaubhaft zu machen, dass die Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt

34 Zusammenfassung: GesKR 4/2010, 558 f.; es gibt keine deutsche Übersetzung.

35 Urteil 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010: Erw. 3.1.1.

36 Urteil 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010: Erw. 3.1.1; früher bereits: BGE 123 III 261 Erw. 3. a; BGE 133 III 133 Erw. 3.2; diese Debatte wurde in der Doktrin vor vielen Jahren gestartet – für ein *«Trichter-Modell»*: FELIX HORBER, Das Auskunftsbegehren und die Sonderprüfung – siamesische Zwillinge des Aktienrechts, SJZ 91 (1995) 165; für ein (thematisch grosszügigeres) *«Flaschen-Modell»*: PETER V. KUNZ, Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, SJZ 92 (1996) 3.

hätten.³⁷ Die *Geltendmachung* einer Gesetzes- oder Statutenverletzung wurde i. c. von der X. AG allerdings unterlassen. Zudem brachte sie ihr Informationsbedürfnis nicht genügend klar zum Ausdruck. Das Bundesgericht wies die Klage ab.

f) *BGE 137 III 255 (Urteil 4A_69/2011 vom 29. März 2011)*³⁸

Aktienrecht: Einsichtsrecht des Gläubigers
(Art. 697h Abs. 2 OR)

Zwischen der X. AG (Beschwerdeführerin) und der Y. GmbH (Beschwerdegegnerin) bestand ein Rahmenvertrag, in dem die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin für verschiedene Länder ein Exklusivvertriebsrecht mit einer Mindestabnahmeverpflichtung für ein bestimmtes Medizinalprodukt einräumte. Gestützt auf die Nichteinhaltung der Mindestabnahmeverpflichtung forderte die Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin die Bezahlung eines Betrages von rund CHF 1,5 Mio. Das Bundesgericht setzte sich vertieft mit dem *Einsichtsrecht nach Art. 697h OR* auseinander.³⁹

Grundsätzlich hielt das Bundesgericht fest, dass ein Gesuchsteller, der gegenüber einer AG, die den Kapitalmarkt nicht in Anspruch nimmt, Einsicht verlangt, sowohl seine *Gläubigerstellung* einerseits als auch ein *schutzwürdiges Interesse* andererseits glaubhaft zu machen habe, wobei es beim Beweismass keine allzu strengen Massstäbe anzuwenden gelte.⁴⁰

Über ein schutzwürdiges Interesse sei unter Berücksichtigung der Umstände zu urteilen. Dabei sei das Interesse, das sich aus dem Umstand der Gläubigereigenschaft ergebe, nicht ausreichend, d. h., es bedürfe einer zusätzlichen Voraussetzung. *Nicht schützenswert* sei – als Beispiel – die Einsichtnahme lediglich zur Befriedigung der Neugierde oder zur Auskundschaftung von Konkurrenzverhältnissen.⁴¹

37 Urteil 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010; Erw. 3.1.3.

38 Zusammenfassung: GesKR 3/2011, 430; SZW 84 (2012) 50; SJZ 107 (2011) 492.

39 Die Regelung von Art. 697h OR, die sich historisch aus der sog. Kriegsverordnung aus dem Jahr 1919 ableitet, wird in Zukunft zwar ins *neue Rechnungslegungsrecht* «verschoben», doch materiell bleibt im Grossen und Ganzen alles beim Alten.

40 BGE 137 III 257 Erw. 4.1.2.

41 BGE 137 III 258 Erw. 4.1.3.

Bei einer *Bagatellforderung* sei zudem mehr Zurückhaltung für die Bejahung des schutzwürdigen Interesses geboten.⁴²

Das Gericht erkannte, dass die Beschwerdegegnerin ein schutzwürdiges Interesse daran hatte, vorab abschätzen zu können, ob sie im Fall ihres Obsiegens überhaupt mit der Befriedigung ihrer Forderung rechnen durfte; beim geforderten Betrag von CHF 1 268 307.60 handelte es sich nicht um eine Bagatellforderung.⁴³ Die Beschwerdeführerin ihrerseits vermochte zudem keine Umstände aufzuzeigen, aus denen auf eine zweckwidrige Einsicht in die nach Art. 697h Abs. 2 OR vorgesehenen Geschäftsunterlagen zu schliessen wäre. Das Bundesgericht hiess ein schutzwürdiges Einsichtsinteresse der Beschwerdegegnerin gut.

M. E. wird die Norm von Art. 697h OR in der Wirtschaftsrealität *oftmals verkannt* als wirksames Gläubigerschutzinstrument. Es scheint Rechtsanwälte zu geben, die bereit sind, zu prozessieren – notabene auf Kosten ihrer Klienten –, ungeachtet dessen, ob ein allfälliges Obsiegen finanziell «exekutiert» werden kann oder nicht. BGE 137 III 255 setzt die (kurze) Reihe von Entscheiden zu diesem Gläubigerrecht *überzeugend* fort.

g) Urteil 4A_461/2009 vom 1. März 2010⁴⁴

Aktienrecht: Eigentumsübertragung von Aktien; Anfechtung (Art. 706 OR)

In diesem italienischsprachigen Urteil geht es insbesondere um die Frage, wer zur Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR) aktivlegitimiert ist. C. als VR und Einzelaktionär der C. AG übertrug 45 von total 100 Inhaberaktien *zur Sicherung eines Darlehens* an D., der die Aktien bei E. hinterlegte. Eine Abrede zwischen D. und E. sah vor, dass im Falle des Hinscheidens von E. die Lebensgefährtin von D. (namens A.) die Aktien erhalte. Dies geschah denn auch nach dem Tod des E.

42 BGE 137 III 259 Erw. 4.1.3 – notabene u. a. unter Bezugnahme auf den Unterzeichner, nämlich: PETER V. KUNZ, Transparenz für den Gläubiger der Aktiengesellschaft, SJZ 99 (2003) 59 f.

43 BGE 137 III 260 Erw. 4.2.1 a.E.

44 Zusammenfassung: GesKR 2/2010 257; SZW 83 (2011) 73; es gibt keine deutsche Übersetzung.

In der Folge *verneinte* die C. AG die *Aktionärseigenschaft* der A. und von B., der 40 Aktien von A. erhalten hatte, und verweigerte ihnen anlässlich der GV, an der Beschlussfassung teilzunehmen. Sie machte geltend, dass die Aktien nur als *Sicherheit* für ein Darlehen von D. übertragen worden seien und folglich der Rechtsgrund für die Übertragung nichtig sei. A. und B. fochten in der Folge die GV-Beschlüsse gestützt auf *Art. 706 f. OR* an.

Gemäss *Art. 689a Abs. 2 OR* kann derjenige die Mitgliedschaftsrechte aus Inhaberaktien ausüben, der sich gegenüber der AG *als Besitzer ausweist*, indem er die Aktien vorlegt,⁴⁵ Das Bundesgericht stellte fest, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine *gesetzliche Vermutung* handle, der Besitzer der Aktien also nicht zwingend deren Eigentümer sein müsse. Der Gesellschaft bleibe es unbenommen, die *Legitimation des Aktionärs zu überprüfen*, ohne hierzu verpflichtet zu sein. Ergebe die Prüfung, dass derjenige, der die Aktien vorzeige, nicht deren Eigentümer sei, könne die AG die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte ablehnen.

Anders verhalte es sich bei der *Anfechtung* von GV-Beschlüssen nach *Art. 706 f. OR*. Die Anfechtungsklage setze nämlich voraus, dass der Aktionär seine Aktionärsstellung beweise.⁴⁶ Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass vorliegend die Eigentumsübertragung der Aktien aufgrund des mangelnden Rechtsgrundes nie stattgefunden habe, weswegen sich weder A. noch B. überhaupt auf *Art. 706 OR* berufen könnten.

h) *BGE 136 III 369 (Urteil 4A_106/2010 vom 22. Juni 2010⁴⁷)⁴⁸*
Aktienrecht: Mängel in der Organisation (Art. 731b OR)

Das zuständige Handelsregister (HR) forderte die A. SA, die über *kein Revisionsorgan (mehr)* verfügte, auf, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Nach unbenutztem Ablauf der Frist gelangte das HR an das Bezirksgericht und beantragte die Anordnung der «notwendigen Massnahmen» gemäss *Art. 731b OR*. In der Folge setzte das Gericht der AG eine Frist, um eine Revisionsstelle zu be-

45 Urteil 4A_461/2009 vom 1. März 2010: Erw. 5.

46 Urteil 4A_461/2009 vom 1. März 2010: Erw. 6.

47 Deutsche Übersetzung: Pra 100 (2011) Nr. 19.

48 Zusammenfassung: SZW 83 (2011) 75.

zeichnen, unter Androhung der Auflösung der Gesellschaft. Schliesslich löste das Gericht gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR die A. SA auf und ordnete deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an.

In der Folge focht die A. SA dieses Urteil an und reichte Urkunden ein, die bestätigten, dass es ihr *zwischenzeitlich gelungen* war, mit der *Wahl einer Revisionsstelle* den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg, da die Zivilprozessordnung des Kantons Tessin die Vorlage neuer Urkunden sowie die Behauptung neuer Tatsachen im Berufungsverfahren verbot. Dagegen erhob die A. SA Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht mit dem Begehren um Aufhebung des Urteils.

In Bezug auf das Vorbringen des Vorwurfs eines überspitzten Formalismus legte das Bundesgericht den Inhalt und die Tragweite von Art. 731b OR aus:⁴⁹

Dabei hielt es u. a. fest, dass die Bestimmung dem Richter einen *weiten Beurteilungsspielraum* einräume, der es ihm erlaube, über die anzuordnenden Massnahmen nach eigenem Ermessen und unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falles zu entscheiden. Die *Gesellschaftsauflösung* stelle die *strengste* Massnahme dar und sei nur als *Ultima Ratio* anzuordnen. Eine vertiefte Prüfung nahm das Bundesgericht indes nicht vor, weil die A. SA die Verhältnismässigkeit der von dem erstinstanzlichen Gericht angeordneten Massnahme unter diesem Gesichtspunkt *nicht rügte*. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Die Regelung von Art. 731b OR trat erst im *Jahr 2008* in Kraft und hat zwar zu einer Fülle von Literatur,⁵⁰ aber (noch) kaum zu Urteilen⁵¹ geführt – der vorliegende italienischsprachige Entscheid war

49 BGE 136 III 369 ff. Erw. 2/Erw. 11.

50 Auswahl: DANIEL S. WEBER, Mängel in der Organisation von Gesellschaften: Art. 731b OR – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft (Bern 2009) 345 ff.; STEFAN BÜRGE/NICOLAS GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH (...), SJZ 105 (2009) 157 ff.; FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung: Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 17 (2008) 1378 ff.; ders., Organisationsmängel von Gesellschaften mit tückischen Folgen (...), ST 83 (2009) 89 ff.

51 Immerhin Urteil 4A_321/2008 vom 5. August 2010: Erw. 5/Erw. 6; Urteil 4A_351/2008 vom 5. August 2010: Erw. 4.3.2; Urteil 4A_457/2010 vom 5. Januar 2011: Erw. 2.2.1/Erw. 2.2.2; dies änderte sich jüngst: BGE 138 III 407; BGE 138 III 294; BGE 138 III 213; BGE 138 III 166.

eine Art «Wake-up Call». Diese Norm stellt einen zentralen Bestandteil eines *gesellschaftsrechtlichen Corporate Governance Enforcement* dar. Nichtsdestotrotz dürften Gerichte nicht ohne Not drakonisch intervenieren, d. h., die im Aktienrecht übliche⁵² sog. *Business Judgment Rule* gilt ebenfalls bei Art. 731b OR.

