

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

151. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
Februar
2015

2 2015

www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Sibylle Hofer

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 75** Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?
Von Professor ALEXANDER R. MARKUS und DANIEL WUFFLI, Bern
- 121** Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in
den Jahren 2012/2013: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht
Von Professor PETER V. KUNZ, Bern

Bibliographie

- 186** MICHEL MOOSER
Le droit notarial en Suisse

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 12, Fax 031 300 66 88

E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. SIBYLLE HOFER, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Luzern; Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St. Gallen; Oberrichter Dr. Ruedi BÜRGI, Aarau; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Kantonsgerichtsschreiber LOUIS ISELI, Luzern; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber Dr. MARTIN KOCHER, Studen BE; Obergerichtsschreiber FRÉDÉRIC KOHLER, Bern; Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. Dr. JÖRG KÜNZLI, Bern; Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Bern; Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Kantonsgerichtsschreiberin INES MEIER, Luzern; Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern; Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern; Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Zürich; Dr. iur. THERES OERTLI SCHMID, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. JUDITH WYTTENBACH, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 166.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 139.–

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 157.–, Ausland CHF 199.–,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 121.–,

Einzelheft CHF 12.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. MwSt. (Online: 8%/Print 2,5%) und Versandkosten.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 25

E-Mail periodika@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 63 89

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 2266 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZBJV vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2012/2013: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht

Von Professor PETER V. KUNZ¹, Bern

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

1. Richterpublikum
2. Inhaltliches sowie Dank

II. Ausgewählte Bundesgerichtsentscheide

1. Gesellschaftsrecht
 - a) BGE 4A_619/2011 vom 20. März 2012
 - b) BGE 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012
 - c) BGE 138 III 246 (Urteil 4A_554/2011 vom 10. Februar 2012)
 - d) BGE 138 III 252 (Urteil 4A_648/2011 vom 4. April 2012)
 - e) BGE 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012
 - f) BGE 4A_630/2012 vom 19. März 2013
 - g) BGE 138 III 166 (Urteil 4A_630/2011 vom 7. März 2012)
 - h) BGE 138 III 294 (Urteil 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012)
 - i) BGE 4A_522/2011 vom 13. Januar 2012
 - j) BGE 138 III 204 (Urteil 4A_288/2011/4A_290/2011 vom 13. Februar 2012)
 - k) BGE 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012
 - l) BGE 139 III 24 (Urteil 4A_375/2012 vom 20. November 2012)
 - m) BGE 4A_381/2012 vom 8. November 2012
 - n) BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012
 - o) BGE 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013
 - p) BGE 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013
 - q) BGE 138 III 213 (Urteil 4A_527/2011 vom 5. März 2012)
 - r) BGE 139 III 449 (Urteil 4A_206/2013 vom 5. September 2013)
 - s) BGE 138 III 407 (Urteil 4A_729/2011 vom 25. Mai 2012)

¹ Univ.-Prof. Dr. iur. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, L.L.M. (Georgetown University Law Center), ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht sowie für Rechtsvergleichung und amtiert als Vizedekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern; er ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für nationales und internationales Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch); der Beitrag wurde *Mitte August 2014* abgeschlossen.

- t) BGE 139 III 293 (Urteil 5A_143/2013 vom 18. Juni 2013)
- u) BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012
- v) BGE 4A_547/2011 vom 16. Februar 2012
- 2. Finanzmarktrecht
 - a) BGE 138 III 755 (Urteil 4A_127/2012/4A_141/2012 vom 30. Oktober 2012)
 - b) BGE 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012
 - c) BGE 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013
 - d) BGE 2C_30/2011; 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012
 - e) BGE 138 III 137 (Urteil 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012)
 - f) BGE 139 II 279 (Urteil 2C_119/2013 vom 9. Mai 2013)

I. Einleitung

1. Richterpublikum

Mit Urteilsbesprechungen werden in aller Regel *zwei Zielsetzungen* verfolgt: einerseits *Orientierung* des Leserpublikums über (mehr oder weniger) interessante Gerichtsentscheide sowie andererseits *Kommentierung* dieser Urteile. Letztes Jahr übernahm der Unterzeichner mit grosser Freude für die ZBJV die traditionellen Besprechungen² zum *Gesellschaftsrecht* auf der einen Seite sowie zum *Finanzmarktrecht* auf der anderen Seite.

Es sei an dieser Stelle zugegeben («*mea culpa*»), dass der Unterzeichner mit zurückhaltender Begeisterung rechtskräftige Urteile bespricht³. Unbesehen davon überraschte die *geringe Resonanz* gerade auf *kritische* Bemerkungen⁴. Dies könnte damit zusammenhängen, dass sich die ZBJV bzw. deren Kommentatoren erst längere Zeit nach Fällung der Urteile damit auseinandersetzen, was der Beachtung kaum helfen dürfte⁵.

Das *interessierte Publikum* nahm die dargestellte Zweijahresübersicht zur Kenntnis, was vereinzelte Rückmeldungen belegen.

2 ZBJV 149 (2013) 99–144.

3 Während der Unterzeichner wissenschaftliche Abhandlungen seit mehr als 20 Jahren publiziert, erfolgte die erste Rezension eines Urteils erst vor vier Jahren: AJP 19 (2010) 1475 ff.

4 Es sei beispielsweise verwiesen auf ZBJV 149 (2013) 101 f.

5 Gerade *wirtschaftsrechtliche* Bundesgerichtsurteile werden in etwa einem halben Dutzend spezialisierter Zeitschriften innert Wochen detailliert zusammengefasst und meist – zumindest oberflächlich – kommentiert.

Doch unklar erscheint das Gerichtsinteresse. Zweifel daran, ob *Richter* solche Besprechungen interessieren, wurden bereits früher angebracht; immerhin sind Bundesgerichtsschreiber nach Publikation auf den Unterzeichner zugekommen und haben thematisierte Aspekte informell bestätigt⁶.

Nichtsdestotrotz wendet sich der Unterzeichner weiterhin bewusst an das *Richterpublikum*, getreu dem Motto eines langjährigen Bundesgerichtskorrespondenten: «Richtern Ratschläge erteilen ist heikel und oft kontraproduktiv. Doch nur übers Wetter reden kann ich ja auch nicht. Ich schlage Ihnen daher einen verfassungsrechtlich ausartierten Deal vor. Ich berufe mich auf die Redefreiheit, und Sie berufen sich auf die richterliche Unabhängigkeit. Ich sage Ihnen frei, was ich denke. Und Sie machen damit, was Sie wollen»⁷.

Die *hohe Qualität schweizerischer Gerichte* dürfte unbestritten sein. Nichtsdestotrotz sollten m. E. einige richterliche Verhaltensweisen debattiert werden. Einerseits ist – gerade im Vergleich zum angelsächsischen Bereich – die *geringe Inhaltstransparenz* (z. B. Verzicht auf sog. «Dissenting opinions») ⁸ zu bedauern; andererseits stellt es – in Gegenüberstellung primär zu den USA – einen bedauerlichen Nachteil dar, dass Richter *kaum jemals akademisch tätig* sind und sich an wissenschaftlichen Debatten beteiligen⁹.

2. Inhaltliches sowie Dank

Bekanntlich können sich Richter die gestellten Rechtsfragen nicht aussuchen. In den Jahren 2012 sowie 2013 hatte das Bundesgericht erneut eine *grosse Bandbreite* von gesellschafts- und finanz-

6 Dies trifft z. B. auf die kritisierte «Copy-Paste»-Methode zu: ZBJV 149 (2013) 101.

7 MARKUS FELBER, *Iudex non lobbyficat*, SJZ 110 (2014) 111.

8 Als in der Schweiz bis anhin höchst seltene *Ausnahme* publizierte ein in der Minderheit befindlicher Bundesrichter im bekannten – und m. E. mit gutem Grund umstrittenen – Fall «UBS» (BGE 137 II 431) eine eigentliche «*Dissenting opinion*»: PETER KARLEN, Bundesgericht (...), ZBl 113 (2012) 21 ff.

9 Insofern befindet sich weniger die Professorenschaft als vielmehr die Richterschaft im sprichwörtlichen und geradezu *autistischen* «*Elfenbeinturm*»; nur äusserst wenige Richter in der Schweiz – anders als insbesondere in den USA – hinterlassen «wissenschaftliche Fussspuren».

marktrechtlichen Fragen zu beantworten. Eine abschliessende Übersicht zu sämtlichen Entscheiden aus diesen wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebieten wird nicht angestrebt. Subjektive Auswahlkriterien spielten eine Rolle.

Eine auffällige *Häufung von Urteilen* war in der Berichtsperiode insbesondere zu Art. 731b OR feststellbar¹⁰, und zwar bei unterschiedlichen Gesellschaftsformen (konkret: AG, GmbH sowie Genossenschaften); zu dieser Neuordnung hatte sich das oberste Gericht bereits in den Jahren 2010/2011 mehrfach zu äussern¹¹:

Die Regelung von Art. 731b OR betreffend «Mängel in der Organisation der Gesellschaft» hat weitreichende Rechtsfolgen (als «ultima ratio» droht sogar das Ende der betroffenen AG) und steht erst seit dem Jahr 2008 in Kraft. Aus diesen Gründen kann kaum überraschen, dass nach wie vor *zahlreiche Verfahren* durchgeführt und *viele «leading cases»* bekannt werden. Die «Prozessflut» zu dieser Thematik dürfte in Zukunft zurückgehen.

Ebenfalls auffällig war, dass sich das Bundesgericht in der Berichtsperiode in mehreren Urteilen methodisch (meist nicht explizit) zugunsten der Anwendung der *Business Judgment Rule* aussprach¹². Schliesslich beherrschen *konzernrechtliche Themen*¹³ – wie üblich – sowie Verfahren der *Sonderprüfung* einen Grossteil der Urteile¹⁴.

Bei Urteilsbesprechungen geniessen die *wissenschaftlichen Assistenten* am Lehrstuhl des Unterzeichners am IWR umfassende Freiheiten. Sowohl die Auswahl als auch der grösste Teil der Bearbeitungen wurden denn auch an ein *erfahrenes IWR-Team delegiert*, nämlich an Rechtsanwältin EVA LAEDERACH (Urteile 2012) sowie an MLaw DOMENIC BRAND (Urteile 2013); ebenfalls hilfreich in der Schlussphase war Rechtsanwalt ALEX CHRISTEN.

Diesem Team meiner Assistenten *danke ich herzlichst* für seine rat- und tatkräftigen Unterstützungen. Es dürfte sich ohne Weiteres verstehen, dass – wie immer – die Kommentare und allfällige Irrtümer in der alleinigen *Verantwortung des «Chefs»* liegen!

10 Vgl. dazu hinten II. 1. g)–i) sowie q) und s).

11 Besprechungen durch den Unterzeichner: ZBJV 149 (2013) 112 ff.

12 Vgl. dazu hinten II. 1. l), n), p) und u).

13 Vgl. dazu hinten II. 1. i), n) und o) sowie 2. a).

14 Vgl. dazu hinten II. 1. c) m. w. H. sowie d).

II. Ausgewählte Bundesgerichtsentscheide

1. Gesellschaftsrecht

a) *BGE 4A_619/2011 vom 20. März 2012*¹⁵

*Recht der einfachen Gesellschaft: Gesellschaftsvertrag;
Vorrang der Gesellschaftsinteressen vor den Gesellschafterinteressen (Art. 530 Abs. 1 OR)*

Das wirtschaftsrechtliche Teilrechtsgebiet des Gesellschaftsrechts als Organisationsrecht hat in hervorragender Weise immer wieder *unterschiedliche Interessenkonflikte* zum Gegenstand; dies trifft sowohl auf Kapitalgesellschaften als auch auf Personengesellschaften zu. In einem nicht amtlich publizierten Bundesgerichtsurteil beschäftigte sich das höchste Gericht mit Aspekten bei *einfachen Gesellschaften*:

Die beiden Beschwerdeführer M. und N. sowie der Beschwerdegegner O. gründeten ein *Konsortium* zum Zweck, eine Liegenschaft zu überbauen und anschliessend die Gesamtüberbauung gewinnbringend zu verkaufen. Am Geschäftsergebnis sollte jeder Gesellschafter nach Massgabe seiner Beteiligung partizipieren.