Die (aktienrechtliche) Rechtsetzung sieht seit einigen Jahren vermehrt *richterliche Interventionsmöglichkeiten* vor,⁵³ die an das angelsächsische Common Law gemahnen. Obwohl in der Schweiz kaum jemals «*Judicial Activism*» wie in den USA zum Thema werden dürfte, bleibt m. E. zu hoffen, dass sich in Zukunft die Rechtsanwender *nicht um Verantwortungen «drücken»*, die ihnen vom Gesetzgeber «delegiert» worden sind.

i) *Urteil 4A_522/2011 vom 13. Januar 2011*⁵⁴

Aktienrecht: Mängel in der Organisation (Art. 731b OR)

Ein weiteres, nicht amtlich publiziertes Urteil befasste sich im Folgejahr (erneut) mit *Art. 731b OR*. Im Wesentlichen ging es darum, ob ein Organisationsmangel dadurch begründet wurde, dass VR-Mitglieder der Muttergesellschaft *gleichzeitig* im VR einer Tochtergesellschaft waren. Die Thematik hat grösste konzernrechtliche Praxisrelevanz, weil in der schweizerischen Wirtschaftsrealität sog. *Doppelorganschaften* weitverbreitet sind.

Vorliegend entschied das Bundesgericht, dass ein solches Doppelmandat zwar durchaus eine *Interessenkollision* hervorrufen könne⁵⁵ – ein solcher Konflikt sei bei Doppelorganen geradezu «inhärent». ⁵⁶ Dadurch könne der VR der herrschenden Gesellschaft «handlungsun-

52 Nach Überzeugung des Unterzeichners wird allerdings diese «Rule» zu häufig und zu leichtfertig angerufen: PETER V. KUNZ, *Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur «Business Judgment Rule»*, in: FS für J. N. Druey (Zürich 2002) 459 ff.

53 Im Vordergrund stehend: Art. 731b Abs. 1 OR («erforderliche Massnahmen») sowie Art. 736 Ziff. 4 OR («andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung»).

54 Zusammenfassung: GesKR 1/2012, 143.

55 Der potenzielle Konflikt liege darin, dass die *Obergesellschaft nicht völlig frei* erscheine beim Entscheid, ob gegen den VR der Untergesellschaft aus Verantwortlichkeit vorzugehen sei oder nicht, wenn «eigene Leute» davon betroffen sind (Urteil 5A_522/2011 vom 13. Januar 2011: Erw. 2.1).

56 Urteil 5A_522/2011 vom 13. Januar 2011: Erw. 2.3.

fähig» werden, was – nach Ansicht der Vorinstanz – durchaus einen Organisationsmangel darstelle;⁵⁷ doch das Bundesgericht sah dies anders und hielt fest, dass eine Doppelorganschaft prinzipiell *kein Organisationsmangel* sei.⁵⁸ Nehme der VR der Tochtergesellschaft die eigenen Gesellschaftsinteressen aber nicht genügend wahr, könne der VR der Muttergesellschaft verantwortlich gemacht werden, wenn er nicht gegen den VR der Tochtergesellschaft vorgehe.

M. E. bestätigt dieses Urteil – notabene mit gutem Grund – das (vorherrschende) sog. *Trennungsprinzip* im schweizerischen Konzernrecht. Ein anderes Ergebnis wäre nicht allein lebensfremd und hätte in Widerspruch zur gelebten Konzernrechtspraxis in der Schweiz gestanden, sondern hätte eine Art konzernrechtliche Gesamtbetrachtung eingeführt, die einer Stütze in der Rechtssetzung entbehrt – das Urteil verdient somit Unterstützung.⁵⁹

j) *BGE 136 III 278 (Urteil 4A_475/2009 vom 5. März 2010)*⁶⁰⁶¹

*Aktienrecht: Auflösung aus wichtigen Gründen
(Art. 736 Ziff. 4 OR)*

Obwohl die Y. SA stattliche Gewinne erzielte, schüttete sie mehrere Jahre in Folge ihren drei Aktionären (X., A. und B.) *keine Dividenden* aus. X., die seit Jahren mit A. *zerstritten* war, focht in der Vergangenheit mehrere Beschlüsse der GV an. Im Mai 2007 beantragte X. beim erstinstanzlichen Genfer Gericht die *Auflösung der Y. SA* gestützt auf *Art. 736 Ziff. 4 OR*. Im Februar 2009 wurde die Kla-

57 Urteil 5A_522/2011 vom 13. Januar 2011: Erw. 2. a. E.

58 Urteil 5A_522/2011 vom 13. Januar 2011: Erw. 2.2.

59 Auf der anderen Seite müssen die delegierten (und meist für die Obergesellschaft fiduziarisch tätigen) VR-Mitglieder in den Untergesellschaften darauf bedacht sein, ihre Pflichten gegenüber diesen (abhängigen) Unternehmungen zu erfüllen, ansonsten sie ihrerseits mit Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 754 ff. OR rechnen müssen – das konzernrechtliche Stichwort lautet: «*doppelter Pflichtenexus*».

60 Deutsche Übersetzung: Pra 99 (2010) Nr. 140.

61 HANS-UELI VOGT/THOMAS ENDERLI, Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» (Art. 736 Ziff. 4 OR), recht 28 (2010) 238 ff.; LUKAS BEELER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR – Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_475/2009 vom 5. März 2010 in Sachen X (Beschwerdeführerin) gegen Y SA (Beschwerdegegnerin/Beklagte), SZW 82 (2010) 329 ff.; Zusammenfassung: GesKR 3/2010, 397; SZW 83 (2011) 71 (r27); SJZ 106 (2010) 514.

ge gutgeheissen und die Auflösung der Y. SA angeordnet. Dagegen erhob die Y. SA erfolgreich Berufung beim Genfer Kantonsgericht. Gegen dieses Urteil reichte X. schliesslich Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ein.

In Bezug auf das Auflösungsbegehren hielt das Bundesgericht fest, dass die Auflösung der Gesellschaft eine *subsidiäre Massnahme* sei («mesure de dernier recours»),⁶² die keine Anwendung finde, sofern legitime Interessen der Minderheitsaktionäre *mit weniger einschneidenden Mitteln gewahrt* werden können; als Beispiel für mildere Mittel führte das Bundesgericht die Anfechtung eines GV-Beschlusses oder die Klage auf Auskunftserteilung an. Ausserdem wurde der *grosse Ermessensspielraum* des Gerichts hervorgehoben.⁶³

I. c. focht X. in der Vergangenheit zwar mehrere Beschlüsse der GV der Y. SA an, die Klagen waren aber nicht immer erfolgreich, und die jüngsten GV-Beschlüsse wurden nicht auf gerichtlichem Wege beanstandet. Daraus folgerte das Bundesgericht, die Situation sei zwar *schwierig*, jedoch könne *nicht* von einem *systematischen Missbrauch* ausgegangen werden. Wiederkehrende Konflikte zwischen Aktionären seien für sich allein noch nicht Grund zur Auflösung der Gesellschaft. Zudem führte das Gericht an, dass die Beteiligungsverhältnisse der Y. SA *nicht* dergestalt seien, dass die Konflikte zwischen den Aktionären zu einer Pattsituation und damit zu einer *Lähmung der GF* führen würden.

Insgesamt *verneinte* das Bundesgericht die Voraussetzungen für eine Auflösung der Gesellschaft nach Art. 736 Ziff. 4 OR und wies die Beschwerde der X. ab. Im Jahr 2011 hat das höchste Gericht diese Prinzipien der Praxis *wiederholt* in einem deutschsprachigen, nicht amtlich publizierten Entscheid,⁶⁴ in dem eine Klage ebenfalls abgewiesen wurde.

M. E. erweist sich die *Gerichtspraxis* in der Schweiz als (zu) *restriktiv* bzw. als zu wenig «kreativ», was die bundesgerichtlichen Urteile belegen.⁶⁵ Die Doktrin schlägt schon seit vielen Jahren eine *relativ ex-*

62 BGE 136 III 279 Erw. 2.2.2.

63 BGE 136 III 279 Erw. 2.2.1: «large pouvoir d'appréciation».

64 Urteil 4A_164/2011 vom 10. November 2011: *Erw.* 3 bietet eine *Praxisübersicht*.

65 Die legislativen Vorgaben *würden* eine grössere «Flexibilität» der Rechtsanwendung gestatten.

tensive Interpretation von Art. 736 Ziff. 4 OR vor,⁶⁶ doch die Gerichte scheinen sich zu fürchten, im (*angelsächsischen*) *Ausland* gemachte Erfahrungen zum Minderheitenschutz (z. B. «Oppression» und «Reasonable Expectations») zu berücksichtigen⁶⁷ – und dies, obwohl die Rechtsfolgealternative zur Gesellschaftsauflösung (nämlich: «andere sachgemässe [...] Lösung») dem *Common Law* «entnommen» wurde.

k) *BGE 136 III 322 (Urteil 4A_462/2009 vom 16. März 2010)*⁶⁸

Aktienrecht: Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 754 ff. OR (u. a. betreffend Substanziierung des Schadens; Verjährungseinrede im Konkurs; nicht publ.: Treuepflicht)

Über die Y. AG wurde der Konkurs eröffnet. Im Kollokationsplan wurden V. (eine bedeutende Aktionärin der Y. AG) und ihre Tochtergesellschaft W. B.V. mit Forderungen in Millionenhöhe kolloziert. Die Konkursverwaltung trat der V. und der W. B.V. (Beschwerdeführerinnen) verschiedene *Verantwortlichkeitsansprüche* gegen die Verwaltungsratsmitglieder der konkursiten Y. AG (A., B. und C.) einerseits sowie gegen die Revisionsstelle (X. AG) andererseits (zusammen Beschwerdegegner) ab.

Im Jahr 2000 klagten V. und W. B.V. beim Bezirksgericht March gegen A., B. sowie gegen die X. AG aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit wegen *Konkursverschleppung* auf Zahlung von CHF 21,38 Mio. sowie gegen A., B. und C. auf Zahlung von CHF 1,16 Mio. aufgrund zu Unrecht bezogener Leistungen. Bei der Forderung über CHF 1,16 Mio. hob das Kantonsgericht in teilweiser Gutheissung einer erneuten Berufung das Urteil gegen A. und B. (nicht aber gegen C.) auf, und hinsichtlich der Verantwortlichkeitsansprüche über CHF 21,38 Mio. wies das Kantonsgericht die Klage mangels Substanziierung ab.

Das Bundesgericht hielt fest, dass die *Substanziierung* des sog. *Fortführungsschadens*, d. h. des Schadens, der infolge eines verspät-

66 Bereits vor 15 Jahren der Unterzeichner: PETER V. KUNZ, Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR (...), in: FS für R. Bär (Bern 1998) 235 ff. und v. a. 242 ff.

67 Detailliert zu dieser Thematik: KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 73 ff. sowie N 80 f.

68 CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit – Vergütung an Organe, Konkursverschleppung, Verjährungsbeginn (BGE 136 III 322), in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar vom 22. Juli 2010; Zusammenfassung: GesKR 3/2010, 398; SZW 83 (2011) 77 (r16); SJZ 106 (2010) 513.

teten Konkurses entstanden ist, durch einen Vergleich des Vermögensstands bei Konkurseröffnung mit dem hypothetischen Vermögensstand, der bei rechtzeitiger Benachrichtigung des Richters zu erwarten gewesen wäre, zu erfolgen habe.⁶⁹ Die Bewertung des *Überschuldungsgrades* habe anhand der Liquidationswerte zu erfolgen, weil die Konkurseröffnung die Auflösung der Gesellschaft nach sich ziehe.

Das Bundesgericht äusserte sich ausserdem dahin gehend, dass eine *Schadensschätzung* im Rahmen der richterlichen Rechtsanwendung von *Amtes wegen* gemäss Art. 42 Abs. 2 OR zu erfolgen habe, dies unabhängig davon, ob und auf welche Schadensposition sich ein Geschädigter berufe.⁷⁰ Die rechtliche Korrektheit der Behauptungen zur Schadensberechnung sei somit für eine genügende Substanziierung nicht erforderlich.

Die Aufhebung des angefochtenen Urteils wegen überspannter Substanziierungsanforderungen könne jedoch nur erfolgen, wenn die Klage nicht ohnehin – wie von den Beschwerdegegnern vorgebracht – wegen *Verjährung* abzuweisen sei. Das Bundesgericht hielt fest, dass die erforderliche Kenntnis für die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage nach Art. 760 Abs. 1 OR aus mittelbarer Schädigung regelmässig erst gegeben sei, wenn der *Kollokationsplan* und das Inventar *zur Einsicht aufgelegt* wurden⁷¹ – es sei denn, der Geschädigte habe die nötige Kenntnis früher erlangt. Keinesfalls aber könne die fünfjährige (relative) Verjährungsfrist einsetzen, bevor über die AG der Konkurs eröffnet wurde, schliesslich sei die Forderung der Gläubigergesamtheit erst ab diesem Zeitpunkt einklagbar.