Nachträglich – und abweichend vom ursprünglichen Gesellschaftsvertrag – wurde eine Einigung erzielt, wonach das Grundstück direkt vom Kanton Zürich als Bauprojektinteressenten gekauft werden sollte. Der Kanton Zürich sollte in diesem Zusammenhang mit einer vom Beschwerdegegner O. (notabene einem der Konsortiumspartner) *beherrschten AG* einen GU-Vertrag betreffend die Erstellung der Überbauung abschliessen.

O. behielt den gesamten Gewinn für sich bzw. liess die anderen einfachen Gesellschafter nicht teilhaben; er begründete dies damit, dass die *Erreichung des Gesellschaftszwecks verunmöglicht* wurde, weil das Kaufrecht nicht ausgeübt worden sei, sodass die Gesellschaft nicht mehr bestehe. Die Überbauung sei allein durch die von ihm beherrschte AG erfolgt und nicht durch das Konsortium.

Die *Vorinstanz* stellte sich auf die Seite von Beschwerdegegner O. und führte aus, dass der Gesellschaftszweck zwar mit dem Kauf des Grundstücks durch den Kanton Zürich *realisiert* und *nicht verun-*

¹⁵ Zusammenfassung: GesKR 2012, 462.

möglichst wurde. Jedoch habe O. «im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (...) nach Treu und Glauben nicht garantiert, die Aktiengesellschaft werde für den damals noch nicht aktuellen Fall, dass sie direkt einen GU-Vertrag abschliesse, den diesfalls bei ihr anfallenden Konsortialgewinn herausgeben»¹⁶. Zudem sei eine *Vereinbarung* betreffend Herausgabe des Gewinns im Konsortium nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätten.

Das *Bundesgericht* führte hingegen aus, dass es nicht darauf ankomme, wann der Beschwerdegegner welche Garantien abgegeben habe. Vielmehr sei auf die Wesensmerkmale der einfachen Gesellschaft zu setzen. Zentral sei insbesondere, «dass die Gesellschafter das künftige Verhalten auf die Verfolgung des vereinbarten Zwecks ausrichten und die Verwirklichung der zum gemeinsamen Zweck verschmolzenen Interessen aller Gesellschafter fördern»¹⁷. Bestehe ein *Interessenkonflikt* zwischen persönlichen Interessen und Interessen der einfachen Gesellschaft, hätten die Gesellschafter stets den *Gesellschaftsinteressen* den Vorzug zu geben. Das Bundesgericht erkannte weiter:

«Wenn der Beschwerdegegner im Rahmen des veränderten Projekts die von ihm beherrschte Aktiengesellschaft zur Vertragserfüllung beizieht, [hat] er nach Treu und Glauben dafür zu sorgen, dass die Aktiengesellschaft die vorgesehene Gewinnverteilung respektiert. Da er die Aktiengesellschaft beherrscht, bestimmt er deren Willensbildung»¹⁸. Ein gegenteiliges Verhalten fördere seine Interessen zulasten derjenigen der einfachen Gesellschaft und vereitle die Erzielung eines Gewinns durch das Konsortium. Dies stelle eine Verletzung seiner aus der Gesellschafterstellung fließenden Pflichten dar¹⁹.

M. E. können bei Personengesellschaften solche Interessenkonflikte auf *Basis von Treuepflichten* der Gesellschafter abgehandelt werden; bei Aktionären scheidet dieser Ansatz aus (Art. 680 Abs. 1 OR). Eine vergleichbare Problematik besteht ebenfalls bei Kapitalgesellschaften und deren Exekutiven. In der USA wird in diesem Zu-

16 BGE 4A_619/2011 vom 20. März 2012: Erw. 3.2.

17 BGE 4A_619/2011 vom 20. März 2012: Erw. 3.6.

18 BGE 4A_619/2011 vom 20. März 2012: Erw. 3.8.

19 Folge wäre eine *Schadenersatzpflicht*; schliesslich wurde der Beschwerdegegner zur *Abrechnung* gegenüber den anderen Gesellschaftern verpflichtet.

sammenhang eine jahrzehntelange Debatte zur sog. «*Corporate Opportunity Doctrine*» geführt²⁰.

b) *BGE 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012*²¹

Recht der einfachen Gesellschaft: Leistung einer materiellen Einlage und Auftragsverhältnis

In einem Urteil zum neuen *Bucheffektenrecht* wurden ausschliesslich die finanzmarktrechtlichen Aspekte amtlich publiziert (BGE 138 III 137)²². In nicht amtlich veröffentlichten Erwägungen setzte sich das Bundesgericht jedoch ebenfalls mit Fragen zur *einfachen Gesellschaft* auseinander, die allerdings nichts Neues ergeben.

Ein Aktionärskonsortium als «*Verkäuferpool*», der mittels Aktionärsbindungsvertrag abgesichert war, brachte Wertpapiere (Namen- und Inhaberaktien sowie Partizipationsscheine) in ein *gemeinsames Bankdepot* ein. Die Brüder C. X. (Beschwerdeführer) und D. X. (Beschwerdegegner) zerstritten sich in der Folge.

Für das Recht der einfachen Gesellschaft von Interesse waren die Fragen nach der *Einbringung der Aktien ins Konsortium* sowie der Qualifikation des Verhaltens des Beschwerdeführers in Bezug auf den Verkauf der Wertpapiere. Das Bestehen einer einfachen Gesellschaft bedeutet *nicht*, dass die Aktien zwingend zu *Gesamteigentum* haben eingebracht werden müssen, ist das Leisten einer materiellen Einlage gerade nicht zwingend.

Das Obergericht Aargau als Vorinstanz *verneinte* eine Einbringung der Aktien²³. Diese Ansicht wurde durch das Bundesgericht, das die Würdigung der Vorinstanz einzig auf Willkür hin prüfte, geschützt²⁴. Ebenso verhielt es sich mit der Annahme der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer den Verkauf der Wertpapiere in einem *Auftragsverhältnis* ausführte und nicht auf einen Beschluss der ein-

20 Hinweise: PETER V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht* (Habil. Bern 2001) § 8 N 27 f. sowie N 53.

21 Zusammenfassung: GesKR 2012, 445 ff., v. a. 452 ff.; vgl. auch JÖRG SCHMID/JONAS RÜEGG: *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012*, ZBJV 150 (2014) 122 ff.

22 Vgl. dazu hinten II. 2. e).

23 BGE 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012: Erw. 1.3.2 bzw. Erw. 2.2.7.

24 BGE 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012: Erw. 2.2.7 a. E.

fachen Gesellschaft stützte²⁵. So war sein Verhalten beim Verkauf der Wertpapiere im Namen der Mitglieder des Verkäuferpools als im *Stellvertretungsverhältnis* gemäss Art. 32 OR zu werten²⁶.

- c) *BGE 138 III 246 (Urteil 4A_554/2011 vom 10. Februar 2012)*²⁷
Aktienrecht: Verfahren für die Einleitung einer Sonderprüfung (Art. 697a f. OR)

Die *Sonderprüfung* spielt in der Wirtschaftsrealität eine überschätzte Rolle. Der Ordnung im Rahmen von Art. 697a ff. OR kommt in erster Linie *präventive* Wirkung zu. Nichtsdestotrotz wird in der Praxis immer wieder zu Sonderprüfungsthemen prozessiert, und dabei nicht selten bis zu den Schranken von «Mon Repos». Nicht anders verhielt es sich im Jahr 2012, in dem zwei amtlich publizierte Urteile gefällt wurden²⁸:

Das Bundesgericht setzte sich – m.E. überzeugend – mit der Sonderprüfung als sog. *subsidiärem* Aktionärsrecht auseinander, was bedeutet, dass das Auskunftsrecht oder das Einsichtsrecht des Gesellschafters im Rahmen von Art. 697 OR ausgeschöpft worden sein muss²⁹. Gemäss Gesetz ist ein *Antrag auf Sonderprüfung* zuhanden der *GV* erforderlich, über den abzustimmen ist; die konkrete Beschlussfassung (also: Zustimmung oder Ablehnung) entscheidet über das weitere Verfahren vor Gericht³⁰.

25 BGE 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012; Erw. 3.2.

26 BGE 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012; Erw. 3.2.

27 Zusammenfassung und Besprechung: ANDREAS CASSUTT/CATHERINE GRÜN MEYER, Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzungen für eine Sonderprüfung, Besprechung von BGE 138 III 246 ff. und 138 III 252 ff., GesKR 2012, 586 ff. (das zweite Urteil der Rezension wird im Folgenden ebenfalls besprochen: Vgl. dazu hinten II. 1. d); zudem: GesKR 2012, 463; SJZ 108 (2012) 332 ff. sowie 517; ST 87 (2013) 218 f.; SZW 85 (2013) 173.

28 Zur *Sonderprüfung* ausserdem zwei Entscheide, die hier nicht besprochen werden: BGE 4A_129/2013 vom 20. Juni 2013; BGE 4A_260/2013 vom 6. August 2013.

29 Hierzu bereits: PETER V. KUNZ, Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, SJZ 92 (1996) 1 ff.

30 Immer betont wird, dass es im Zusammenhang mit Sonderprüfungen *keinen «shortcut»* bzw. keine «diretissima» gibt, d.h. ein Gesellschafter hat *Schritt um Schritt* vorzugehen.

Art. 697a OR öffnet bei *Zustimmung* der GV direkt den Weg an den Richter zur Einsetzung eines Sonderprüfers, wohingegen im Rahmen von Art. 697b ff. OR bei einer (beschlossenen) *Ablehnung* die Aktionäre, die mindestens 10% des Aktienkapitals³¹ oder Aktien im Nennwert von CHF 2 Mio. vertreten, den Richter innert dreier Monate ersuchen können, einen Sonderprüfer einzusetzen. Sollte sich der *VR weigern* (trotz Beharren eines Aktionärs), den Gesellschafterantrag über die Durchführung einer Sonderprüfung überhaupt in der *GV zur Abstimmung* zu bringen, wird dies einer *abgelehnten* Abstimmung gleichgesetzt³², was entsprechend den Weg an den Richter gemäss Art. 697b ff. OR öffnet.

Die *Vorinstanz* lehnte das Gesuch des Beschwerdeführers um richterliche Einsetzung eines Sonderprüfers schon deshalb ab, weil dieser anlässlich der *GV keine entsprechenden Anträge* gestellt habe; vielmehr habe er bloss die Einberufung einer a. o. GV verlangt, dies im Anschluss aber nicht gerichtlich durchzusetzen versucht.

Der Beschwerdeführer nahm auf die *unterschiedlichen Voraussetzungen* von Art. 697a OR bzw. Art. 697b OR (mit Art. 699 Abs. 3 OR) Bezug und führte aus: «Ein wirksamer Schutz von Minderheitsaktionären würde in vielen Fällen illusorisch, wenn dem Verwaltungsrat durch die pflichtwidrige Weigerung, eine Generalversammlung durchzuführen, eine Möglichkeit in die Hand gegeben würde, das Institut der Sonderprüfung zu unterminieren»³³.