I. c. konnte die Kenntnis des Schadens durch die Gesellschaft nicht massgeblich sein, weil der Anspruch der Gesellschaft durch jenen der Gläubigergesamtheit abgelöst wurde.⁷² Folglich drangen die Beschwerdegegner mit der *Einrede der Verjährung* nicht durch.

69 BGE 136 III 325 f. Erw. 3.2.

70 BGE 136 III 327 f. Erw. 3.4 – das Hauptaktivum waren «Kaviarvorräte» (a. a. O.).

71 Es handelt sich um eine ständige Rechtsprechung: BGE 136 III 331 Erw. 4.4. m. w. H.

72 Unausgesprochen geht es dabei um die Thematik der seit vielen Jahren umstrittenen *Rechtsnatur* der Verantwortlichkeitsansprüche; dazu jüngst: DAMIAN K. GRAF, Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, 380 ff.

Nicht amtlich publiziert – aus welchen Gründen auch immer – wurde *Erwägung 6* des Bundesgerichtsurteils,⁷³ in der sich das Gericht mit der *Treuepflicht* von VR-Mitgliedern zu befassen hatte.⁷⁴ Im Zusammenhang mit einem Simulationsgeschäft hätte im konkreten Fall ein Mitglied des VR in den *Ausstand treten müssen*. Eine solche Unterlassung stellt eine *Pflichtverletzung* dar. Die Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR ist eine Interessenwahrungspflicht, für die gemäss Bundesgericht ein *strenger Massstab* anzuwenden ist.

1) *Urteil 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010*⁷⁵

Aktienrecht: Verantwortlichkeit bei konzerninterner Unterstützung (Art. 754 OR)

Das nicht amtlich publizierte Bundesgerichtsurteil befasst sich mit «*Hilfsaktionen*» *innerhalb eines Konzerns* (und den möglichen Rechtsfolgen). Die Thematik der Konzerninsolvenz ist in der Schweiz wissenschaftlich noch wenig entwickelt. Leider unterlässt es das Gericht, sich in diesem Zusammenhang zumindest obiter zu äussern.

I. c. hielt das Bundesgericht eine allgemeine Lebensweisheit fest: «Der blosser Umstand, dass eine Gesellschaft bereits bedeutende Ausgaben getätigt hat, kann nicht als Rechtfertigung für eine Vergrösserung der Verschuldung durch weitere Mittelabflüsse dienen» – und *nicht anders* verhält es sich, wenn die *Mittel an eine Tochtergesellschaft fliessen*, mit deren Überleben «nicht mehr ernsthaft (...) gerechnet werden» konnte.⁷⁶ Sollte also eine Muttergesellschaft eine Verlustabdeckung für eine *kaum überlebensfähige* abhängige Unternehmung vornehmen, kann beim VR eine Pflichtverletzung gemäss Art. 717 Abs. 1 OR vorliegen, die zu einer Verantwortlichkeit (Art. 754 Abs. 4 OR) führen könnte.⁷⁷

Bei «*Down-Stream*»-*Situationen* im Konzern – also z. B. Mutter an Tochter – sind sowohl Geldflüsse als auch Sicherheitsvergaben zumindest tendenziell unproblematisch, wobei m. E. eine Ausnahme

73 Abgedruckt: Urteil 4A_462/2009 vom 16. März 2010.

74 Urteil 4A_462/2009 vom 16. März 2010: Erw. 6.3.

75 Zusammenfassung: SZW 83 (2011) 69, 76 (r14); SJZ 106 (2010) 513.

76 Urteil 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010: Erw. 2.2.

77 Urteil 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010: Erw. 2.3.

besteht bei *a priori hoffnungslosen* Verhältnissen,⁷⁸ d. h., es besteht weder eine Pflicht noch ein Recht (sic!) in Unternehmensgruppen, sozusagen «gutes Geld» dem «schlechten Geld» nachzuwerfen. Obwohl vom Bundesgericht nicht ausdrücklich gesagt, bleibt festzuhalten, dass es *keinen generellen Beistandszwang* im Konzern gibt.⁷⁹

m) *BGE 136 III 65 (Urteil 4A_553/2009 vom 13. Januar 2010)*⁸⁰⁸¹

Genossenschaftsrecht: Verhältnis zwischen der Kündigung des Mietvertrags und dem Ausschluss aus der Mietgenossenschaft; Treuepflicht (Art. 866 OR)

Die Ehegatten X. erwarben Anteilscheine der Genossenschaft Y., deren statutarischer Zweck die *Vermietung von Wohnungen* an – und dies vorrangig – *Gesellschafter* der Genossenschaft war. Dem Erwerb der Anteilscheine folgend vermietete die Genossenschaft den Eheleuten eine Wohnung in der Liegenschaft der Gesellschaft.

Nachdem sich mehrere Nachbarn über die Familie X. beklagten, und nachdem verschiedene Abmahnungen erfolglos blieben, erfolgte eine *Kündigung des Mietvertrags* durch die Genossenschaft aus wichtigen Gründen. Ein Ausschluss aus der Genossenschaft erfolgte allerdings nicht. Die Eheleute X. klagten und machten geltend, ihr Mietvertrag hätte *ohne vorgängigen Ausschluss aus der Genossenschaft* nicht gekündigt werden können.

Das Bundesgericht stellte fest, dass die Genossenschaftsmieter und die Wohngenossenschaft durch *zwei Rechtsverhältnisse* verbunden seien (nämlich: Gesellschaftsverhältnis sowie Mietvertrag).⁸² Sofern diese beiden unabhängigen Rechtsverhältnisse nicht mittels einer

78 PETER V. KUNZ, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V (Bern 2010) 86 FN 274 sowie 93 f.; m. E. sollte aber ein Richter, der das Privileg des Rückblicks genießt, den Prognoseentscheid eines VR *nicht allzu streng* beurteilen, muss doch eine *Ex-ante-Betrachtung* erfolgen (a. a. O. 94 FN 329).

79 Detaillierte Hinweise: PETER V. KUNZ, Beistandszwang in Konzernverhältnissen?, SJZ 109 (2013).

80 Deutsche Übersetzung: Pra 99 (2010) Nr. 87.

81 Zusammenfassung: SZW 83 (2011) 82 (r32).

82 BGE 136 III 68 Erw. 2.2.

speziellen Vereinbarung «gekoppelt» worden seien, könne *jedes unabhängig vom anderen* enden. Es sei also möglich, dass ein Entscheid zum Ausschluss aus der Genossenschaft und eine Kündigung des Mietverhältnisses *nicht gleichzeitig* erfolgen und dass jede Rechts-handlung zu einem eigenen Verfahren vor der zuständigen Behörde führen könne.

Nichtsdestotrotz könne wegen der Überschneidung der Zwecke der Mietvertrag nicht aus einem Grunde gekündigt werden, der nicht auch den Ausschluss aus der Gesellschaft erlaubt hätte. Diesen Grund sah das Bundesgericht i. c. in der *andauernden mangelnden Rücksichtnahme* gegenüber den Nachbarn und führte aus, dass dieses Verhalten nicht nur im Rahmen von Art. 257f Abs. 3 OR die ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses gestatte, sondern zudem eine Verletzung der aus Art. 866 OR abgeleiteten *Treuepflicht* darstelle,⁸³ was einen *Ausschluss* aus der Genossenschaft aus wichtigen Gründen erlaube.⁸⁴

Dieses Urteil ruft in Erinnerung, dass *juristisch differenziert* werden muss zwischen einer *gesellschaftsrechtlichen* Stellung auf der einen Seite und einer *vertragsrechtlichen* Position auf der anderen Seite. In der Wirtschaftsrealität gelangt dies immer wieder zum Ausdruck – als Beispiel – bei *Streitigkeiten im VR*: Eine Kündigung des Auftrags oder des Einzelarbeitsvertrags mit einem VR «entfernt» ihn noch nicht aus dem Gesellschaftsorgan; mangels Rücktritt müsste er z. B. durch die GV abberufen werden (Art. 705 OR).

83 BGE 136 III 72: «Le manque persistant d'égards envers les voisins, (...), constitue également, du point de vue du droit de la société coopérative, une violation du devoir de fidélité déduite de l'art. 866 CO permettant une *exclusion de la coopérative* pour *justes motifs* (art. 846 al. 2 CO [...])» (Erw. 2.5); Hervorhebungen hinzugefügt.

84 BGE 136 III 69 Erw. 2.3; somit war die Genossenschaft befugt, das Mietverhältnis aufzulösen *ohne Verpflichtung*, vorgängig oder gleichzeitig ihre Mitglieder bzw. ihre beiden Genossenschafter aus der Gesellschaft auszuschliessen.

n) *Urteil 4A_275/2010 vom 11. August 2010*⁸⁵

Personengesellschaftsrecht: Liquidation einer einfachen Gesellschaft

Das vorliegende Bundesgerichtsurteil behandelt Rechtsfragen hinsichtlich der *Liquidation eines Baukonsortiums*, zu dem sich ein Architekturbüro, ein Bauunternehmen sowie eine Immobiliengesellschaft zusammengeschlossen hatten. Das Konsortium wurde als *einfache Gesellschaft* gemäss Art. 530 ff. OR qualifiziert.

Der *gerichtliche Liquidator* wurde von einem einzelnen Gesellschafter eingeklagt, und zwar auf Schadenersatz wegen angeblicher Fehler im Rahmen der Gesellschaftsliquidierung.⁸⁶ Das Handelsgericht des Kantons Aargau befasste sich mit dem Streitfall und wies Anfang 2010 die Klage mangels Klagebefugnis ab. Das Bundesgericht machte einige Ausführungen, die von generellem Interesse für einfache Gesellschaften sind.

Während der Liquidation besteht die einfache Gesellschaft als sog. Abwicklungsgesellschaft fort.⁸⁷ «Streitig ist die Frage, ob ein einzelner Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft *alleine* Schadenersatzansprüche gegenüber eine[m] gerichtlich eingesetzten [Liquidator] geltend machen kann oder ob ein solcher Schadenersatzanspruch von *allen Gesellschaftern gemeinsam* als notwendige Streitgenossenschaft einzuklagen ist.»⁸⁸ Die Gesellschaft stellt nämlich ein sog. Gesamthandverhältnis der einfachen Gesellschafter dar.⁸⁹

85 Diese Ausführungen entsprechen im Wesentlichen der folgenden Rezension: PETER V. KUNZ, Neue Bundesgerichtsentscheide zur einfachen Gesellschaft, Jusletter vom 5. September 2011, Rz. 12 ff.; Zusammenfassung: GesKR, 4/2010, 558; SJZ 107 (2011) 493.

86 *Vorgeworfen* wurde dem *Liquidator*, dass er u. a. seinen Aufgaben «nicht gewachsen und nicht nachgekommen» sei und dass es ausserdem zu einer «Verzögerung der Liquidation» und zu «Fehlzahlungen» gekommen sei – schliesslich kam es zu Vorwürfen wegen des «Honorars» des Liquidators.

87 Urteil 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 4.1.

88 Urteil 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 4 a.A.; Hervorhebungen hinzugefügt – zu einem vergleichbaren Urteil aus dem Jahr 2007: PETER V. KUNZ, Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht (Bern 2008) 52 ff. m. w. H.

89 Folglich steht das «Gesellschaftsvermögen» *nicht der Gesellschaft* als Rechtsträgerin zu, sondern *allen Gesellschaftern gemeinsam*, und zwar «zu gesamter Hand» (z. B. Sachen im Gesamteigentum stehend).

Schadenersatzansprüche fallen ins Gesellschaftsvermögen: «Entsprechende Ansprüche können – unter Vorbehalt abweichender Regelungen – nur von allen Gesellschaftern gemeinsam als notwendige <aktive> Streitgenossenschaft gelten gemacht werden.»⁹⁰

Da i. c. die Zustimmungen der übrigen einfachen Gesellschafter fehlten, versuchte die Beschwerdeführerin, ihr Rechtsbegehren als sog. «*actio pro socio*» zu deklarieren,⁹¹ wonach ein Einzelner im Gesellschaftsinteresse zugunsten der einfachen Gesellschaft und auf Leistung an sie klagen kann⁹² – insofern relativiert diese Klage das Gesamthandprinzip. Dabei hatte die Beschwerdeführerin indes die Grenzen dieser spezifischen Gesellschafterklage übersehen:

«Die <*actio pro socio*>, die nur gegen Gesellschafter, nicht indessen gegen Dritte erhoben werden kann, ist auch *nicht analog gegen Dritte* anwendbar. Namentlich stellt der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Umstand, wonach die untereinander vollständig zerstrittenen Gesellschafter die Gesellschaftsklage nicht erheben würden, und daher eine Gesellschaftsklage nicht möglich sei, keinen Grund dar, welcher die Aktivlegitimation eines einzelnen Gesellschafters in Analogie zur <*actio pro socio*> zu rechtfertigen vermöchte»⁹³. Das Konzept der gemeinsamen Klage bezwecke den «Schutz der Gemeinschaft oder ihrer Mitglieder vor schädlichen Sonderaktionen einzelner Gemeinschaftler»⁹⁴.

Das Urteil verdient Zustimmung. Bei einem *Dritten als Liquidator* einer einfachen Gesellschaft stehen keine Gesellschafterpflichten zur Diskussion, sodass konzeptionell die «*actio pro socio*» *nicht*

90 Urteil 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 4.2 a.E.; Hervorhebungen hinzugefügt.

91 Generell: STEPHAN HARTMANN, Zur «*actio pro socio*» (...), ZSR 124 I (2005) 397 ff.

92 Urteil 4A_275/2010 vom 11. August 2010: «Unter der <*actio pro socio*> wird das Recht *jedes* Gesellschafters verstanden, von Mitgesellschaftern die Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu verlangen und im *eigenen Namen* Klage auf *Leistung an die Gesellschaft* zu erheben» (Erw. 5.1); Hervorhebungen hinzugefügt.

93 Urteil 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 5.3; Hervorhebung hinzugefügt.

94 Urteil 4A_275/2010 vom 11. August 2010: Erw. 5.3.

in Frage kommen kann, weil diese Klage ausschliesslich das Innenverhältnis der Personengesellschaft betrifft.⁹⁵

Sollte es hingegen um einen (z. B. vertraglich bestellten) *Gesellschafter als Liquidator* gehen, ist m. E. die «*actio pro socio*» zulässig zugunsten der Personengesellschaft. Die einfache Gesellschaft dauert nämlich als Abwicklungsgesellschaft an, sodass der liquidierende Gesellschafter seine Liquidationspflichten aufgrund seiner *gesellschaftsrechtlichen* Stellung zu erfüllen hat. Der Gesellschafter nimmt die Liquidation im Innenverhältnis wahr.

o) *Urteil 4A_398/2010 vom 14. Dezember 2010*⁹⁶

Personengesellschaftsrecht: Liquidation einer einfachen Gesellschaft

Die Ärzte X., Y. und Z., die sich zur Führung einer *gemeinsamen Arztpraxis* vertraglich zusammengeschlossen hatten, beschlossen einstimmig die Auflösung dieser einfachen Gesellschaft. Dessen ungeachtet führten Y. und Z. die Praxis zu zweit weiter.

Das Bundesgericht hielt fest, dass dem *einstimmigen Beschluss* der Gesellschafter, die einfache Gesellschaft aufzulösen, Vorrang vor der im Gesellschaftsvertrag statuierten sog. *Fortsetzungsklausel* zukomme.⁹⁷ Folglich sei die Gesellschaft zu liquidieren. Die gesetzlichen Bestimmungen von Art. 548 ff. OR zur *Liquidation* der Gesellschaft seien allerdings *dispositiver* Natur. Die Liquidationshandlungen könnten von den Gesellschaftern auch per Vertrag vorgesehen werden. I. c. sah der Gesellschaftsvertrag eine individuelle Aufteilung des Gewinns vor. In Anwendung von Art. 533 Abs. 2 OR, so das Bundesgericht, habe diese Vereinbarung analog auch für die Verlusttragung zu gelten.

⁹⁵ Sollten die einfachen Gesellschafter untereinander so *zerstritten* sein, dass die Zustimmung zu einer *aussichtsreichen gemeinsamen Klage* zugunsten des gemeinschaftlichen Liquidationsvermögens nicht zustande kommt, begehen die blockierenden Gesellschafter eine *Treuepflichtverletzung*; der *blockierte* Gesellschafter kann gegen den *blockierenden* Gesellschafter vorgehen – Urteil 4A_275/2010: «Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, bleibt es dem einzelnen Gesellschafter unbenommen, im Stadium der internen Liquidation gegen diejenigen Gesellschafter vorzugehen, die allenfalls die Mitwirkung an einer Klage gegen die Liquidatorin pflichtwidrig abgelehnt haben» (Erw. 5.3).

⁹⁶ Zusammenfassung: GesKR 1/2011, 88; es gibt keine deutsche Übersetzung.

⁹⁷ Urteil 4A_398/2010 vom 14. Dezember 2010: Erw. 5.2.4.4.

Weiter hielt das Gericht fest, dass die Liquidation nach dem Grundsatz der Einheit (sog. «principe de l'unité de la liquidation») in folgender Reihenfolge durchzuführen sei.⁹⁸

Bestimmung der Aktiven («détermination de l'actif social»)⁹⁹, Bezahlung der gemeinschaftlichen Schulden («paiement des dettes sociales»)¹⁰⁰, Ersetzung der Auslagen und Verwendungen der Gesellschafter («remboursement des dépenses et avances»)¹⁰¹, Rückerstattung der Beiträge («restitution des apports en propriété»)¹⁰² und Verteilung des Gewinns bzw. des Verlusts («répartition du bénéfice ou du déficit»)¹⁰³. Sachbeiträge zu Gesamteigentum seien im Wert, für den sie übernommen wurden, zu ersetzen. Liessen die Aktiven die Rückzahlung nicht zu, sei der Ausfall als Verlust von allen Gesellschaftern zu tragen.

M. E. unterstreicht dieses Urteil den Sinn in der Wirtschaftsrealität für *Abreden betreffend einfache Gesellschaften* (und weitere Personengesellschaften) – die dispositive gesetzliche Ordnung ist oftmals unbefriedigend, sodass die Parteien davon Abweichendes vereinbaren sollten, d. h., *Rechtsgestaltung* ist vom Praktiker gefordert.¹⁰⁴

p) Urteil 4A_509/2010 vom 11. März 2011¹⁰⁵

Einfache Gesellschaft: Abgrenzung zum (partiarischen) Darlehensvertrag

Im vorliegenden Bundesgerichtsurteil war umstritten, ob das Rechtsverhältnis zwischen der BX. GmbH (Beschwerdeführerin) und A. (Beschwerdegegner) als *Darlehen* oder als *einfache Gesellschaft* zu qualifizieren sei – es handelt sich somit um ein Zentralthema des

98 Urteil 4A_398/2010 vom 14. Dezember 2010: Erw. 5.2.4.5

99 Art. 585 Abs. 1 OR analog.

100 Art. 549 Abs. 1 OR.

101 Art. 549 Abs. 1 OR.

102 Art. 548 OR und Art. 549 Abs. 1 OR.

103 Art. 549 Abs. 1 OR und Art. 533 OR.

104 Hinweise: PETER V. KUNZ, Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten bei Personengesellschaften in der Schweiz, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII* (Bern 2012) 171 ff. und v. a. 180 ff.

105 Diese Ausführungen entsprechen im Wesentlichen der folgenden Rezension: PETER V. KUNZ, Neue Bundesgerichtsentscheide zur einfachen Gesellschaft, *Jusletter* vom 5. September 2011, *Rz.* 4 ff.; Zusammenfassung: GesKR, 3/2011, 430.

allgemeinen Gesellschaftsrechts mit praktischen Rechtsfolgen.¹⁰⁶ Es ging im Wesentlichen um eine *Zusammenarbeit* in der Textilbranche:

Eine Einzelunternehmung und eine GmbH wollten ihre Textilgeschäfte – u. a. die Lieferung von Arbeitsbekleidung sowie die Produktion in Fernost – *koordinieren* und *gemeinsam abwickeln*. Die Zusammenarbeit der Parteien¹⁰⁷ wurde Dritten (z. B. den wichtigsten Kunden) durch ein gemeinsames Schreiben mitgeteilt. Bereits nach einem halben Jahr endete die Zusammenarbeit, und es erfolgte eine Beendigung, und zwar «invernehmlich».

Die GmbH machte eine «Rückzahlung» geltend aus Darlehen, während die Einzelunternehmung von einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) ausging, die ordentlich zu liquidieren sei. Rechtlich ging es um die Abgrenzung¹⁰⁸ zwischen einem (*partiarischen*) *Darlehen* und einer *einfachen Gesellschaft*. Die Abgrenzung zwischen einem Vertragsverhältnis einerseits sowie einem Gesellschaftsverhältnis andererseits bringt immer wieder Probleme in der Wirtschaftsrealität mit sich. Das *Bundesgericht* hielt dazu fest, was folgt:

«Eine besondere Art von Darlehen, ein sogenanntes *partiarisches Darlehen*, liegt vor, wenn der Darleiher sich nicht oder nicht nur Zins versprechen lässt oder verspricht, sondern ausschliesslich oder zusätzlich eine Beteiligung am Gewinn oder am Verlust (...). Bedingt sich ein Geldgeber überdies *Mitspracherechte* oder sogar

106 Unterschiedlich ist z. B. die «Schlussabwicklung» der Rechtsbeziehung: Darlehen können gekündigt und danach zurückgefordert werden; Beiträge bzw. Einlagen in eine einfache Gesellschaft gemäss Art. 531 OR können während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses im Prinzip nicht «ausbezahlt», sondern müssen im Rahmen einer Gesellschaftsliquidation berücksichtigt werden.

107 Der Sitz der Einzelfirma, der *unentgeltlich* zwei Büroräume zur Verfügung gestellt wurden, wurde an den Sitz der GmbH verlegt; die beiden Parteien trugen ihre *Auslagen je selber*, und die GF der GmbH, der eine Vollmacht über das Bankkonto sowie eine Zeichnungsberechtigung bei der Einzelunternehmung eingeräumt wurden, bezog *keinen Lohn*; im Übrigen erfolgten «*Vorfinanzierungen*» der GmbH für die Warenlieferungen an die Einzelfirma – insbesondere deren rechtliche Qualifikation als Kreditorenverhältnis oder als Finanzleistung im Rahmen einer einfachen Gesellschaft war umstritten.

108 Detailliert: MICHAEL GUERY, Die Abgrenzung des partiarischen Darlehens von der Gesellschaft (...) (Diss. Zürich 1999) *passim*; GABRIEL AUBERT, Le contrat de travail partiaire, SJZ 79 (1983) 169 ff.; allg.: MARTIN FURRER, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft (Diss. Zürich 1995) 130 ff.; ausserdem: ROBERT MÜLLER, Gesellschaftsvertrag und Synallagma (Diss. Zürich 1971) 24 ff.

Mitwirkungsrechte bei der Geschäftstätigkeit aus, die über die gewöhnliche Kontrolle hinausgehen, wie sie beim Darlehen üblich ist, liegt ein starkes Indiz für eine *einfache Gesellschaft* vor, gegebenenfalls in der Form einer stillen Gesellschaft, die nach aussen gar nicht in Erscheinung tritt (...)¹⁰⁹

I. c. lag ein (typisches) *vertragliches Joint Venture* in der Form einer einfachen Gesellschaft vor. Davon zu unterscheiden sind partiarische Vertragsverhältnisse, und zwar insbesondere *partiarische Darlehen* sowie *partiarische Einzelarbeitsverträge*. Beim Entscheid handelt es sich um eine Bestätigung der bundesgerichtlichen Praxis – als massgeblich für eine Qualifikation als Gesellschaft erscheint somit weniger die Erfolgsbeteiligung als vielmehr die *Mitsprache* oder die *Mitwirkung* der Parteien bei der Willensbildung.