Das *Bundesgericht* differenzierte und hielt fest, dass «[d]as Gesetz (...) den Verwaltungsrat nicht [verpflichtet], dem Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung durch einen Aktionär, der das Beteiligungserfordernis nach Art. 699 Abs. 3 OR nicht erfüllt, zu entsprechen. Und trotzdem sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass auch ein solcher Aktionär zwar einen Antrag auf Sonderprüfung stellen kann, dass er dies aber in der Generalversammlung tun muss (Art. 697a Abs. 1 OR)»³⁴.

31 Dieses von Art. 697b Abs. 1 OR verlangte Aktienquorum muss nicht nur bei der Einleitung des Verfahrens, sondern auch im Zeitpunkt des richterlichen Entscheids erreicht sein: BGE 133 III 182 Erw. 3.2.

32 BGE 138 III 247 f. Erw. 3.3 (mit Verweisung u. a. auf die Habilitation des Unterzeichners).

33 BGE 138 III 249 Erw. 4.2.

34 BGE 138 III 250 Erw. 4.3.

Der Gesetzgeber findet sich damit ab, dass ein Aktionär unter Umständen *bis zur ordentlichen GV zuwarten* muss, um seinen Antrag auf Sonderprüfung stellen zu können. In der Verweigerung der Einberufung einer GV dürfe gerade nicht ein Verzicht auf das Erfordernis des Antrags auf Sonderprüfung gesehen werden: «Ein Verzicht auf den Antrag in der Generalversammlung widerspräche dem zentralen Gewicht, das dem Einbezug der Generalversammlung im Verfahren der Sonderprüfung zukommt»³⁵.

Dem VR soll vielmehr die Möglichkeit gegeben werden, anlässlich der GV «seinen Standpunkt in offener Debatte der Gesamtheit der versammelten Aktionäre darzulegen»³⁶. Der VR hat es denn auch nicht in den Händen, das Antragsrecht auf Sonderprüfung zu unterlaufen, muss doch *jährlich eine GV* stattfinden.

Es wurde nicht verkannt, dass der *Antrag* auf Sonderprüfung *nicht traktandierungspflichtig* ist. Jedoch kann die Weigerung zur Einberufung einer a. o. GV ohne Bekanntgabe des Antrags auf Sonderprüfung nicht als Ablehnung ebendieses Antrags gesehen werden. Ansonsten stünde es einem einzelnen Aktionär, der das Quorum von Art. 699 Abs. 3 OR nicht erreicht, offen, mit dem blossen Begehren um GV-Einberufung, bei Nichtbefolgen desselben durch den VR, direkt den Weg an den Richter (Art. 697b OR) zu beschreiten.

M. E. zu Recht betont das Bundesgericht die *Eigenverantwortlichkeit* des Aktionärs, der eine Sonderprüfung wünscht. In der GV muss der Gesellschafter also auf einer Abstimmung beharren und am Antrag festhalten; m. a. W. trifft den Aktionär eine *eigentliche Abstimmungsverfolgungspflicht*: «Wenn die Abstimmung bloss faktisch unterbleibt, ohne dass eine Abstimmungsverweigerung vorliegt, gilt der Antrag nicht als abgelehnt, d. h. der Weg zum Richter steht mangels Abstimmung in der Generalversammlung nicht offen»³⁷.

35 BGE 138 III 250 f. Erw. 4.3.

36 BGE 138 III 251 Erw. 4.3.

37 BGE 138 III 248 Erw. 3.3 a. E.; damit übernahm das Bundesgericht *explizit* eine vom Unterzeichner in seiner Habilitation entwickelte These zum Prozedere der Sonderprüfung (mit entsprechender Verweisung).

d) *BGE 138 III 252 (Urteil 4A_648/2011 vom 4. April 2012³⁸)³⁹*

*Aktienrecht: Voraussetzungen der Sonderprüfung
(Art. 697a und 697b OR)*

In einem weiteren amtlich publizierten Urteil, nunmehr in französischer Sprache, äusserte sich das Bundesgericht zu verschiedenen Aspekten des Sonderprüfungsverfahrens. Nebst der in einem anderen Entscheid⁴⁰ angesprochenen *Subsidiarität* standen weitere *Voraussetzungen* der Sonderprüfung⁴¹ im Fokus des höchsten Gerichts.

Die X. AG als Beschwerdeführerin hielt insgesamt 33,76% des Aktienkapitals der Y. AG als Beschwerdegegnerin. An deren GV vom 25. Juni 2009 verlangte die Beschwerdeführerin die *Einleitung einer Sonderprüfung*. Dieses Begehren wurde von der *GV abgelehnt*. Der Richter bestätigte diesen GV-Beschluss, und anschliessend lehnte ebenfalls das Bundesgericht⁴² ein entsprechendes Begehren ab.

Anlässlich der GV der Beschwerdegegnerin vom 24. Juni 2010 beantwortete der VR mündlich die vorgängig von der Beschwerdeführerin schriftlich gestellten Fragen. Die Beschwerdeführerin beantragte wiederum die *Einleitung einer Sonderprüfung*. Die *GV lehnte ab*, und die Gerichte erster und zweiter Instanz wiesen das Gesuch ebenfalls ab. Vor Bundesgericht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 697b Abs. 2 OR:

Wie das Bundesgericht bereits früher erklärt hatte⁴³, muss sich ein Aktionär, der «eine Sonderprüfung verlangt, [vorgängig] (...) bemühen, die Auskünfte, die er wünscht, zu erhalten, indem er sein Recht auf Auskünfte und Einsicht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen, wie es von Art. 697 OR vorgesehen ist, geltend macht. (...) Der Aktionär muss also zunächst seine Fragen mit einer gewissen Genauigkeit formulieren und sie anlässlich der Generalversammlung an den Verwaltungsrat richten. Die gestellten Fragen müssen zumindest in den grossen Linien denen entsprechen, für welche in der Folge

38 Deutsche Übersetzung: Pra 101 (2012) Nr. 109.

39 Zusammenfassung: GesKR 2012, 462 f.

40 Vgl. dazu vorne II. 1. c).

41 Allg.: PETER V. KUNZ, Schweizerisches Obligationenrecht (...), in: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (2. A. Zürich 2009) N 4a ff. zu Art. 697a OR.

42 BGE 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010: Erw. 3.2.4.

43 BGE 133 III 135 Erw. 3.2; BGE 133 III 461 Erw. 7.5; BGE 123 III 264 Erw. 3a.

die Sonderprüfung verlangt wird. (...) Erhält er keine zufriedenstellende Antwort, ist der Aktionär nicht verpflichtet, gestützt auf Art. 697 Abs. 4 OR den Richter anzurufen; er kann sich alternativ entscheiden, eine Sonderprüfung zu verlangen»⁴⁴.

Zum *Inhalt* der Klage hielt das Bundesgericht fest: «Der Gesuchsteller muss glaubhaft machen, dass ein Verhalten oder Unterlassen der Organe eine bestimmte gesetzliche oder eine statutarische Bestimmung verletzt, und aufzeigen, worin diese Verletzung besteht; eine Sonderprüfung kann *nicht* zur reinen *Ausforschung* verlangt werden in der Hoffnung, dabei auf eine Verletzung zu stossen, von welcher der Gesuchsteller keine Kenntnis hatte. Die Sonderprüfung muss darauf ausgerichtet sein, *konkrete Tatsachen* zu ermitteln, und darf *nicht* auf eine *rechtliche* Beurteilung oder ein *Werturteil* abzielen»⁴⁵.

I. c. hatte die Beschwerdeführerin bereits *mehrfach* die vorgebrachten *Verdächtigungen gewechselt*, was die Diskussionen immer verworrener erscheinen liess, und es gelang ihr nicht, glaubhaft darzulegen, dass eine Verletzung von Gesetz oder Statuten vorlag.

Die Sonderprüfung erweist sich – trotz der regelmässigen Verfahren – als relativ ineffizient in der Wirtschaftsrealität. Nebst der Prävention dient die Sonderprüfung bzw. deren Androhung oftmals als *Druckmittel* gegen VR. In der Praxis sind klägerische Rechtsanwälte ohne spezifische wirtschaftsrechtliche Kenntnis nicht selten *überfordert*. Im Rahmen der anstehenden «grossen Aktienrechtsrevision» soll das Rechtsinstitut (neu: Sonderuntersuchung) bei den *quantitativen* Elementen überarbeitet werden.

e) *BGE 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012*⁴⁶

Aktienrecht: Anfechtung sowie Nichtigkeit von GV-Beschlüssen (Art. 706 ff. OR)

Das Bundesgericht äusserte sich in der Berichtsperiode mehrfach zu den in der Wirtschaftsrealität zentralen aktienrechtlichen *Anfechtungsklagen* (sowie – am Rande – zu den Nichtigkeitsklagen)

⁴⁴ Pra 101 (2012) Nr. 109, 754 Erw. 3.1 mit Verweisung auf BGE 133 III 135 Erw. 3.2.

⁴⁵ Pra 101 (2012) Nr. 109, 750 Regeste; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁴⁶ Zusammenfassung: GesKR 2012, 628 f.; SJZ 109 (2013) 493; ST 87 (2013) 218.

gemäss Art. 706 ff. OR⁴⁷; es handelt sich um einen Kernbereich des Minderheitenschutzes. In diesem amtlich nicht publizierten Entscheid wiederholte «Mon Repos» einige *Grundsätze*, die Prozessanwälte (und Studenten) kennen sollten.

I. c. wollte E. seine *vinkulierten Aktien* an der X. AG (Beschwerdegegnerin) auf A. (Beschwerdeführer) übertragen. Strittig war, ob die Übertragung vor der a. o. GV zustande kam und entsprechend die Beschlüsse aufgrund des «Ausschlusses» des Beschwerdeführers nicht gültig gefasst werden konnten. Das *Bundesgericht* schützte die beweiswürdigen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz, wonach zuhanden der GV nach wie vor E. als Aktionär galt und das Bezugsrecht des Beschwerdeführers *mangels Aktionärsstellung* folglich nicht beschränkt werden konnte.

Bei der *Anfechtungsklage* gilt eine Klagefrist von zwei Monaten (Art. 706a Abs. 1 OR), die eine Verwirkungsfrist darstellt⁴⁸; mit dieser kurzen Frist des Aktienrechts wird angestrebt, die Streitsache «möglichst rasch abzuklären» und Rechtssicherheit zu schaffen⁴⁹. Ein *Nachschieben von Anfechtungsgründen* ist *unzulässig* nach Fristablauf⁵⁰. Eine Abgrenzung von Anfechtungsgründen kann im Einzelfall indes schwierig sein⁵¹.

Zur *Nichtigkeitsklage*: Als Grundsatz sind GV-Beschlüsse von AG «vermutungsweise nur anfechtbar und nicht nichtig», und das Bundesgericht erachtet generell «bei der Annahme von Nichtigkeit (...) Zurückhaltung [als] geboten»⁵². Nichtigkeit muss jederzeit vom Richter *von Amtes wegen* festgestellt werden, doch die höchstrichterliche

47 Vgl. dazu hinten II. 1. f); interessante Äusserungen finden sich ebenfalls im Zusammenhang mit der Sanierungsmassnahme des Kapitalschnittes: Vgl. dazu hinten II. 1. j).

48 BGE 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012: Erw. 3.1.

49 BGE 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012: Erw. 3.1.

50 Der Kläger versuchte, zuerst (innert Frist) die Missachtung des Teilnahmerechts und (später, also: nach Fristablauf) dann auch noch die Einschränkung des Bezugsrechts anzufechten.

51 BGE 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012: «Um zwei unterschiedliche Anfechtungsgründe handelt es sich aber jedenfalls dann, wenn sie nicht nur auf einer unterschiedlichen rechtlichen Argumentation, sondern (...) auch auf verschiedenen Sachverhalten beruhen» (Erw. 3.1).