M. E. erfolgt die Abgrenzung von jeher nach *relativ unklaren Kriterien*, was für die Wirtschaftsrealität nahelegt, sich im Rahmen der Kooperation deutlich zum eigentlichen Willen zu äussern. Sollte sich – als mögliche Beispiele – ein «Kreditgeber» ein *Vetorecht* oder eine Art von «*Gaststatus*» im massgeblichen Entscheidgremium der Unternehmung vorbehalten, dürften Indizien für ein Gesellschaftsverhältnis vorliegen. Blosser *Informationsrechte* bezüglich der Gesellschaft schliessen hingegen das Bestehen eines Darlehensverhältnisses nicht aus.

q) *BGE 136 V 268 (Urteil 9C_142/2010 vom 12. August 2010)*

Personengesellschaftsrecht: Haftung des ausgeschiedenen Kollektivgesellschafters für AHV-Beitragsschulden (Art. 568 Abs. 3 OR sowie Art. 579 Abs. 1 OR)

Im Mai 2003 wurde die Kollektivgesellschaft X. infolge *Austritts von H.* aufgelöst und gelöscht; R. führte das Geschäft als Einzelunternehmung weiter,¹¹⁰ die jedoch in der Folge in Konkurs fiel. Per August 2007 und März 2008 forderte die Ausgleichskasse des Kantons Bern von H. nunmehr Schadenersatz für *nicht bezahlte Sozialversicherungsbeiträge* der Jahre 1998 bis 2003 in der Höhe von CHF 85 920.–. H. erhob dagegen erfolglos Beschwerde und gelangte

¹⁰⁹ Urteil 4A_509/2010 vom 11. März 2011: Erw. 5.2; Hervorhebungen hinzugefügt – ähnlich: a. a. O. Erw. 5.3.

¹¹⁰ Art. 579 Abs. 1 OR; BGE 137 V 271 Erw. 2.3.1.

schliesslich an das Bundesgericht mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass er nicht schadenersatzpflichtig sei.

Vor Bundesgericht argumentierte H. auf der einen Seite, die Veranlagungsverfügungen vom November 2003 und vom September 2004 seien ihm gegenüber *nichtig*, weil er in das Verfahren überhaupt nicht einbezogen worden sei. Auf der anderen Seite machte er geltend, die Forderung sei ihm gegenüber *verjährt*.¹¹¹

Das Gericht trat auf die gerügte Nichtigkeit der Veranlagungsverfügungen der Jahre 2003 und 2004 ein und stellte fest, dass bei *Auflösung* einer *Kollektivgesellschaft* und anschliessender Weiterführung des Unternehmens durch einen bisherigen Gesellschafter die einzelnen Beitragsforderungen auf Letzteren übergehen. Demzufolge hatte *primär R. als Einzelunternehmer* für die zuvor von der Kollektivgesellschaft geschuldeten Beitragsforderungen einzustehen, und die Zustellung der Veranlagungsverfügung erfolgte zu Recht an R.¹¹²

Mit Bezug auf die vorgebrachte *Verjährung* nahm das Bundesgericht eine zentrale Unterscheidung zwischen Beitragsforderungen und Schadenersatzforderungen vor.¹¹³ Während Beitragsforderungen gemäss *Art. 591 OR* verjähren, entstehen die Schadenersatzforderungen erst mit Verwirkung der Beitragsforderungen und unterstehen ab diesem Zeitpunkt der absoluten fünfjährigen Verjährungsfrist gemäss *Art. 52 Abs. 3 AHVG*.

Für die gemäss *Art. 591 OR* nicht verjährten Beitragsforderungen für die Jahre 2002 und 2003 konnte H. verschuldensunabhängig zur Haftung gezogen werden. Anders verhielt es sich für die ausstehenden Beitragsforderungen für die Jahre 1998–2001, die erloschen waren, allerdings auf der Grundlage von *Art. 52 Abs. 1 AHVG* als Schadenersatzforderungen eingefordert werden konnten.¹¹⁴ Zur Durch-

111 Art. 181 Abs. 2 OR i. V. m. Art. 592 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

112 Eine Zustellung an H. war entgegen der von ihm vertretenen Auffassung nicht erforderlich, weil er für die Beitragsforderung – solange R. nicht in Konkurs gefallen war – nicht belangt werden konnte; seine Stellung im Schadenersatzverfahren wurde mangels Beizug im vorangehenden Verfahren denn auch nicht beeinträchtigt, d. h., er konnte die Begründetheit der Beitragsforderungen uneingeschränkt überprüfen lassen.

113 Generell zur Differenzierung: BGE 136 V 270 Erw. 2.2; zudem: a. a. O. 272 f. Erw. 2.6.

114 BGE 137 V 272 f. Erw. 2.6.

setzung müsste H. ein *grob-fahrlässiges Verhalten* vorgeworfen werden können, das mithin nur darin bestehen könnte, dass die damalige Kollektivgesellschaft unzutreffende Lohnmeldungen erstellt hätte.¹¹⁵

r) *BGE 137 III 577 (Urteil 4A_96/2011 vom 20. September 2011)*¹¹⁶

*Umstrukturierungsrecht: Kostenverteilung bei FusG-Klage
(Art. 105 Abs. 3 FusG)*

A. und B. (Beschwerdeführer), ehemals Minderheitsaktionäre, verlangten von der übernehmenden X. AG (Beschwerdegegnerin) für sich sowie für sämtliche übrigen ehemaligen Aktionäre eine aufgrund des Verlusts ihrer Gesellschafterstellung vom Gericht festzulegende *Ausgleichszahlung gemäss Art. 105 FusG*. Danach hat bei Klagen auf Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei Fusionen grundsätzlich die *übernehmende* Gesellschaft die Kosten des Verfahrens zu tragen.¹¹⁷

Gemäss dem vorliegenden Urteil soll der Grundsatz von Art. 105 Abs. 3 FusG im *bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren* indes nur *eingeschränkt* zur Anwendung gelangen. Eine Relativierung des Grundsatzes gegenüber dem Verfahren vor erster Instanz rechtfertigt sich u. a. dadurch, dass die Erfolgsaussichten dort wesentlich schwieriger zu beurteilen seien, während aufgrund der beschränkten Kognition des Bundesgerichts dessen Verfahrenskosten deutlich tiefer ausfallen dürften. Ausserdem spreche ein *eigenes und erhebliches*

115 In dieser Hinsicht wurde die Vorinstanz mit weiterführenden Abklärungen beauftragt.

116 MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Angemessenheit von Abfindungen und Prozesskostentragung bei Squeeze-Out-Fusionen, SZW 84 (2012) 163 ff.; zudem: MARKUS VISCHER/THOMAS WEHINGER, Angemessenheit der Abfindung und Verteilung der Gerichtskosten im bundesgerichtlichen Verfahren beim Squeeze-Out-Merger, GesKR 1/2012, 123 ff.; Zusammenfassung: Jusletter vom 26. September 2011; ST 86 (2012) 577 f.

117 Mit dieser Ordnung wird bezweckt, dass Gesellschafter eine Überprüfungs-klage erheben können, *ohne* dass sich die voraussichtlichen *Prozesskosten prohibitiv* auswirken: BGE 137 III 578 Erw. 8.2; dies als Korrektiv dafür, dass das Urteil nach Art. 105 Abs. 2 FusG eine Wirkung für alle Gesellschafter hat, die sich in der gleichen Rechtstellung wie der Kläger befinden, und sich der Streitwert deshalb nach dem Betrag richtet, den die *beklagte Gesellschaft* im Fall ihres Unterliegens sämtlichen Gesellschaftern zu bezahlen hätte.

finanzielles Interesse des Klägers am Verfahren für eine differenzierte Kostenregelung.¹¹⁸

I. c. ging es um Leistungsbegehren im Umfang von CHF 216 000.–, d. h., im Verhältnis zum *Gesamtstreitwert* von CHF 500 000.– zeigte sich, dass die Beschwerdeführer ein erhebliches finanzielles Interesse (also: >40%) am Verfahrensausgang hatten. Es war *ihnen* daher zumutbar, das gegenüber dem kantonalen Verfahren ohnehin reduzierte Kostenrisiko zu tragen und u. a. der Beschwerdegegnerin eine Entschädigung zu bezahlen.

M. E. ist die *restriktive Auslegung* von Art. 105 Abs. 3 FusG zu begrüssen.¹¹⁹ Es darf nicht aus den Augen verloren werden, dass Kostenrisiken missbräuchliche Klagen (Stichworte sind «Minderheitsmissbrauch» oder «Green-mailing») verhindern können. Diese Rechtsprechung – notabene in Übereinstimmung cum grano salis mit der Praxis zu Sonderprüfungsklagen sowie zu Verantwortlichkeitsklagen – hat allerdings (sozusagen als «Kehrseite») zur Folge, dass der Überprüfungsklage *keine grosse präventive Wirkung* zukommt.

s) *Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010*¹²⁰

*Konzernrecht: Vertrauenshaftung im Konzern;
aktienrechtliche Verantwortlichkeit*

Das vorliegende *konzernrechtliche* Bundesgerichtsurteil betrifft – ohne Not anonymisiert – die UBS, die ihre Informatikabteilung vor einigen Jahren in eine Tochtergesellschaft ausgelagert hatte. Im Jahr 2003 wurde der *Konkurs* über diese *Tochtergesellschaft* eröffnet. Das seinerzeit die Übernahme finanzierende Bankenkonsortium verlor einen erheblichen Teil seiner Forderungen und klagte gegen die UBS auf Zahlung von rund CHF 100 Mio., und zwar u. a. aus Haftung für erwecktes und enttäushtes Konzernvertrauen.

118 Infolge eines solchen Eigeninteresses bestehe «kein Missverhältnis zwischen dem Kostenrisiko und den finanziellen Aussichten»: BGE 137 III 579 Erw. 8.4.

119 In diesem Sinne bereits: PETER V. KUNZ, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I* (Bern 2006) 207 FN 175.

120 BENEDICT BURG/HANS CASPAR VON DER CRONE, Vertrauenshaftung im Konzern – Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 i.S. A-Bank AG, B-Bank, C-Bank, D-Bank, E-Bank GmbH (Beschwerdeführerinnen) gegen F-Bank AG (Beschwerdegegnerin), SZW 82 (2010) 417 ff.; Zusammenfassung: GesKR 2/2010, 258; SZW 83 (2011) 68, 75 f. (r13); SJZ 106 (2010) 514.

Das Bundesgericht erachtete i. c. eine *Haftung aus Konzernvertrauen* als nicht gegeben. Die unterlassene vertragliche Absicherung¹²¹ sei der Nachlässigkeit der Kläger zuzuschreiben und nicht einem Verhalten der UBS. Das Bundesgericht führte aus, der *Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft* habe deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen¹²² und könne das Bonitätsrisiko *nicht* generell auf die *Obergesellschaft* «abwälzen». Die Muttergesellschaft habe nicht unbesehen bzw. nicht automatisch für den Erfolg des Tochterunternehmens einzustehen. Das Bestehen einer *Konzernbindung* stelle also *nicht ohne Weiteres* eine Grundlage für eine konzernrechtliche Vertrauenshaftung dar.

Ebenfalls im konkreten Fall *verneint* wurde eine Haftung der UBS aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Das Bundesgericht führte allerdings aus, dass eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit der *Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft* im Rahmen von Art. 754 ff. OR mindestens prinzipiell (sic!) infrage komme,¹²³ was in der Lehre umstritten war. Für den Fall einer in der Wirtschaftsrealität häufig vorkommenden *Doppelorganshaftung* erhöhen sich die Risiken aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.

Zu diesem *grundlegenden Urteil* gäbe es zahlreiche (konzernrechtliche) Anmerkungen zu machen, wofür an dieser Stelle der Platz fehlt¹²⁴ – am wichtigsten ist die Erkenntnis, dass *sehr hohe Schranken* für eine *Haftung aus Konzernvertrauen* bestehen.¹²⁵ Für den Unterzeichner unverständlich erscheint, dass der Entscheid nicht amtlich publiziert wurde.

121 Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010: Erw. 5.1.

122 Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010: Erw. 5.1.

123 Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010: Erw. 7.1.1./Erw. 7.1.2.