52 BGE 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012: Erw. 3.3.

Warnung folgt sogleich: «Auf Nichtigkeit kann nur aus zwingenden Gründen erkannt werden (...)»⁵³.

f) *BGE 4A_630/2012 vom 19. März 2013*⁵⁴

Aktienrecht: Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses, konkret: einer Entlastung (Art. 706 f. OR)

Das Bundesgericht machte bzw. bestätigte in der Berichtsperiode in verschiedenen Urteilen rechtliche Aussagen zur *Anfechtungsklage* gemäss Art. 706 f. OR. Dies war ebenso der Fall in diesem französischsprachigen, nicht amtlich publizierten Urteil:

I. c. beurteilte das Bundesgericht eine *Anfechtungsklage* gemäss Art. 706 f. OR der X. AG gegen die Y. AG auf Aufhebung der anlässlich einer GV beschlossenen *Déchargeerteilung* an den VR für das Jahr 2009. Die Vorinstanz des Bundesgerichts, die Cour de Justice des Kantons Genf, bestätigte den Nichteintretensentscheid der ersten Instanz. Begründet wurde dies u. a. damit, dass die *Anfechtungsklage subsidiär* sei zur durch die X. AG gleichzeitig angestregten (und noch pendenten) Verantwortlichkeitsklage gegen zwei Mitglieder des VR der Y. AG, die sich auf dieselben Tatsachen stütze. Ausserdem fehle der X. AG das *Rechtsschutzinteresse* an der Aufhebung des GV-Beschlusses.

Im Entscheid äusserte sich das *Bundesgericht* zunächst allgemein zur *Anfechtungsklage* und hielt fest, dass grundsätzlich jeder Aktionär berechtigt sei, GV-Beschlüsse, die gegen Gesetz oder Statuten verstossen, anzufechten. Die *Anfechtungsgründe* nach Art. 706 Abs. 2 OR seien *nicht abschliessend* («insbesondere»). Die *Gestaltungsklage* sei auf die Aufhebung eines Beschlusses der GV gerichtet – also m. a. W.: kassatorische und nicht reformatorische Wirkung – und wirke gegenüber sämtlichen Aktionären (Art. 706 Abs. 5 OR).

⁵³ BGE 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012: Erw. 3.3; beispielsweise führt die *Beschränkung des Bezugsrechts* durch einen GV-Beschluss *nicht* zu dessen *Nichtigkeit* (a. a. O.).

⁵⁴ NICOLAS FACINCANI/DOMINIC WYSS, *Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses*, GesKR 2013, 416 ff.; Zusammenfassung: GesKR 2013, 439; SJZ 190 (2013) 491; SZW 86 (2014) 219.

Die gegen die AG gerichtete Klage stehe allen Aktionären offen, die ein *rechtlich geschütztes Interesse* an der Aufhebung des angefochtenen Beschlusses geltend machen können. Ein solches Interesse liege vor, wenn sich die Klageguteheissung *positiv auswirke* auf die *Rechtslage* des klagenden Aktionärs⁵⁵. Das Rechtsschutzinteresse müsse dabei weit ausgelegt werden; mithin sei – mit Ausnahme des Rechtsmissbrauchs – ausreichend, wenn die Klage mit der Absicht der Wahrung der *Interessen der Gesellschaft* erhoben werde⁵⁶.

Mit der *Entlastung* durch die GV *verzichte die Gesellschaft* auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen ihre Organe, d. h., eine Guteheissung der Anfechtungsklage würde dazu führen, dass die Y. AG die Möglichkeit erhalte, auch ausserhalb eines Konkurses gegen ihre Organe vorzugehen (Art. 756 OR). Den Entscheid hierzu hat entweder der VR oder die GV zu treffen. Da vorliegend in der GV indes 63,64% des Aktienkapitals für die Déchargeerteilung gestimmt hatten, sei aufgrund Fehlens anderer Hinweise nicht ersichtlich, dass die GV in einem neuen Beschluss anders entscheiden würde⁵⁷. Anderslautende (hypothetische) Überlegungen könnten höchstens dann in Erwägung gezogen werden, wenn der GV-Beschluss nur sehr knapp zustande gekommen wäre.

Zur Möglichkeit, dass bei nicht erfolgter Décharge der VR eine Verantwortlichkeitsklage anstrengen könnte, hielt das Bundesgericht fest, dieses Organ sei *nur wenig geneigt*, eine Verantwortlichkeitsklage gegen sämtliche oder nur einzelne seiner Mitglieder anzuhängen⁵⁸. Die Beschwerdeführerin hatte behauptet, der VR der Y. AG

55 BGE 4A_630/2012 vom 19. März 2013: «[C]elui qui l'intente doit posséder un *intérêt juridique personnel* à l'annulation de la décision litigieuse, en ce sens que la constatation ou la modification demandée *doit lui être utile*, en ayant des *effets positifs* sur sa situation juridique (...)» (Erw. 3.1); Hervorhebungen hinzugefügt.

56 BGE 4A_630/2012 vom 19. März 2013: «Cependant, il convient de donner une *définition large* d'un tel intérêt, puisque la jurisprudence considère comme suffisant, sauf abus de droit, *l'intention de préserver les intérêts de la société*» (Erw. 3.1); Hervorhebungen hinzugefügt.

57 BGE 4A_630/2012 vom 19. März 2013: «À défaut d'autres éléments, on ne voit pas que l'assemblée générale puisse refuser la décharge dans un nouveau vote» (Erw. 3.2).

58 BGE 4A_630/2012 vom 19. März 2013: «De manière générale, un conseil d'administration *sera peu enclin* à ouvrir action en responsabilité contre tous ou partie de ses membres» (Erw. 3.2); Hervorhebung hinzugefügt.

bestehe nicht mehr aus denselben Mitgliedern, sodass eine Klageeinreichung nicht abwegig wäre⁵⁹.

Schliesslich berief sich die Beschwerdeführerin auf den *Gesellschafterschutz* (Minderheitenschutz) bei AG⁶⁰. Das Bundesgericht erkannte indes, dass die Minderheitsaktionärin X. AG in ihren Rechten durch die von den Mehrheitsaktionären gefasste Entlastung *nicht eingeschränkt* werde, stehe es ihr doch nach *Art. 758 Abs. 2 OR* ausdrücklich zu, innert sechs Monaten – auch ausserhalb des Konkurses – eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe der Gesellschaft zu erheben, da sie dem Beschluss *nicht zugestimmt* hatte.

Im Ergebnis könne die Gutheissung der Anfechtungsklage die rechtliche Stellung der X. AG *nicht positiv beeinflussen*, sodass ihr das *Rechtsschutzinteresse fehle*. Das Bundesgericht wies die Klage ab, soweit es überhaupt darauf eintrat.

g) *BGE 138 III 166 (Urteil 4A_630/2011 vom 7. März 2012)*⁶¹⁶²

*Aktienrecht: Behebung von Organisationsmängeln;
Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens
(Art. 731b OR und Art. 250 ZPO)*

Art. 731b OR sieht *unterschiedliche «Sanktionen»* infolge von Organisationsmängeln vor. Am weitesten geht ohne Zweifel die im Gesetz vorgesehene *Auflösungsklage*. Das Bundesgericht hatte in diesem französischsprachigen, amtlich publizierten Urteil die Frage zu entscheiden, ob eine solche Klage im *summarischen Verfahren* möglich ist.

X. und Y. (Beschwerdeführer) beantragten gestützt auf Art. 731b OR die *Auflösung* der Z. AG (Beschwerdegegnerin). Ihr Rechtsbegeh-

⁵⁹ Das Bundesgericht erkannte jedoch, es handle sich bei dieser Behauptung um eine *neue Tatsache*, die von der *Vorinstanz nicht festgestellt* worden sei und deren Vorbringen folglich im bundesgerichtlichen Verfahren unzulässig sei; somit konnte die Beschwerdeführerin nicht nachweisen, dass sich der (angeblich neu zusammengesetzte) VR für das Ergreifen einer Verantwortlichkeitsklage entscheiden würde.

⁶⁰ Die Beschwerdeführerin berief sich auf die Habilitationsschrift des Unterzeichners, was jedoch i. c. unbehelflich war (BGE 4A_630/2012 vom 19. März 2013: Erw. 3.2).

⁶¹ Deutsche Übersetzung: Pra 101 (2012) Nr. 102.

⁶² Zusammenfassung: GesKR 2012, 464; SJZ 108 (2012) 518; ST 87 (2013) 220; ZBJV 150 (2014) 21.

ren begründeten die beiden Beschwerdeführer damit, dass sie zusammen die Hälfte des Aktienkapitals der Gesellschaft besitzen, während sich die andere Hälfte im Eigentum des einzigen VR der AG befinde. Obwohl i. c. die Wahldauer bloss ein Jahr sei, könne aufgrund der *Pattsituation* des Aktionariats *kein VR gewählt* werden. Die Gesellschaft sei folglich ohne Organe.

Das Verfahren wurde erstinstanzlich auf die *Zulässigkeit des Auflösungsbegehrens* beschränkt. Fraglich war, ob die Gesellschaftsauflösung gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR unter Art. 250 ZPO zu subsumieren sei, sodass eine solche Streitigkeit ebenfalls im *summarischen Verfahren* entschieden werden dürfe. Während Art. 731b OR nämlich drei Arten von Massnahmen vorsieht, werden im Rahmen von Art. 250 ZPO nur zwei auf Art. 731b OR gestützte Massnahmen ausdrücklich dem summarischen Verfahren unterstellt; die *Auflösung der Gesellschaft* wird in Art. 250 ZPO nicht aufgeführt.

Das Bundesgericht zeigte sich in seinem Urteil «grosszügig». Art. 731b OR bezwecke nämlich, dem Richter einen *grossen Spielraum* in Bezug auf die konkrete Behebung von Organisationsmängeln zu belassen. Dies bedeute insbesondere, dass ein Gericht von den *Partei-begehren abweichen* kann. Es könne somit nicht der Logik von Art. 731b OR entsprechen, auf die verschiedenen denkbaren Massnahmen zwei verschiedene Verfahrensarten anzuwenden. Insofern sei die in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR vorgesehene *Gesellschaftsauflösung* ebenfalls im *summarischen Verfahren* möglich⁶³.

h) *BGE 138 III 294 (Urteil 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012)*⁶⁴

*Aktienrecht: Gerichtliches Organisationsmängelverfahren
(Art. 731b OR)*

In einem weiteren Urteil betreffend *Organisationsmängel* äusserte sich das Bundesgericht zu den möglichen bzw. zulässigen Mass-

63 BGE 138 III 173 Erw. 3.9 a. E.: «En conclusion, il faut comprendre l'art. 250 let. c ch. 6 et 11 CPC en ce sens que les mesures destinées à remédier aux carences dans l'organisation de la société relèvent toutes de la procédure sommaire, en particulier la dissolution prévue par l'art. 731b al. 1 ch. 3 CO.»

64 Zusammenfassung: GesKR 2012, 463 f.; SJZ 108 (2012) 518; ST 87 (2013) 219 f.; SZW 85 (2013) 172 u. 175 f.

nahmen, die ergriffen werden dürfen, wenn infolge einer *Pattsituation* in einer *Zweipersonengesellschaft* – ein wahrlich nicht seltener Fall in der Wirtschaftsrealität – die Revisionsstelle nicht (mehr) gewählt werden kann. Massgeblicher «Leitstern» ist das *Verhältnismässigkeitsprinzip*:

Der Präsident des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen löste gestützt auf einen entsprechenden Antrag des Handelsregisteramtes des Kantons St. Gallen (Beschwerdegegner) mit Entscheid vom 27. Mai 2011 die X. AG (Beschwerdeführerin) aufgrund eines *Organisationsmangels* auf. A. X., Präsident des VR, sowie Mitaktionär B. lagen seit mehreren Jahren im Streit der Zweipersonengesellschaft, wodurch an der ordentlichen GV vom 10. Dezember 2010 kein einziger Beschluss gefasst wurde und es auch unmöglich war, eine Einigung betreffend die *Wahl einer Revisionsstelle* zu finden. Die durch die Beschwerdeführerin dagegen eingereichte Beschwerde hiess das Bundesgericht gut und begründete dies ausführlich.

Aufgrund der Interessen von Dritten sowie der Öffentlichkeit ist das Gericht bei einem Verfahren nach Art. 731b OR an die *Partei-anträge nicht gebunden*, d. h. es herrscht der Offizialgrundsatz. Jedoch stehen die in Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen in einem «Stufenverhältnis». Dabei sollen mildere Massnahmen gegenüber den drastischeren bevorzugt werden. Die *Auflösung* der Gesellschaft ist somit als «*ultima ratio*» zu betrachten:

«Beantragt ein Aktionär gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR die Auflösung der Gesellschaft, hat der Richter bei der Ausübung seines Ermessens zu beachten, dass die strengeren Voraussetzungen der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR nicht unterlaufen werden. Denn in den Gesetzesmaterialien finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit Art. 731b OR die Möglichkeit einer erleichterten Auflösung von Aktiengesellschaften schaffen wollte»⁶⁵.

Zur *Interessenabwägung* wurde festgehalten: «Zu beachten ist (...) nicht nur das Interesse des klagenden Aktionärs, sondern auch das der *übrigen Aktionäre* und *weiteren Anspruchsgruppen* (nament-

65 BGE 138 III 299 f. Erw. 3.1.6.

lich der Arbeitnehmer) am Fortbestand der Gesellschaft, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Aktiengesellschaft eine Kapital- und nicht eine Personengesellschaft ist, so dass – jedenfalls bei grösseren Gesellschaften – grundsätzlich nur die *finanziellen* Interessen der Aktionäre massgeblich sind. Am Ende des Abwägungsprozesses muss sich eine Situation präsentieren, die derart gravierend ist, dass der Fortbestand der Gesellschaft nach *Treu und Glauben* als *nicht mehr tragbar* erscheint, die beklagte Gesellschaft mithin ihr Existenzrecht verwirkt hat und verschwinden muss»⁶⁶.

I. c. handelte es sich bei der Beschwerdeführerin um ein *finanziell gesundes Unternehmen*, was ebenfalls gegen eine Auflösung sprach. Das Bundesgericht erblickte im Entscheid der Vorinstanz eine *Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips*. Die Ansicht der Vorinstanz gehe fehl, wonach die Beschwerdeführerin aufgrund der Handlungsunfähigkeit, herbeigeführt durch eine ständige Pattsituation, nicht in der Lage sei, den Kostenvorschuss für die zu ernennende Revisionsstelle zu bezahlen, denn sie konnte zumindest durch den *Präsidenten* des VR mit *Einzelzeichnungsberechtigung* gültig vertreten werden.

A. X. versuchte mittels Art. 731b OR ein Resultat zu erreichen, das grundsätzlich mit der *Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR* anzustreben wäre. Für die Gutheissung der Auflösungsklage wird vorausgesetzt, dass das *klägerische Interesse* an der Auflösung dasjenige der anderen Aktionäre und weiteren Anspruchsgruppen (Gläubiger, Arbeitnehmer) am Fortbestand der Gesellschaft *überwiegt*. Vorliegend würde mit der Auflösung der Gesellschaft mithin nicht nur das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt, sondern auch die in der Rechtsprechung entwickelten *strengen* Voraussetzungen von Art. 736 Ziff. 4 OR.

Das Bundesgericht hat richtigerweise erkannt, dass *keine* «*Aushebelung*» von Art. 736 Ziff. 4 OR durch Art. 731b OR erfolgen darf, d. h., die Hürden (sprich: Tatbestandsvoraussetzungen) werden für beide Klagen als ähnlich ausgestaltet betrachtet. M. E. gewähren die beiden Klageverfahren ausserdem den *Gerichten identisches Rechts-*

66 BGE 138 III 300 Erw. 3.1.6; Hervorhebungen hinzugefügt.

folgermessen, was bis anhin vor Bundesgericht jedoch kaum jemals spezifisch thematisiert wurde⁶⁷.

i) *BGE 4A_522/2011 vom 13. Januar 2012*⁶⁸

Aktienrecht: Interessenkonflikt als Organisationsmangel, notabene aufgrund einer Doppelorganschaft im Konzernverhältnis (Art. 731b OR; Art. 754 OR)

Die Publikation von *BGE 4A_522/2011* erfolgte als «Urteil vom 13. Januar 2011»⁶⁹ – aus diesem Grund wurde dieser Entscheid bereits für die Berichtsperiode 2010/2011 besprochen⁷⁰; tatsächlich ist das korrekte Datum *13. Januar 2012*, sodass eine Rezension in der vorliegenden Publikation vorzunehmen wäre. Eine «Verdoppelung» durch den Unterzeichner soll indes unterbleiben, sodass auf die früheren Ausführungen *verwiesen* wird.

Zusammenfassend immerhin: In Konzernen kommen oft sog. *Doppelorganschaften* vor, indem beispielsweise ein VR-Mitglied der Obergesellschaft gleichzeitig im VR einer Tochtergesellschaft sitzt. Das Bundesgericht hielt – anders als die Vorinstanz – fest, dass solche Doppelorganschaften *keinen Organisationsmangel* im Sinne von Art. 731b OR darstellen⁷¹, obwohl durchaus Interessenkonflikte gegeben sein können⁷².

67 Immerhin: BGE 138 III 299 Erw. 3.1.4 a. A. m. w. H.; auf der einen Seite: Art. 731b Abs. 1 OR – «erforderliche Massnahmen» sowie «insbesondere»; auf der anderen Seite: Art. 736 Ziff. 4 OR – Gesellschaftsauflösung oder «andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung»; zum letzteren Themenkomplex bereits: PETER V. KUNZ, Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR (...), in: Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz (Bern 1998) 235 ff.; ein Tipp an den *wissenschaftlichen Nachwuchs*: Der Unterzeichner kann sich gut vorstellen, dass ein Vergleich der beiden «Mehr-oder-weniger Auflösungsklagen» gemäss Art. 731b OR bzw. Art. 736 Ziff. 4 OR ein *spannendes Dissertationsthema* wäre.

68 Zusammenfassung: GesKR 2012, 143; SJZ 108 (2012) 517; ST 87 (2013) 220.

69 Dieses *falsche Datum* findet sich nach wie vor in der Bundesgerichtssammlung.

70 ZBJV 149 (2013) 114 f. m. w. H.

71 BGE 5A_522/2011 vom 13. Januar 2012: Erw. 2.2.

72 Es handelt sich um einen wichtigen *konzernorganisationsrechtlichen* Entscheid, der im Grossen und Ganzen den Status quo in der Wirtschaftsrealität bestätigt; m. E. können (und müssen) solche unbestreitbaren *Interessenkonflikte des «doppelten Pflichtnexus»* anders gelöst werden als mittels Art. 731b OR.

- j) *BGE 138 III 204 (Urteil 4A_288/2011 / 4A_290/2011 vom 13. Februar 2012)*⁷³

Aktienrecht: Kapitalschnitt auf null mit anschliessender Wiedererhöhung des Aktienkapitals zum Zwecke der Sanierung («Harmonika», Art. 732a Abs. 1 OR).

Ein zentrales gesellschaftsrechtliches Thema stellen *Sanierungsprobleme* dar – nicht allein in rezessiven Wirtschaftsphasen. Insbesondere im Zusammenhang mit Art. 725 f. OR haben VR von krisengeplagten bzw. -geschüttelten Unternehmungen diverse Fragen zu Sanierungen, zur «Bilanzdeponierung» etc. zu beantworten⁷⁴.

Eine praxisrelevante *Sanierungsmassnahme* ist die sog. «*Harmonika*», die mit *Art. 732a OR* im Jahr 2005 vom Gesetzgeber neu umschrieben wurde. Im Rahmen dieser Sanierungsmassnahme wird das *Aktienkapital auf null herabgesetzt* und gleichzeitig *wieder erhöht* (mit neuen Vermögenswerten), wobei die ausgegebenen Aktien zu vernichten sind⁷⁵. Das Bundesgericht hat nunmehr wichtige *Leitplanken* umschrieben:

I. c. wurde die X. Holding AG (Beklagte) als Auffanggesellschaft eines konkursiten Unternehmens durch Aufbringung des Aktienkapitals von CHF 500000 durch Z. (Kläger) sowie zwei weitere Aktionäre im Umfang von je 10% und Y. als Mehrheitsaktionär von 70% gegründet. Als ihr Ende 2006 wegen *Überschuldung* die *Benachrichtigung des Richters drohte*, konnte dies aufgrund des von Mehr-

⁷³ RAINER BAISCH/ROLF H. WEBER, Aktienrechtliche Restriktionen bei der Kapitalherabsetzung mit anschliessender Kapitalerhöhung als Sanierungsmassnahme – Folgen einer nicht harmonischen Harmonika, Besprechung des Urteils 4A_288/2011/4A_290/2011 des schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Februar 2012, GesKR 2012, 274 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE/RALPH STRAESSLE, Der Sanierungszweck als Voraussetzung des Kapitalschnitts auf Null, Urteil 4A_288/2011 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Februar 2012 i. S. X-AG (Beklagte und Beschwerdeführerin) gegen Z (Kläger und Beschwerdeführer), SZW 84 (2012) 253 ff.; CHRISTOPH HURNI, Voraussetzungen einer Sanierungsharmonika (...), ZBJV 148 (2012) 363 ff.; Zusammenfassung: GesKR 2012, 317; AJP 21 (2012) 1150; ST 87 (2013) 218; SZW 85 (2013) 168 f. u. 172.

⁷⁴ Übersicht: PETER V. KUNZ, Sanierungen von Kapitalgesellschaften: Wann und wie kann oder muss saniert werden?, recht 32 (2014) 175 ff.

⁷⁵ Hierzu: Art. 732a Abs. 1 Satz 2 OR; in erster Linie ging es mit der Gesetzesrevision darum, die früheren «*Phantomaktien*» *abzuschaffen* (ehemals: BGE 121 III 420).

heitsaktionär Y. erklärten Rangrücktritts schliesslich vermieden werden. In der a. o. GV der Gesellschaft vom 18. Februar 2008 wurden schliesslich folgende *Beschlüsse* gefasst:

- «1. Herabsetzung des Aktienkapitals von bisher Fr. 500 000.–, eingeteilt in 500 Namenaktien zu nominal Fr. 1000.–, um Fr. 500 000.– auf Fr. 0.– durch Abschreibung und Vernichtung sämtlicher Aktien;
2. Wiedererhöhung des Aktienkapitals auf 500 neue Namenaktien zu nominal je Fr. 1000.–, zu liberieren durch Verrechnung mit einem Aktionärsdarlehen im Betrag von Fr. 500 000.–, wobei die neuen Aktien den bisherigen Aktionären im Verhältnis ihres bisherigen Aktienbesitzes zur Zeichnung anzubieten sind und nicht ausgeübte Bezugsrechte durch den Verwaltungsrat bisherigen Aktionären oder Dritten zugewiesen werden können;
3. Ersatz des herabgesetzten Kapitals bis auf die bisherige Höhe durch voll einbezahltes Aktienkapital;
4. Beauftragung des Verwaltungsrats mit der Durchführung der Kapitalerhöhung und der entsprechenden Anmeldung beim Handelsregister innerhalb der gesetzlichen Frist von drei Monaten;
5. Abwahl des Klägers aus dem Verwaltungsrat»⁷⁶.

Der Kapitalerhöhungsbericht hielt fest, dass nur ein Aktionär von seinem Bezugsrecht Gebrauch machte und der Präsident des VR auf eine Forderung gegenüber der Gesellschaft im Umfang von CHF 3,75 Mio. verzichtete.