124 Detailliert: PETER V. KUNZ, Klarstellungen zur Konzernhaftung (...), recht 29 (2011) 41 ff. m. w. H.

125 Wer die entsprechenden Urteile des Bundesgerichts – konkret: BGE 120 II 331 («Swissair»), BGE 124 III 297 («Motor-columbus») sowie Urteil 4A_306/2009 («UBS») – in Ruhe analysiert, braucht sich heute nicht mehr vor dem angeblichen «Damoklesschwert» der Konzernhaftung zu fürchten; eine Übersicht findet sich bei: PETER V. KUNZ, Konzernhaftungen in der Schweiz, GesRZ 41 (2012) – bei der GesRZ handelt es sich um eine bedeutende wirtschaftsrechtliche Zeitschrift in Österreich.

t) *BGE 137 III 217 (Urteil 4A_578/2010 vom 11. April 2011)*

Handelsregisterrecht: einstufiger kantonalen Instanzenzug in HR-Angelegenheiten

Per 1. Januar 2008 trat die total revidierte HRegV in Kraft.¹²⁶ Ein zentrales Anliegen bestand in der *Beschleunigung* von handelsregisterrechtlichen Angelegenheiten. Vor diesem Hintergrund sieht Art. 165 Abs. 2 HRegV die Einführung eines *einstufigen kantonalen Instanzenzugs* vor,¹²⁷ d. h., eine kantonale Beschwerde soll einzig beim Obergericht bzw. beim Verwaltungsgericht bzw. beim Handelsgericht geltend gemacht werden können.

Der *Kanton Zürich*, der ein *zweistufiges kantonales* Beschwerdeverfahren vorsah,¹²⁸ widersetzte sich dieser Bundesordnung. Nach einer Intervention des Eidgenössischen Handelsregisteramts kam es am 11. April 2011 zu *drei inhaltlich identischen* Urteilen des Bundesgerichts (nämlich: BGE 137 III 217; Urteil 4A_636/2010; Urteil 4A_638/2010),¹²⁹ mit denen schliesslich die *Verordnungsnorm als rechtmässig* qualifiziert wurde.

126 Statt aller: HARALD BÄRTSCHI, Revidiertes Handelsregisterrecht, GesKR 2008, 61 ff.; NICOLAS DUC, Überblick über die neue Handelsregisterverordnung, in: Chancen und Risiken 2007/2008 (Zürich 2008) 63 ff.; LUKAS GLANZMANN, Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III (Bern 2008) 119 ff.

127 Art. 165 HRegV: «Verfügungen der kantonalen Handelsregisterämter können angefochten werden [Abs. 1]. Jeder Kanton bezeichnet ein oberes Gericht als einzige Beschwerdeinstanz [Abs. 2].»

128 Beschwerde gegen Verfügungen des HR ZH zuerst bei der *Justizdirektion*, im Anschluss dann Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim *Verwaltungsgericht* des Kantons Zürich.

129 SAMUEL KRÄHENBÜHL, Einstufiger kantonalen Instanzenzug der Handelsregisterverordnung vom Bundesgericht bestätigt (Art. 165 Abs. 2 HRegV), REPRAX 2/2011, 39 ff.

2. Finanzmarktrecht

a) BGE 137 III 37 (Urteil 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010)¹³⁰

Börsenrecht: Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange («Schweizer Börse»), Zuständigkeit des entsprechenden Schiedsgerichts (Art. 8 BEHG und Art. 9 BEHG)

Beim vorliegenden Urteil ging es im Zusammenhang mit einer sog. freiwilligen Dekotierung von kotierten Aktien als Vorfrage um die Grundsatzthematik, ob das ad hoc bestellte *Schiedsgericht der SIX* überhaupt für das Verfahren *zuständig* sei oder nicht.¹³¹

Beschwerdegegner A., der an der X. AG mit mehr als 3% des Aktienkapitals beteiligt war, wehrte sich erfolglos vor der internen Beschwerdeinstanz der SIX gegen ein *Dekotierungsgesuch* der X. AG und zog deren Entscheid in der Folge an das in den AGB der SIX verankerte SIX-Schiedsgericht weiter. Die SIX weigerte sich, die vorgeschlagene Schiedsvereinbarung zu unterzeichnen und sich auf das Verfahren einzulassen, sodass das SIX-Schiedsgericht vorweg die Frage nach seiner *eigenen Zuständigkeit* prüfte.¹³²

Das Bundesgericht ging auf die umstrittene *Rechtsnatur* des Kotierungsreglements der SIX (KR SIX) ein.¹³³ Es hielt fest, dass das KR SIX einen wichtigen Teil der börsenrechtlichen Selbstregulierung darstelle. Nach einem Teil der Lehre handle es sich um eine *privatrechtliche Vereinbarung*, die nur zwischen den Teilnehmern an der Börse wirke. Nach anderer Ansicht, der das SIX-Schiedsgericht sowie

130 MATTHIAS MAURER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Rechtsschutz bei Dekotierungen von der Börse SIX Swiss Exchange, SZW 83 (2011) 400 ff.; MANUEL ARROYO/TILL SPILLMANN, Art. 62 Abs. 2 des SIX-Kotierungsreglements vermag eine Schiedsvereinbarung nicht zu ersetzen (...), GesKR 2/2011, 245 ff.

131 Im Sinne der *Transparenz* sei erwähnt, dass der Unterzeichner ein Mitglied dieses dreiköpfigen SIX Schiedsgerichts war – aus diesem Grund wird das Bundesgerichtsurteil nicht kommentiert.

132 Das *SIX Schiedsgericht* und das *Obergericht* bejahten die Schiedsgerichtsbarkeit; die Beschwerdeführerin (also SIX) gelangte mit Beschwerde in Zivilsachen an das *Bundesgericht*, um die vorinstanzliche Entscheidung aufzuheben und die Zuständigkeit ihres eigenen Schiedsgerichts verneinen zu lassen.

133 BGE 137 III 40 Erw. 2.2.1 m. w. H.

die Vorinstanz folgten, handle es sich beim Kotierungsrecht hingegen um *Rechtsnormen*, die von der Börse im Rahmen einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen erlassen werden. Das Gericht liess die Frage offen.¹³⁴

Nach bundesgerichtlicher Ansicht *fehle* der SIX eine *Rechtsetzungskompetenz*, sodass Art. 62 Abs. 2 KR SIX, der für die Anfechtung nach Ausschöpfung des internen Instanzenzugs generell die Zuständigkeit des Schiedsgerichts vorsah, den *Rechtsweg zum Zivilrichter* (Art. 9 Abs. 3 BEHG) *nicht abändern* könne.¹³⁵ Der «Norm» des Kotierungsrechts kam somit von vornherein keine normative Geltung gegenüber jedermann zu, d. h., es wäre eine *separate Schiedsvereinbarung* der Parteien nötig gewesen.¹³⁶

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass sich die Zuständigkeit des SIX Schiedsgerichts weder auf den Rechtssatzcharakter der entsprechenden Bestimmung des KR SIX noch auf eine gültige Schiedsvereinbarung stützen liess.¹³⁷ Es *verneinte* damit i. c. die *Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts* und hob den Entscheid der Vorinstanz auf.

134 BGE 137 III 40 f. Erw. 2.2.1.

135 BGE 137 III 42: «Eine Befugnis der Börse zur Abänderung des gesetzlich vorgesehenen Rechtswegs lässt sich der Bestimmung [sc. Art. 9 BEHG] (...) nicht entnehmen» (Erw. 2.2.2); die Vorinstanz ging davon aus, dass Art. 8 BEHG die Übertragung einer Rechtsetzungsbefugnis zur Einsetzung eines Schiedsverfahrens einschliesse; nach bundesgerichtlicher Auffassung lässt sie unberücksichtigt, dass der Rechtsweg bei Kotierung bzw. Dekotierung in Art. 9 BEHG *gesetzlich abschliessend geregelt* ist – besagter Artikel sieht vor, dass die Börse eine unabhängige Beschwerdeinstanz zu bestellen hat, die u. a. bei Verweigerung sowie bei Widerruf der Effektzulassung angerufen werden kann; nach Durchführung des Beschwerdeverfahrens hat allerdings gemäss Art. 9 Abs. 3 BEHG die Klage beim Zivilgericht offenzustehen.

136 Eine *Schiedsabrede fehlte* im konkreten Fall: BGE 137 III 43 ff. Erw. 3.

137 BGE 137 III 45 Erw. 4.

- b) *BGE 136 II 304 (Urteil 2C_77/2009/2C_78/2009 vom 11. März 2010)*¹³⁸⁾¹³⁹

Börsenrecht: Melde- bzw. Offenlegungspflicht
(z. B. Art. 20 BEHG)

Äusserst interessant ist das Bundesgerichtsurteil re *Laxey v. Implemia* – ein Streit, der die Schweiz über Jahre beschäftigte. Im Wesentlichen ging es um die Frage, ob bzw. inwiefern die *börsenrechtlichen Meldepflichten* gemäss Art. 20 BEHG nicht allein beim Erwerb kotierter Aktien, sondern ebenfalls beim Kauf sog. *Finanzinstrumente* (berühmt bzw. berüchtigt sind beispielsweise die Cash-Settlement-Optionen)¹⁴⁰ hinsichtlich solcher Beteiligungspapiere zu beachten sind.

I. c. beurteilte das Bundesgericht die Feststellung der Aufsichtsbehörde (früher EBK; heute FINMA) als zutreffend, wonach der noch unter dem früheren Börsenrecht erfolgte Beteiligungserwerb von Laxey an Implemia durch den Einsatz von *Contracts for Difference (CFD)*¹⁴¹ *offenlegungspflichtig* war, sodass Art. 20 BEHG verletzt wurde. Beim Urteil handelt es sich – ungeachtet des Einzelfalls – um ein *zentrales offenlegungsrechtliches Präjudiz* sowohl für mate-

138 Diese Ausführungen entsprechen im Wesentlichen der – allerdings wesentlich ausführlicheren – folgenden Rezension: PETER V. KUNZ, *Contracts for Difference (CFD): Offenlegungs- bzw. Meldepflichten nach Art. 20 BEHG*, AJP 19 (2010) 1475 ff.

139 HANS-UELI VOGT/MARCO HANDLE, *Parteistellung der Gesellschaft in Verwaltungsverfahren betreffend die Meldepflicht nach Börsengesetz (...)*, GesKR 1/2010, 79 ff.; CORRADO RAMPINI/CHARLOTTE WIESER, *Bundesgerichtliche Klarstellungen zum Begriff des indirekten Erwerbs und zur Stellung des Meldepflichtigen im Verfahren vor der FINMA (...)*, GesKR 1/2010, 240 ff.; Zusammenfassung: SJZ 106 (2010) 515.

140 Konkret ging es um sog. *Contracts for Difference (CFD)*; detailliert: PETER V. KUNZ, *Kapitalmarktrechtliche Beteiligungstransparenz im Lichte moderner Finanzinstrumente – Perspektive der Schweiz*, in: *Konvergenzen und Divergenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* (Tübingen 2011) 182 ff. m. w. H. – zur Behandlung von CFD: a. a. O. 194.

141 Nach Bundesgericht handelte es sich «im Wesentlichen um einen derivativen Finanzvertrag ohne Erwerb der Basiswerte. Der CFD stellt ein Differenzgeschäft dar, mit dem zwei Parteien ausgehend von einem gemeinsam festgelegten Grundpreis, in der Regel dem Marktpreis, den synthetischen Kauf eines anderen Finanzinstruments, hier von Aktien, vereinbaren und sich versprechen, die Kursdifferenz zu einem späteren Zeitpunkt auszugleichen» (vgl. Erw. 5.4).

riellrechtliche Themen (v. a. zum indirekten Erwerb) als auch für formellrechtliche Aspekte (z. B. zu den Parteirechten vor der Aufsichtsbehörde):

Erw. 2.3.1: Das *Rechtsschutzinteresse* an der Behandlung der Beschwerde wurde *bejaht*, obwohl Laxey in der Zwischenzeit die Implemia-Aktien *verkauft* hatte.¹⁴²

Erw. 3.3: Bei einem komplexen Sachverhalt ist eine *antizipierte Beweiswürdigung* zulässig, d. h., aus einzelnen vertieft abgeklärten Umständen darf auf das Ganze geschlossen werden, sofern es keine Gründe gibt, die *Zweifel an den Schlussfolgerungen* aufkommen lassen (weitere Ausführungen zur Thematik finden sich in Erw. 6.6).¹⁴³

Erw. 4.2: Grundsätzlich *nicht von Belang* ist, mit *welcher Absicht* eine meldepflichtige Beteiligung erworben wurde – von diesem Prinzip kann es allerdings Ausnahmen geben im Zusammenhang mit dem *indirekten Erwerb* (vgl. Erw. 7.7).