Der Kläger stellte sowohl vor dem *Bezirksgericht* wie dem *Kantonsgericht* als Appellationsgericht die Anträge, die in der a. o. GV gefassten Beschlüsse 1–4 seien als nichtig, eventualiter kraft Anfechtung als ungültig zu erklären. Beide Instanzen wiesen die Anträge ab. Das *Bundesgericht* heisst die entsprechende Beschwerde des Klägers gut.

Es führte aus, dass die Möglichkeit eines Kapitalschnitts auf null gemäss Art. 732a Abs. 1 OR auf Fälle beschränkt sei, in denen die Kombination einer Kapitalherabsetzung mit einer Kapitalerhöhung dem *Zwecke der Sanierung* diene. Vorliegend erachtete das Bundesgericht die Sanierungsbedürftigkeit der Beklagten als ausgewiesen. Jedoch vermochte der beschlossene Kapitalschnitt mit Wiedererhöhung auf das ursprüngliche Aktienkapital die *Überschuldung* der Beklagten *lediglich zu mildern*, nicht aber zu beseitigen.

Ist der Begriff des Sanierungszwecks i. S. v. Art. 732a Abs. 1 OR im Gesetz nicht näher definiert, so verlangt die Lehre, dass die Sanierung auf den *Fortbestand der Gesellschaft* und die *Verhinderung der Liquidation* abzielt. Bei einer überschuldeten Gesellschaft muss das Ziel von Sanierungsmassnahmen sein, die Gesellschaft mindestens in einen Zustand zu versetzen, durch welchen die Anrufung des Richters (Art. 725 Abs. 2 OR) unabhängig von allfälligen Rangrücktritten vermieden werden kann⁷⁷.

Die *Aktionäre*, die für die Beschlussfassung über einen Kapitalschnitt auf null mit anschliessender Wiedererhöhung des Aktienkapitals zuständig sind, können nur einen «informierten Entscheid»⁷⁸ über die Ausübung ihres Bezugsrechts (und somit für die Frage, ob sie weiterhin an der *Gesellschaft partizipieren* wollen) treffen, wenn ihnen das *Sanierungskonzept* des VR bekannt ist. Eine Entscheidung ohne entsprechende Kenntnis komme einer unzulässigen *Beschränkung des Bezugsrechts* nach Art. 732a Abs. 2 OR gleich.

I. c. wurden an der GV keine Informationen über *weitere Sanierungsmassnahmen* präsentiert. Entsprechend führte das Bundesgericht aus, dass die Aktionäre an der a. o. GV schlicht nicht beurteilen konnten, ob die beantragte «Harmonika» einen Sanierungszweck aufwies, sodass ihnen die erforderliche Grundlage fehlte, zu entscheiden, ob sie überhaupt weiterhin an der Gesellschaft partizipieren wollten⁷⁹.

Mangels der notwendigen Voraussetzungen eines Kapitalschnitts auf null gemäss Art. 732a Abs. 2 OR erachtete das Bundesgericht das Vorgehen der Beklagten als rechtswidrig und somit als *anfechtbar* (nicht: nichtig) gemäss Art. 706 f. OR⁸⁰. Die Anfechtungsklage durch den Kläger wurde rechtzeitig erhoben, sodass die ange-

77 BGE 138 III 210 Erw. 3.3.3: «Der Verwaltungsrat muss somit über ein *Sanierungskonzept* verfügen, das ihn unabhängig von allfälligen Rangrücktrittserklärungen von der Pflicht zur Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR entbindet»; Hervorhebung hinzugefügt.

78 BGE 138 III 211 Erw. 3.3.3.

79 BGE 138 III 211 Erw. 3.3.3.

80 Leser, denen die Unterschiede zwischen *Anfechtungsklagen* (Art. 706 f. OR) sowie *Nichtigkeitsklagen* (Art. 706b OR) im Aktienrecht – beispielsweise in Bezug auf die Fristwahrung – nicht (mehr) bewusst sind, sollten die allgemeinen Ausführungen des Bundesgerichts lesen: BGE 138 III 211 ff. Erw. 4.1/Erw. 4.2.

fochtenen Beschlüsse der Generalversammlung rückwirkend aufgehoben werden konnten.

M. E. verdient das Bundesgericht durchaus Zustimmung für dieses Urteil. *Sanierungsmassnahmen* dürfen *nicht einfach ad hoc* vorgeschlagen bzw. beschlossen werden, ansonsten Benachteiligungen von (Minderheits-)Aktionären drohen⁸¹. Nicht zuletzt muss das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden. Es kann sogar gesagt werden, dass Sanierungen – etwas trivialisiert – sozusagen ein «*Gesamtkunstwerk*» darstellen.

k) *BGE 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012*⁸²

Aktienrecht: Verantwortlichkeitsklage wegen «Fortführungsschaden» infolge Konkursverschleppung (Art. 754 ff. OR)

Ein weiteres zentrales Sanierungsthema wurde mit diesem nicht amtlich publizierten Urteil angesprochen, nämlich die *Rechtsfolgen gescheiterter Sanierungsbemühungen*. Wenn der unvermeidliche Gesellschaftskonkurs hinausgezögert wird, kann dies den Schaden durchaus vergrössern («Fortführungsschaden»), was für den im Zusammenhang mit Art. 725 OR verantwortlich gewordenen VR teurer werden kann.

I. c. bestätigte die A. AG, dass zugunsten der X. AG (Beschwerdeführerin), welche sie zur Entwicklung einer Software beigezogen hatte, offene Rechnungen bestünden, wobei diese Schuldanererkennung unter Vorbehalt der Fertigstellung dieser Software stand⁸³. Die Gesellschaft kam den monatlich vereinbarten Raten zur Zahlung des offenstehenden Betrages nicht nach und fiel in Konkurs. Die Beschwerdeführerin liess sich die Ansprüche durch die *Gläubigergemeinschaft abtreten* und machte diese gegen die Beschwerdegegner als Organe der Aktiengesellschaft geltend, scheiterte bei der Geltendmachung aber sowohl vor dem *Bezirksgericht* wie auch vor dem *Obergericht*.

81 Ein *Sanierungskonzept* ist im Rahmen von Art. 732a OR zum *aktienrechtlichen «must»* geworden.

82 Zusammenfassung: GesKR 2012, 316; SJZ 108 (2012) 517; ST 87 (2013) 216 f.

83 BGE 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012: Erw. 2.4.1.

Das *Bundesgericht* bestätigte mit seinem Entscheid die bisherige Praxis im Rahmen von Art. 754 ff. OR: «Der sogenannte *«Fortführungsschaden»* zufolge *Konkursverschleppung* besteht in der Differenz zwischen der tatsächlich eingetretenen Überschuldung der Konkursitin und jener, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte (...), das heisst bei rechtzeitiger Benachrichtigung des Richters (Art. 725 Abs. 2 OR)»⁸⁴.

Es muss indes ein *doppelter Vorwurf* an den VR im Zusammenhang mit einem Konkursverschleppungsschaden gemacht werden können, nämlich wie folgt: «Dass in diesem früheren Zeitpunkt für den Verwaltungsrat die *Besorgnis* einer Überschuldung begründet ist (...), reicht hierfür nicht aus. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass die nach Art. 725 Abs. 2 OR zu erstellende Zwischenbilanz sowohl zu Fortführungs- als auch zu Liquidationswerten *objektiv eine Überschuldung* ausweist»⁸⁵.

Umstritten ist, ob zwischen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen (Art. 754 ff. OR) einerseits sowie schuldbetreibungsrechtlichen Anfechtungsansprüchen (Art. 285 ff. SchKG) andererseits *echte Anspruchskonkurrenz* besteht oder nicht; sozusagen obiter wurde dies zwar bezweifelt («fraglich»), doch die Frage bleibt offen⁸⁶.

Mit diesem Urteil bestätigte und baute das Bundesgericht seine *umfangreiche Verantwortlichkeitspraxis* der letzten Jahre weiter aus⁸⁷. M. E. dürfen die Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 754 ff. OR *keine Garantiefunktion* von VR voraussetzen. Insofern erscheint nachvollziehbar, dass die Business Judgment Rule, der gegenüber der Unterzeichner kritisch ist⁸⁸, regelmässig als Verteidigung angeführt wird⁸⁹.

⁸⁴ BGE 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012: Erw. 2.1 a. A.; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁸⁵ BGE 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012: Erw. 2.2.2; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁸⁶ BGE 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012: Erw. 3.2.

⁸⁷ In einem anderen Entscheid, der nicht amtlich publiziert wurde, geht es um *genossenschaftsrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche*: BGE 4A_60/2012 vom 30. Juli 2012; die bundesgerichtliche Praxis zum «Fortführungsschaden» gelangt ebenfalls bei *Genossenschaften* zur Anwendung (a. a. O. Erw. 3).

⁸⁸ Vgl. dazu hinten II. 1. n) a. E.

⁸⁹ Das Bundesgericht äusserte sich im Berichtszeitraum – wie bereits erwähnt – mehrfach zur Thematik: Vgl. dazu hinten II. 1. l), n), p) und u).

1) *BGE 139 III 24 (Urteil 4A_375/2012 vom 20. November 2012)*⁹⁰

Aktienrecht: Verantwortlichkeitsklage gestützt auf Verletzung der Treuepflicht durch missbräuchliche Prozessführung (Art. 754 ff. OR; Art. 717 OR)

Besonders störend unter dem Aspekt des *Minderheitenschutzes* ist der Fall, dass sich ein irgendwie in Frage gestellter VR angeblich «für die AG» – tatsächlich allerdings aus Eigeninteresse – «zur Wehr setzt» gegen Aktionäre und in diesem Zusammenhang *prozessiert*, notabene auf *Gesellschaftskosten*. Solche (oder ähnliche) Sachverhalte kommen in der Wirtschaftsrealität leider nur allzu oft vor. Erstmals hat sich nun aber das Bundesgericht mit einem solchen *Missbrauchszenario* befasst und *Schranken* aufgezeigt:

Im Jahr 1998 fusionierte die X. AG (Beschwerdegegerin) mit ihrer Tochtergesellschaft, der Z. AG, indem sie deren Aktiven und Passiven übernahm. Im Anschluss ersuchte sie die VR-Mitglieder der Y. Beteiligungen AG (Beschwerdeführer) um *Übertragung* der Y. Aktien von der Z. AG auf sich selbst, was die Beschwerdeführer verweigerten.

Eine *Klage auf Eintragung* ihrer 2530 Namenaktien im Aktienbuch der Y. Beteiligungen AG hiess das Handelsgericht erstinstanzlich vollumfänglich gut. Das Bundesgericht wies mit Urteil aus dem Jahr 2003⁹¹ die von der Y. Beteiligungen AG dagegen erhobene Berufung ab und erkannte, dass die Beschwerdeführer durch die *verweigerte Aktienbucheintragung* gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 717 Abs. 2 OR verstossen und entgegen dem Gesellschaftsinteresse gehandelt habe.

90 DANIEL BRUGGER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, Bundesgerichtsurteil 4A_375/2012 vom 20. November 2012 in Sachen Lorze AG gegen die Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG (publiziert als BGE 139 III 24), SZW 85 (2013) 178 ff.; LINO HÄNNI, Dommage indirect et intérêt social, GesKR 2013, 274 ff.; ELIAS BISCHOF, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei Beschlüssen auf Grundlage eines Rechtsgutachtens, SJZ 110 (2014) 97 ff.; Zusammenfassung: SJZ 109 (2013) 494; ST 87 (2013) 217 f.; die gleichen bundesgerichtlichen Ausführungen finden sich in BGE 4A_373/2012, der aufgrund der separaten Beschwerdeerhebung einzelner VR-Mitglieder der Y. Beteiligungen AG (Beschwerdeführerinnen) vorliegt.

91 BGE 4C_242/2001 vom 5. März 2003.

Der vorliegende Entscheid basiert auf dem Begehren der Beschwerdegegnerin, es seien die Beschwerdeführer solidarisch zu verpflichten, der Y. Beteiligungen AG einen Betrag von mind. CHF 1,2 Mio. zu bezahlen. Den *Schaden* begründete die Beschwerdegegnerin damit, dass der Y. Beteiligungen AG infolge der vom VR geführten *gerichtlichen Auseinandersetzung* um Eintragung der besagten 2530 Namenaktien in Form von Gerichtsgebühren, Parteientschädigungen sowie weitere Kosten entstanden waren.

Die zentrale Frage war, ob die Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Prozessführungsentscheids *hinreichende Gründe* zur Annahme hatten, dass ihr Standpunkt im Prozess obsiegen könnte, oder ob sie damit rechnen mussten, dass die Verweigerung der Eintragung als *missbräuchlich* beurteilt würde. Das Bundesgericht führte aus: «Mit einer entsprechenden Beurteilung mussten sie in guten Treuen nur dann nicht rechnen, wenn sie sachliche, im Gesellschaftsinteresse stehende Gründe hatten, die Eintragung zu verweigern»⁹².

Gemäss Bundesgericht fehlte es aber genau daran. Die Absicht, den Einfluss eines Minderheitsaktionärs zurückzudrängen, stand nicht innerhalb des Vinkulierungszwecks und war nicht zu erreichen. Den Beschwerdeführern musste bereits *vor dem Prozess bewusst* sein, dass die durch die Fusion entstandene Situation in missbräuchlicher Weise dazu diene, die zur Mehrheitsgruppe gehörenden Aktionäre zu bevorzugen. Es gab *keine sachlichen, im Gesellschaftsinteresse* liegenden Gründe für eine Eintragungsverweigerung:

«Die missbräuchliche Führung eines Gerichtsverfahrens kann grundsätzlich einen Verstoss gegen die Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR darstellen. Erscheint ein Prozess *von vornherein als aussichtslos*, muss mit den entsprechenden *Kostenfolgen* im Falle des Unterliegens gerechnet werden, was dem Gesellschaftsinteresse zuwiderläuft»⁹³. Vorliegend lag die *Eintragungsverweigerung* eindeutig im *Interesse der Mehrheit* der Aktionäre und nicht im Gesellschaftsinteresse. Die Vorinstanz erkannte somit zu Recht, dass die

92 BGE 139 III 28 Erw. 3.4.

93 BGE 139 III 26 f. Erw. 3.3; Hervorhebungen hinzugefügt.

Führung des Gerichtsverfahrens durch die Beschwerdeführer missbräuchlich war⁹⁴.

Der Unterzeichner hat sich bereits im Detail mit diesem Bundesgerichtsurteil auseinandergesetzt, worauf verwiesen wird⁹⁵. Der vorliegende Entscheid, wonach ein VR, der in erster Linie aus Eigeninteresse (z. B. als blosser Verzögerungstaktik zur Jobsicherung), indes nichtsdestotrotz auf Gesellschaftskosten prozessiert, verantwortlich werden kann, dürfte m. E. *präventive Wirkung* zeigen. BGE 139 III 24 stellt einen *Weckruf* dar: VR-Mitglieder sollten sich in Zukunft in Acht nehmen⁹⁶ und evtl. Absicherungsmassnahmen treffen⁹⁷.

m) *BGE 4A_381/2012 vom 8. November 2012*⁹⁸

*Aktienrecht: Verantwortlichkeit eines Finanzchefs
bzw. CFO als faktisches Organ (Art. 754 ff. OR)*

Wer den Entscheid zu lesen beginnt, mag sich fragen, ob in der Schweiz nun plötzlich *Sammelklagen* zulässig sind. Als Beschwerdeführer werden nämlich aufgeführt: «X. – und 101 Mitbeteiligte». Prozedural ist der Fall verwirlich, nicht zuletzt infolge zahlreicher «*Unsorgfältigkeiten*» in der *Prozessführung*, die das Bundesgericht gnadenlos hervorhob.

94 Das Bundesgericht sprach sich – ohne Erwähnung des Begriffs – für die Anwendbarkeit der *Business Judgment Rule* aus: «Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen ist» (BGE 139 III 26 Erw. 3.2 a. E.).

95 PETER V. KUNZ, Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse? Einige Bemerkungen zu BGE 139 III 24, Jusletter vom 3. Juni 2013, v. a. Rz. 26 ff.

96 *Rechtsanwälte*, die solche missbräuchlichen Verfahren auf Kosten der Gesellschaft führen, sollten ebenfalls bedenken, dass sie – zumindest in Ausnahmefällen – als *materielle Organe* zur Verantwortung gemäss Art. 754 ff. OR gezogen werden könnten, d. h., Anwälte müss(t)en die Führung von Prozessen, die nicht im Interesse der mandatierenden Gesellschaft liegen, aber von ihr honoriert werden, ablehnen.

97 Eine Möglichkeit besteht darin, in einem *unabhängigen (Rechts-)Gutachten* – also nicht von den eigenen Rechtsanwältinnen – die eigenen Prozesschancen abschätzen zu lassen, sodass eine ausreichende Informationsbasis zur Anwendbarkeit der *Business Judgment Rule* gegeben ist.

98 Zusammenfassung: GesKR 2013, 134.

Der Grossaufwand muss überraschen, verlangten die Beschwerdeführer doch lediglich einen Schadenersatz in Höhe von «Fr. 63 900.– nebst Zins seit 5. Mai 1997 und Fr. 297 Weisungskosten». Doch vermutlich ging es der klägerischen Seite «ums Prinzip». Als Anspruchsgrundlagen wurden vorgebracht: Anfechtung gemäss Art. 286 f. SchKG, Delikt sowie *aktienrechtliche Verantwortlichkeit* gemäss Art. 754 ff. OR.

Sämtliche klägerischen Vorbringen wurden durch alle Instanzen aus Beweisgründen abgeschmettert. Im Rahmen dieser Hinweise ist immerhin interessant, dass der Beschwerdegegner, der ehemalige *Finanzchef (CFO)* einer AG, als *faktisches Organ* thematisiert wurde. Einige allgemeine Aussagen sollten zur Kenntnis genommen werden⁹⁹:

Finanzchefs als solche können durchaus materielle Organfunktionen in AG wahrnehmen¹⁰⁰, indes nicht eo ipso, denn zumindest erforderlich wäre wohl, dass ein CFO «Zahlungsaufträge in selbstständiger Entscheidkompetenz veranlasst hat»¹⁰¹, d. h., beispielsweise eine *Einzelunterschrift* allein sowie eine allfällige *Rechnungsstellung* für diese Tätigkeit machen einen Finanzchef (noch) nicht zum faktischen Organ.

Ausser Spesen nichts gewesen: Die Gerichtskosten in Höhe von total CHF 3000.– sowie eine gesamthafte Parteientschädigung von CHF 3500.– wurden unter *solidarischer Haftung* auferlegt, notabene an *102 Beschwerdeführer*. Ob bzw. wie der Rechtsanwalt der 102 Beschwerdeführer honoriert wurde, entzieht sich der Kenntnis des Unterzeichners.

99 Generell zur Thematik: PETER V. KUNZ, Materielle Organschaft («faktische VR»): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX* (Bern 2014) 173 ff.

100 Als der Unterzeichner vor mehr als 20 Jahren seine Dissertation verfasste, war dies umstritten v. a. im Hinblick auf die Gesellschaftsfunktion von *Prokuristen*: PETER V. KUNZ, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage (Diss. Bern 1993) 185 ff.

101 BGE 4A_381/2012 vom 8. November 2012: Erw. 5.

n) *BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012*¹⁰²

Aktienrecht: Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats der Konzernobergesellschaft bei Darlehensgewährung an eine überschuldete Konzernuntergesellschaft («Down-Stream»-Darlehen bei a priori hoffnungslosen Verhältnissen); Business Judgment Rule (BJR) im Konzern (Art. 754 ff. OR)

In diesem nicht amtlich publizierten Entscheid äusserte sich «Mon Repos» einerseits zu einer methodischen Frage (konkret: zur BJR – dazu später mehr) und andererseits zu einem konzernrechtlichen Thema. *Konzernfinanzierungen* spielen in der Wirtschaftsrealität eine bedeutsame Rolle¹⁰³. Als rechtlich relativ unproblematisch werden insbesondere *konzerninterne Darlehen* «von oben nach unten» (sog. «Down-Stream»-Darlehen) verstanden. Das Bundesgericht zeigt in diesem Zusammenhang indes Schranken dazu auf:

A (Beschwerdeführer) war ehemals Präsident und Delegierter des VR der X. Holding AG sowie verschiedener 100%-Tochtergesellschaften, zu denen die Tochtergesellschaft XR. AG (Beschwerdegegnerin 2) gehörte. Nachdem die X. Holding AG in Konkurs gefallen war, liessen sich die Y. AG (Beschwerdegegnerin 1) und die Beschwerdegegnerin 2 allfällige Ansprüche gegen den Beschwerdeführer, namentlich aus *aktienrechtlicher Verantwortlichkeit*, gestützt auf Art. 260 SchKG abtreten.

Mit Verantwortlichkeitsklage verlangten die Beschwerdegegnerinnen beim *Handelsgericht Aargau*, es sei der Beschwerdeführer zu verpflichten, ihnen ca. CHF 1 Mio. zu bezahlen. Die Klage wurde gutgeheissen. Das *Bundesgericht* hatte zweitinstanzlich zu entscheiden, ob gestützt auf Art. 754 OR eine schuldhafte Pflichtverletzung, die adäquat kausal einen Schaden verursacht hatte, seitens des Beschwerdeführers vorlag.

102 HANS-UELI VOGT/MICHAEL BÄNZIGER, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts – Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, GesKR 2012, 607 ff.; LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, Sanierung von Tochtergesellschaften, SJZ 110 (2014) 1 ff.; Zusammenfassung: GesKR 2012, 629; SJZ 108 (2012) 518.

103 Übersicht: PETER V. KUNZ, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V*, Bern 2010, 80 ff. m. w. H.

Vorgeworfen wurde eine *Darlehensgewährung der X. Holding AG* an deren 100%-Tochtergesellschaft XQ: «Durch die Gewährung des Darlehens in der Höhe von Fr. 1 500 000.– im Wissen um die eigentliche Verpflichtung der XQ. zur Deponierung der Bilanz (Art. 725 Abs. 2 OR) oder der in jedem Fall bestehenden und nicht erfüllten Verpflichtung, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, habe der Beschwerdeführer seine Sorgfaltspflicht gegenüber der X. Holding verletzt. Die pflichtwidrige Darlehensgewährung habe für die X. Holding im Konkurs der XQ. adäquat-kausal zu einem Ausfallschaden in der per 31. Dezember 2001 bilanzierten Höhe des Darlehens von Fr. 1 165 000.– geführt»¹⁰⁴.

Der Beschwerdeführer *bestritt*, von der *Überschuldung gewusst* und entsprechend seine Pflichten als VR verletzt zu haben. Das Bundesgericht, das die Beschwerde abwies, soweit es darauf eintrat, hielt fest, dass ein VR die Pflicht habe, die *finanzielle Lage der Gesellschaft zu kennen*. Der Sorgfaltsmassstab umfasse im Rahmen der Amtsführung ohnehin jedes Verschulden, also mithin auch *leichte Fahrlässigkeit*.