Erw. 6.3: Vor Eröffnung des *ordentlichen Verwaltungsverfahrens* finden die Regeln über das Verfahren und insbesondere über die Parteirechte grundsätzlich *keine Anwendung*, selbst wenn insoweit die rechtsstaatlichen Anforderungen an staatliches Handeln (z. B. das Legalitätsprinzip und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz) beachtlich sind.

Erw. 7.4: Der Sinn von Art. 20 BEHG erschliesst sich aus dessen Zielsetzung. Das Börsengesetz bezweckt insbesondere die Schaffung von *Transparenz*, primär gegenüber den Anlegern, über die Beteiligungs- und Beherrschungsverhältnisse an kotierten Gesellschaften

142 Das Bundesgericht hielt – mit *Blick zurück* – mit gutem Grund fest, dass Laxey «schon mit Blick auf ihren geschäftlichen Ruf (...) ein schutzwürdiges Interesse daran [hat], zu wissen, ob sie sich gesetzeswidrig verhalten» hat (Erw. 2.3.1). Nebst Überlegungen zur *Reputation* darf ausserdem der Umstand nicht unterschätzt werden, dass dieses Verfahren ebenfalls Basis für das (sistierte) verwaltungsstrafrechtliche Verfahren gegen Laxey bzw. die verantwortlichen natürlichen Personen bildete. Insofern war ein Rechtsschutzinteresse zu *bejahen*, obwohl Laxey keine Aktienberechtigungen an Implemia (mehr) hatte.

143 Das Gericht anerkennt sozusagen eine *legale Abkürzung*: «[Es ist] durchaus zulässig, bei einem komplexen Sachverhalt wie dem vorliegenden aus einzelnen vertieft abgeklärten Umständen in antizipierter Beweiswürdigung auf das Ganze zu schliessen, jedenfalls soweit keine Gründe ersichtlich sind, die dagegen sprechen oder Zweifel an den Schlussfolgerungen aufkommen lassen (...). Sämtliche Transaktionen abzuklären, hätte im Übrigen einen unverhältnismässigen Aufwand mit sich gebracht» (Erw. 3.3).

sowie die Gewährleistung eines *Frühwarnsystems für Übernahmen* zugunsten der Marktteilnehmer einerseits und der Zielgesellschaft andererseits.

Erw. 7.5: Um auf Entwicklungen in der Kapitalmarktpraxis gebührend reagieren zu können, sind u. a. die gesetzlichen Voraussetzungen der Offenlegungspflicht *offen formuliert*. Die Zielsetzungen von Art. 20 BEHG müssen denn auch für die *Auslegung der Norm* herangezogen werden.

Erw. 7.7: In Analogie zur Angebotspflicht gemäss Art. 32 BEHG und zum auf dieser Norm basierenden Entscheid «Quadrant» erfasst der *indirekte Erwerb* bei der Offenlegungspflicht im Rahmen von Art. 20 BEHG alles geschäftliche Handeln, das den Aufbau einer für die Meldepflicht massgeblichen Beteiligung objektiv ermöglicht, wenn aufgrund der *Umstände darauf geschlossen* werden muss, dass eine *solche Beteiligung angestrebt* wird. Die blosse Erwerbsabsicht oder das Vorstadium der reinen Planung genügen indes (noch) nicht.

Erw. 7.11: Der Begriff des sog. *indirekten Erwerbs* hat mit Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG (in Kraft seit dem 1. Dezember 2007) keine Ausweitung erfahren, d. h., es handelt sich nicht um einen neuen Tatbestand, sondern der *alte Tatbestand* wird nunmehr *im Gesetz konkretisiert*. Der indirekte Erwerb, der eine Meldepflicht auslöst, ist *heute* durch Art. 20 Abs. 1 sowie Abs. 2^{bis} BEHG i. V. m. Art. 9 Abs. 3 BEHV-FINMA umfassend geregelt – erfasst werden dadurch insbesondere Finanzinstrumente; angestrebt wird eine *Lückenlosigkeit*. Ob diese Grundordnung bereits *vor* dem 1. Dezember 2007 (Zeitpunkt des Inkrafttretens von Abs. 2^{bis} von Art. 20 BEHG) gültig war, kann mit gutem Grund diskutiert werden.¹⁴⁴

Diese Interpretation erscheint zum *alten* Recht nicht in jeder Hinsicht überzeugend. Es lassen sich mindestens ebenso viele gute Argumente dafür anbringen, dass mit Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG nicht

144 Immerhin setzte das Bundesgericht der Debatte ein Ende: «Die neue Bestimmung [= Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG] dient (...) der Klarstellung der rechtlichen Tragweite der Meldepflicht beim indirekten Erwerb. Dafür spricht nebst dem teleologischen Zusammenhang, dass in Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG wie in Art. 20 Abs. 1 BEHG der gleiche unbestimmte Rechtsbegriff des indirekten Erwerbs verwendet wird. Es handelt sich also nicht um einen neuen Tatbestand, sondern der alte Tatbestand wird neu nun teilweise unmittelbar im Gesetz konkretisiert. Der Begriff des indirekten Erwerbs hat dadurch keine Ausweitung erfahren. Hingegen wird seine Bedeutung, die bereits früher gegolten hat, offenkundig(er)» (vgl. Erw. 7.11).

eine Klarstellung, sondern eine *Erweiterung* vorgenommen wurde – doch verliert dieser Aspekt durch Zeitablauf ohnehin jegliche Relevanz.

Sozusagen einen (*dogmatischen*) «*Dreifach-Salto ohne Netz*» führte das Gericht bei der Umschreibung des indirekten Beteiligungserwerbs vor, indem es ein *subjektives Element* bzw. eine *spezifische Absicht* für die Meldepflicht (neu) «einführte». Immerhin scheint das Bundesgericht diese (Zusatz-)Voraussetzung auf den *indirekten* Erwerb zu beschränken: «Aus welchem Grund bzw. mit welcher Absicht jemand eine Beteiligung erwirbt, die zur Meldepflicht führt, ist grundsätzlich nicht von Belang. Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des indirekten Erwerbs kann allerdings bedeutsam sein, mit welcher Wirkung ein Vorgang verbunden ist bzw. welchem Zweck er dient, damit das Geschäftsverhalten als massgeblicher indirekter Erwerb zu verstehen ist» (Erw. 4.2).¹⁴⁵

Das Bundesgericht ist bei diesem «*Dreifach-Salto*» *abgestürzt*. Zwar erscheint durchaus nachvollziehbar, dass das Gericht mit diesem subjektiven Element den Begriff des *indirekten Erwerbs* nicht «ausufern» lassen will und somit zu *begrenzen* versucht. Doch weder das Börsengesetz noch das Verordnungsrecht geben entsprechende Anhaltspunkte. Die Berufung auf den Entscheid i. S. Quadrant AG geht fehl, weil die *Meldepflicht* gemäss Art. 20 BEHG und die *Angebotspflicht* gemäss Art. 32 BEHG im subjektiven Bereich (trotz identischer Verwendung des Begriffs «indirekter Erwerb») *nicht wesensverwandt* sind.¹⁴⁶

145 Der *erste Satz* ist nicht überraschend, der *zweite Satz* hingegen sehr – die Begründung überzeugt nicht: «In Analogie dazu [sc. zum Urteil «Quadrant»: BGE 130 II 530] schliesst der vom Gesetz separat erfasste «indirekte Erwerb» alles geschäftliche Handeln ein, das den Aufbau einer für die Meldepflicht massgeblichen Beteiligung trotz Auseinanderfallens der wirtschaftlichen und formalen Berechtigung objektiv ermöglicht bzw. das im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln kann, wenn aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden muss, dass eine solche Beteiligung auch angestrebt wird. (...)» (Erw. 7.7); dieses «*Streben*» wird zum ausschlaggebenden Kriterium betreffend Meldepflicht.

146 Es liegt somit primär am *Rechtssetzer* und nicht am Bundesgericht, insofern korrigierend einzugreifen; sollte sich der Rechtsanwender positionieren wollen, hätte das Bundesgericht nicht eine Analogie, sondern – wenn schon – eine sog. *echte Lücke* anrufen müssen.

Schliesslich vermag die Argumentation zur antizipierten Beweiswürdigung nicht zu überzeugen. Diese bundesgerichtlichen Aussagen stellen eine *Beweiserleichterung für die FINMA* dar, die sich fast als *Beweislastumkehr* zulasten der (angeblichen) Meldepflichtverletzer erweisen könnte. Mangels entsprechender Börsenrechtsgrundlage erscheint dies rechtsstaatlich heikel. Die Verteidiger müssen also in diesem Zusammenhang *substanziert begründen*, weshalb zumindest «Zweifel an den Schlussfolgerungen» angebracht sind und weshalb keine «guten Gründe» für eine umfassende Sachverhaltsabklärung vorliegen.

c) *Urteil 2C_565/2010 vom 14. April 2011*¹⁴⁷

Bankenrecht: unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen; Qualifizierung als Gruppe – und deren Aufsicht (u. a. Art. 1 Abs. 2 BankG)

In diesem nicht amtlich publizierten Entscheid nimmt das Bundesgericht zu verschiedenen *bankenrechtlichen Themen* detailliert Stellung, nämlich: Entgegennahme von Publikumseinlagen, bankenrechtliche Massnahmen im Rahmen eines «Enforcement», Gruppenaufsicht sowie wirtschaftliche Betrachtungsweise. Es lohnt sich für Bankenpraktiker (und die Aufsichtsbehörde), die Erwägungen genau zu lesen.

Eine sog. *Publikumseinlage* im Sinne des Bankenrechts liegt vor, «wenn gewerbsmässig Verpflichtungen Dritten gegenüber eingegangen werden, wobei der Betroffene zum Rückzahlungsschuldner wird»¹⁴⁸. Die Gewerbsmässigkeit wird insbesondere begründet durch das dauernde Halten von *mehr als 20 Publikumseinlagen* (Art. 3a Abs. 2 BankV).

Sollten schliesslich bankenaufsichtsrechtliche Massnahmen («Enforcement») ergriffen werden, muss das *Verhältnismässigkeitsprinzip* – wie auch beim Kollektivanlagengesetz (KAG)¹⁴⁹ – beachtet werden. Zwar hat die Aufsichtsbehörde einen erheblichen Ermes-

147 Ähnlich: Urteil 2C_898/2010 vom 29. Juni 2011, wo ebenfalls eine Gruppentätigkeit bejaht wurde und das Bundesgericht die von der FINMA angeordnete Liquidation als verhältnismässig betrachtete.

148 Urteil 2C_565/2010 vom 14. April 2011: Erw. 2.1.

149 Urteil 2C_571/2009: Vgl. dazu hinten II. 2. d).

sensspielraum,¹⁵⁰ doch eine Liquidation kommt nicht ohne Weiteres in Frage. Stehen z. B. sowohl eine bewilligungspflichtige als auch eine finanzmarktrechtlich unbedenkliche Aktivität zur Debatte, «ist nur der bewilligungspflichtige Teil zu liquidieren, falls dies technisch möglich und die erlaubte Geschäftstätigkeit von eigenständiger Bedeutung ist»¹⁵¹.

Im Finanzmarktrecht im Allgemeinen sowie im Bankenrecht im Besonderen nimmt die FINMA eine sog. *Gruppenaufsicht* wahr. Dies trifft auf Konzerne bzw. auf Unternehmensgruppen sowie auf sonstige «Zusammenarbeiten» zu. *Indizien* für eine solche Gruppe sind u. a. «Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten, faktisch gleiche Geschäftssitze, wirtschaftlich unbegründete und verschachtelte Beteiligungsverhältnisse, zwischengeschaltete Treuhandstrukturen usw. (...)»¹⁵².

Zur Begründung zieht das Bundesgericht (wie ebenfalls die FINMA) *methodisch* die sog. *wirtschaftliche Betrachtungsweise* heran.¹⁵³ M. E. fehlt jedoch in der Schweiz eine überzeugende dogmatische Grundlage für diesen methodischen Ansatz im Wirtschaftsrecht sowie im Finanzmarktrecht¹⁵⁴ (ein Appell an die angebliche «Verunft» erscheint mindestens dogmatisch einigermaßen hilflos) – künftige Habilitanten sind (heraus)gefordert!

150 Urteil 2C_565/2010 vom 14. April 2011: Erw. 4.1.

151 Urteil 2C_565/2010 vom 14. April 2011: Erw. 4.2.

152 Urteil 2C_565/2010 vom 14. April 2011: Erw. 3.1; ebenfalls zu berücksichtigen in diesem Zusammenhang sind etwa Finanzströme sowie «mangelnde Seriosität der buchhalterischen Unterlagen» (a. a. O. Erw. 3.3).

153 Urteil 2C_565/2010 vom 14. April 2011: «Der Schutz des Marktes, des Finanzsystems und der Anleger rechtfertigt in solchen Fällen *trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen* eine einheitliche und wirtschaftliche Betrachtungsweise, wenn zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge finanzielle oder geschäftliche, organisatorische oder personelle *Verflechtungen* bestehen und *vernünftigerweise* [sic!] einzig eine *Gesamtbetrachtung* den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird» (Erw. 3.1); Hervorhebungen hinzugefügt.

154 Interessant: THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Erfassung bewilligungspflichtiger Gruppensachverhalte in der Finanzmarktaufsicht, GesKR 3/2012, 411 ff. m. w. H.

d) *Urteil 2C_571/2009 vom 5. November 2010*¹⁵⁵

Kollektive Kapitalanlagen: Entgegennahme von Publikumseinlagen; Liquidation

Dem Urteil lag ein etwas «gspässiger» bzw. zumindest *aussergewöhnlicher Sachverhalt* zugrunde, der wohl eine amtliche Publikation verhindert hat. Es ging, etwas trivialisiert, um sog. «Sachwert-Beteiligungs-Kommanditgesellschaften», die Immobilien erwarben und an denen sich *Investoren als Kommanditäre* beteiligen konnten. Die «schlafenden Hunde» EBK bzw. FINMA wurden von diesen OR-Kommanditgesellschaften selber geweckt, weil sie eine Umwandlung in Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen gemäss dem neuen KAG in Erwägung zogen.

Ungeachtet des Entscheids im konkreten Fall äusserte sich das Bundesgericht zu verschiedenen kollektivanlagenrechtlichen Aspekten im Detail, die zur Aufmerksamkeit rufen. Insbesondere drei Fragen beantwortete das Gericht: Was ist eine kollektive Kapitalanlage? Was ist eine operative Gesellschaft, die dem KAG eben gerade nicht untersteht? Und unter welchen Voraussetzungen darf eine aufsichtsrechtliche Liquidation angeordnet werden?

Die *Legaldefinition der kollektiven Kapitalanlage* umfasst gemäss Art. 7 KAG nunmehr fünf Tatbestandsmerkmale,¹⁵⁶ nämlich: Vermögen, Anleger, Gemeinschaftlichkeit, Kapitalanlage sowie Verwaltung für Rechnung der Anleger; die früheren zusätzlichen Merkmale unter dem Anlagefondsrecht – konkret: Risikoverteilung sowie öffentliche Werbung – sind mit dem Kollektivanlagenrecht weggefallen.¹⁵⁷ Dem KAG unterstehen sämtliche Kollektivanlagen *ungeachtet der Rechtsform*, d.h. Anlagen sowohl auf vertraglicher als auch auf korporativer Grundlage. Auf operative Gesellschaften ist das KAG indes nicht anwendbar.¹⁵⁸

155 BENJAMIN BLOCH/HANS CASPAR VON DER CRONE, Operative Gesellschaft oder kollektive Kapitalanlage?, SZW 83 (2011) 214 ff.; ANDREAS BOHRER, «Mission Impossible» im Kollektivanlagenrecht – Die Abgrenzung von kollektiven Kapitalanlagen und operativen Gesellschaften (...), GesKR 1/2011, 76 ff.

156 Urteil 2C_571/2009 vom 5. November 2010: Erw. 2.1.

157 Urteil 2C_571/2009 vom 5. November 2010: Erw. 2.2.

158 Art. 2 Abs. 2 lit. d KAG.

Die Rechtssetzung zum Kollektivanlagenrecht umschreibt nicht ausdrücklich, was eine *operative Tätigkeit* ist, die eine Anwendbarkeit des KAG ausschliesst. Abgrenzungen können schwierig sein.¹⁵⁹ «Die *operative Gesellschaft* grenzt sich (...) von der kollektiven Kapitalanlage unter anderem dadurch ab, dass die Erträge und Gewinne nicht durch die reine Kapitalhingabe bzw. -anlage realisiert, sondern *unternehmerisch erwirtschaftet* werden, d. h. durch eine Produktions-, Handels- oder Dienstleistungstätigkeit.»¹⁶⁰

I. c. wurde die betroffene Kommanditgesellschaft aufsichtsrechtlich liquidiert. In diesem Zusammenhang machte das Bundesgericht einige Ausführungen zu *finanzmarktrechtlichen Massnahmen* («Enforcement») gemäss KAG, die m. E. verallgemeinerungsfähig sind. Hervorgehoben wird, dass bei der Rechtsanwendung des Finanzmarktrechts das *Verhältnismässigkeitsprinzip* ebenfalls beachtet werden muss.¹⁶¹ «Wo eine Anpassung sinnvollerweise möglich ist, um einen gesetzeskonformen Zustand zu schaffen oder wiederherzustellen (...), soll auf die aufsichtsrechtliche Liquidation verzichtet werden (...)»¹⁶²

159 Urteil 2C_571/2009 vom 5. November 2010: Erw. 2.3.1; die Lehre verlangt beispielsweise, dass «die Wertschöpfung oder -steigerung auf Eigenleistungen beruht, d. h. über eine eigene Organisation mit Mitarbeitern erbracht wird, welche über die blossе Verwaltung hinausgeht» (a. a. O. Erw. 2.3.2 m. w. H.).

160 Urteil 2C_571/2009 vom 5. November 2010: Erw. 3.4; Hervorhebungen hinzugefügt.

161 Urteil 2C_571/2009 vom 5. November 2010: «[Die Massnahmen] sollen nicht über das hinausgehen, was zur Wiederherstellung des gesetzeskonformen Zustands erforderlich ist» (Erw. 4.1).

162 Urteil 2C_571/2009 vom 5. November 2010: Erw. 4.5 – und mit einem *pointierten Seitenhieb* in Richtung Aufsichtsbehörde EBK bzw. FINMA: «Es ist in Fällen wie dem vorliegenden nicht an der Aufsichtsbehörde, darüber zu spekulieren, welchen Aufwand die Investoren bereit sein könnten, auf sich zu nehmen, um den gesetzlichen Zustand (wieder-)herzustellen» (a. a. O.).

- e) *BGE 137 II 284 (Urteil 2C_89/2010 / 2C_106/2010 vom 10. Februar 2011)*¹⁶³

Kollektive Kapitalanlagen: öffentliche Werbung (Art. 3 KAG)

Im vorliegenden Urteil befasste sich das Bundesgericht mit zwei Themen des Kollektivanlagenrechts, nämlich der *öffentlichen Werbung* gemäss Art. 3 KAG¹⁶⁴ und dem *Untersuchungsbeauftragten* gemäss Art. 36 FINMAG.¹⁶⁵

Zum ersten Thema hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Auslegung der FINMA, wonach jede Werbung, die sich nicht ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3 KAG richte, als öffentlich zu betrachten sei, zu «pauschal» sei. Der Begriff des «Publikums» (Art. 3 Abs. 1 KAG) deute auf eine *grössere Zahl von Adressaten* hin, wobei sich im Sinne eines Umkehrschlusses ergebe, dass Werbung, die sich nur an eine Person oder einige wenige Personen richte, nicht als «öffentlich» gelten könne.¹⁶⁶

Beispielsweise liege *keine «Öffentlichkeit»* bzw. *kein «Publikum»* im Sinne von Art. 3 KAG vor, wenn sich das Angebot bzw. die Werbung einzig an einen eng umschriebenen Personenkreis richte. Der Kreis der Betroffenen lasse sich dabei sowohl qualitativ, d. h. aufgrund von bestimmten Beziehungen, als auch quantitativ, also zahlenmässig, beschränken. Dabei seien stets die konkreten Besonderheiten des Einzelfalls ausschlaggebend:

I. c. beteiligten sich *14 Personen* mit einem Bankdepot und einem Investitionsvolumen von rund CHF 6 Mio. am betreffenden Fund. Zu den Investoren zählten nebst dem Beschwerdeführer und seinem

163 SIMON SCHÄREN, Das Bundesgericht konkretisiert den Begriff der öffentlichen Werbung im Sinne des KAG, *Entscheid des Bundesgerichts 2C_89/2010, 2C_106/2010 vom 10. Februar 2011*, GesKR 2/2011, 267 ff.; Zusammenfassung: Jusletter 14. März 2011.

164 BGE 137 II 291 ff. Erw. 5.

165 BGE 137 II 286 ff. Erw. 4.

166 Es ist somit davon auszugehen, dass neben der Werbung, die sich an qualifizierte Anleger richtet und damit als «nicht öffentlich» gilt, im Rahmen des Begriffs «Publikum» ein weiterer, beschränkter Raum für nicht öffentliches Handeln verbleibt; in diesem Zusammenhang bestätigte das Bundesgericht die bereits mit BGE 121 II 473 Erw. 2. b. gemachte Aussage, wonach die *FINMA-Rundschreiben* (zur Auslegung des Finanzmarktrechts) *rechtsunverbindlich* seien: BGE 137 III 292 Erw. 5.2.2.

Sohn *verschiedene Verwandte und Bekannte* von diesen sowie eine Unternehmung und zwei Drittpersonen. Ausserhalb der Verwandtschaft des Beschwerdeführers und seines Sohns kam es *eher zufällig* zu Gesprächen über die Anlagemöglichkeiten. Somit war aufgrund dieser «besonderen Beziehung» insgesamt gerade noch von einem (*qualitativ*) *begrenzten Personenkreis* auszugehen,¹⁶⁷ und Art. 3 KAG wurde nicht verletzt.

Erneut setzte sich das Bundesgericht mit dem finanzmarktrechtlichen «Enforcement» auseinander, und zwar mit der spezifischen Massnahme des sog. *Untersuchungsbeauftragten* (Art. 36 FINMAG).¹⁶⁸ Aufgrund des schwerwiegenden Eingriffs in die Geschäftstätigkeit soll dieses Instrument zwar «nicht leichthin» zum Einsatz gelangen.¹⁶⁹ Es muss m. a. W. erneut das *Gebot der Verhältnismässigkeit* beachtet werden.¹⁷⁰ Allerdings genügen zur Einsetzung bereits «hinreichend konkrete Anhaltspunkte», d. h., es ist insbesondere «nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht»¹⁷¹.

167 BGE 137 II 294 Erw. 5.3.3.

168 Statt aller: URS BERTSCHINGER, Zur Untersuchung von Effektentransaktionen durch die Aufsichtsbehörde – ein Beitrag zum Untersuchungsbeauftragten nach den Finanzmarktaufsichtsgesetzen, in: Unternehmen – Transaktion – Recht (Zürich/St. Gallen 2008) 21 ff.

169 BGE 137 II 291 Erw. 4.2.7.

170 BGE 137 II 287 Erw. 4.2.1 sowie a. a. O. 291 Erw. 4.2.8.

171 BGE 137 II 286 Erw. 4.2.1; und dann: «[E]s genügt, dass *objektive Anhaltspunkte* für eine solche [Gesetzesverletzung] sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch die Kontrolle vor Ort bzw. durch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen abschliessend geklärt werden kann. Der durch die EBK (bzw. FINMA) zu beseitigende Missstand liegt in diesem Verfahrensstadium in der *unklaren Ausgangslage*, die es zu *bereinigen* gilt» (a. a. O.); Hervorhebungen hinzugefügt.