Der Beschwerdeführer machte geltend, «die Vorinstanz habe einen unrichtigen Sorgfaltsmassstab angewendet, indem sie die [BJR] bei Transaktionen unter Konzerngesellschaften nicht gelten lasse, nach der ein Gericht gutgläubig getroffene unternehmerische Entscheidungen nicht zu überprüfen habe»¹⁰⁵. Die Vorinstanz erklärte, dass die BJR «einer grundsätzlichen Zurückhaltung in der Überprüfung von Geschäftsentscheiden mit Ermessenscharakter»¹⁰⁶ bedürfe – und weiter: «Bei Transaktionen unter Konzerngesellschaften könne dies jedoch nur beschränkt gelten und müsse ein strengerer Massstab gelten. Die Konzernmutter könne über die Geschicke ihrer 100%-igen Konzerntöchter bestimmen und die Konzernleitung habe über die Belange der Töchter informiert zu sein»¹⁰⁷.

104 BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012: Erw. 3.

105 BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012: Erw. 5.1.

106 BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012: Erw. 5.1.

107 BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012: Erw. 5.1.

Dass bei *Konzernverhältnissen höhere Anforderungen* gelten, erachtete das *Bundesgericht* als vertretbar. Zwar hätten sich die Gerichte «bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen (...), die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind»¹⁰⁸. Nichtsdestotrotz dürfe bei *Konzerngesellschaften* ein *strengerer Massstab* zur Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen angewendet werden, sei doch «auf die Informationen abzustellen, über die das Verwaltungsratsmitglied im Zeitpunkt der Pflichtverletzung verfügte oder verfügen konnte»¹⁰⁹.

Die Gewährung eines Darlehens an eine Tochtergesellschaft, für die *keine ernsthaften Sanierungsaussichten* bestehen, stellt im Rahmen von Art. 754 ff. OR eine Sorgfaltspflichtverletzung dar. Der Beschwerdeführer handelte schuldhaft, weil er hätte wissen müssen, dass die *Tochtergesellschaft überschuldet* war, und dieser dennoch, ohne ein spezifisches Sanierungskonzept, Vermögenswerte von der Muttergesellschaft «weitergab»¹¹⁰.

Erstmals anerkannte das Bundesgericht die ehemals aus den USA stammende *Methodik der BJR* für die Rechtsanwendung ausdrücklich¹¹¹; der Unterzeichner spricht sich seit vielen Jahren, aus prinzipiellen Gründen, *gegen* die BJR bzw. für eine *restriktive Handhabung* aus, damit sich Richter bei Aktionärsklagen nicht einfach aus der Verantwortung stehlen können. M.E. können sich insbesondere materielle Organe, Revisionsstellen sowie die FINMA *generell nicht* auf die BJR berufen¹¹².

108 BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012: Erw. 5.1.

109 BGE 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012: Erw. 5.1.

110 VR von Obergesellschaften sollten sich also in erster Linie merken, dass das «Prinzip Hoffnung» dem «Prinzip Stecker ziehen» weichen muss, wenn die Situation nicht mehr ernstlich zu bereinigen ist.

111 Die BJR wurde, wie erwähnt, in mehreren Urteilen des Bundesgerichts auch *implizit* angewandt.

112 Detailliert zu diesen (und weiteren) Themen: PETER V. KUNZ, Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 86 (2014) 279 ff.

o) *BGE 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013*¹¹³

Aktienrecht: Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei konzerninternen Darlehen; Cash-Pooling (Art. 755 OR; Art. 680 OR)

Ein weiteres *konzernrechtliches* Urteil betrifft *gruppeninterne Darlehen*, die immer wieder Gegenstand von höchstrichterlichen Entscheidungen darstellen (z. B. im Jahr 2012)¹¹⁴. Die *Revisionsstelle* spielt eine zentrale Rolle in diesem Zusammenhang. Das Bundesgericht macht ausserdem einige allgemeine Aussagen zum schweizerischen Konzernrecht (beispielsweise zum sog. *Cash-Pooling* als Finanzierungsinstrument):

Die X. AG (Klägerin und Beschwerdeführerin) war in den von der A.Z. AG (Konzernobergesellschaft) geführten Z.-Konzern integriert; konkret gehörte sie bis Ende 2000 zu 100% der B.Z. AG, die ihrerseits eine 100%-Tochtergesellschaft der A.Z. AG war. Der Z.-Konzern verfügte über einen *konzerninternen Cash-Pool*, der von der niederländischen D.Z. geführt wurde (Cash-Pool-Leader)¹¹⁵. Sämtliche dem Cash-Pool angeschlossenen Gesellschaften unterhielten bei derselben Bank (Pool-Bank) individuelle Konten, die regelmässig, jeweils am Ende eines Arbeitstags in der Weise ausgeglichen wurden, dass bei negativem Saldo eine *entsprechende Gutschrift* aus dem Konto der D.Z. bzw. bei einem Überschuss eine Gutschrift an das Konto der D.Z. erfolgte (Zero Balance Accounting)¹¹⁶.

113 MATTHIAS MAURER/MARCO HANDLE, Pflichten und Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, Besprechung des Urteils 4A_248/2012 des schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Januar 2013, GesKR 2013, 287 ff.; Zusammenfassung: GesKR 2013, 306; ST 88 (2014) 669 f.; SZW 86 (2014) 2013.

114 Vgl. dazu vorne II. 1. n).

115 Das *Cash-Pooling* stellt ein zentrales Instrument des *Liquiditätsmanagements* in Konzernen dar, indem die gesamten *Liquiditätsüberschüsse* aller Konzerngesellschaften gesammelt bzw. eben *gepoolt* werden, um damit anschliessend die *Liquiditätsdefizite* der beteiligten Gesellschaften auszugleichen.

116 Beim *Zero Balance Accounting* werden die sog. *Quellenkonten* der Pool-Parteien (i. c. beispielsweise das Konto der X. AG) bankarbeitstäglich *«auf null» gestellt*, indem im ersten Schritt alle positiven Saldi *physisch* auf das Zielkonto bzw. den *Master-Account* (i. c. das Konto der D.Z.) überwiesen werden und im zweiten Schritt vom Master-Account aus sodann die negativen Saldi der Pool-Parteien ausgeglichen werden.

Die X. AG erzielte im Jahr 2000 einen Gewinn von CHF 43 670 000.–, aus dem nach Abzug des Verlustvortrags aus dem Vorjahr über CHF 14 500 000.– ein Bilanzgewinn von CHF 29 170 000.– resultierte. Die Bilanz der X. AG wies dabei per Ende 2000 zwei *konzerninterne Darlehen* von insgesamt CHF 23 650 000.– aus, konkret ein Guthaben von Festgeldanlagen gegenüber A.Z. AG von CHF 7 150 000.– sowie ein Guthaben gegenüber der D.Z. als Pool-Leaderin von 16 000 000.–.

Die Y. AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin), die im Jahr 2000 für die X. AG sowie für den Z.-Konzern als *Revisionsstelle* tätig war, prüfte im Frühjahr 2001 die Jahresrechnung der X. AG und bestätigte in ihrem Revisionsbericht sowohl die Gesetzmässigkeit als auch die Statutenkonformität des vom VR zuhanden der GV gestellten Antrags auf Ausschüttung einer Dividende in der Höhe von CHF 28 500 000.–. In der als Universalversammlung durchgeführten GV wurde der Antrag angenommen und eine *Ausschüttung der Dividende* an die Alleinaktionärin B.Z. AG per Gutschrift im Rahmen des Cash-Pools beschlossen.

Die *Pool-Leaderin* D.Z. fiel in der Folge *in Konkurs*. Im Konkursverfahren machte die X. AG ihre Ansprüche geltend und erhielt eine Konkursdividende, geriet aber ebenfalls in Schieflage, weshalb ein Nachlassliquidationsverfahren über sie eröffnet wurde. Die X. AG beehrte sodann mit *Klage aus Revisionshaftung* (Art. 755 OR) beim Handelsgericht Zürich, es sei die Y. AG zur Zahlung von CHF 4 519 500.– zuzüglich 5% Zins seit dem 20. April 2001 zu verurteilen, und zwar mit der Begründung, die *Ausrichtung der Dividende* sei zu Unrecht als *gesetzes- und statutenkonform bestätigt* worden, da bei korrekter Bewertung der konzerninternen Darlehen lediglich eine Dividende von CHF 6 770 000.– hätte ausgerichtet werden können und die X. AG folglich im Konkurs der D.Z. eine um CHF 4 068 330.50 zu niedrige Konkursdividende erhalten habe.

Das *Handelsgericht* wies die Klage mit Urteil vom 9. März 2012 ab. Das *Bundesgericht* hiess die von der X. AG hiergegen erhobene Beschwerde gut, hob das Urteil auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück:

Das Bundesgericht bestätigte zunächst die Feststellung des Handelsgerichts, wonach sich die Guthaben der X. AG gegenüber den ihr nahestehenden Z.-Konzern-Gesellschaften, namentlich der A.Z. AG sowie der D.Z., als *Darlehen* qualifizierten, die – analog zu Aktio-

närsdarlehen – dem *Eigenkapital* gleichzustellen seien. Das Handelsgericht liess jedoch offen, ob sich die Y. AG mit ihrer – ohne Rücksicht auf die ausstehenden konzerninternen Darlehen erfolgten – *vorbehaltlosen Genehmigung der Dividendenausrichtung* pflichtwidrig verhalten habe. Vielmehr stützte es seine Begründung ausschliesslich darauf, dass der von der X. AG geltend gemachte Schaden *nicht kausal* auf ebendiese Bestätigung der Revisionsstelle zurückzuführen sei. Das Bundesgericht liess die Frage ebenfalls offen und widmete sich drei alternativen Begründungen zum *fehlenden Kausalzusammenhang*.

Das Bundesgericht betont u. a. in seinen Erwägungen die Wichtigkeit der Bestimmungen über den *Kapitalschutz* und die zentrale Rolle, die dabei der *Revisionsstelle* zukomme¹¹⁷. Entgegen dem Argument der Akontodividende¹¹⁸ sei den Sachverhaltsfeststellungen nicht zu entnehmen, dass der X. AG eine Forderung gegenüber ihrer Alleinaktionärin zugestanden hätte. Die X. AG hatte nur Forderungen gegenüber der Pool-Leaderin D.Z. sowie der Konzernobergesellschaft A.Z. AG. «Eine Verrechnung stand daher mangels Gegenseitigkeit im Zeitpunkt der Erstellung des Revisionsberichts nicht in Aussicht.»

Dem Argument einer zulässigen Naturaldividende¹¹⁹ konnte das Bundesgericht ebenfalls nicht folgen, denn «[d]er Begründung im angefochtenen Urteil [könne] freilich nicht ansatzweise entnommen werden, weshalb sich die Beschwerdeführerin ihrer im Cash Pool gebundenen Mittel zugunsten ihrer Muttergesellschaft hätte entäussern dürfen»¹²⁰.

Ausserdem verneinte die Vorinstanz die Kausalität aufgrund fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs, weil der Schutzzweck von Art. 675 Abs. 2 OR sowie Art. 680 Abs. 2 OR nicht verletzt sei,

117 BGE 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013: «Sie hat die Korrektheit und Rechtmässigkeit der Bilanz als Grundlage für die Gewinnausschüttung zu prüfen und den zuständigen Organen, namentlich der Generalversammlung, zu bestätigen, dass ein Bilanzgewinn zur Verfügung steht, der rechtmässig als Dividende in der beabsichtigten Höhe ausgeschüttet werden kann» (Erw. 3.2).

118 Unter einer *Akontodividende* versteht man einen Vorschuss (sc. kurzfristiges Darlehen) an den Gesellschafter auf Anrechnung an die bevorstehende Dividende: BGE 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013 (Erw. 3.3).

119 Unter *Naturaldividende* wird eine Gewinnausschüttung «nicht in Geld, sondern in Sachleistungen verstanden (...)»: BGE 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013 (Erw. 3.4).

120 BGE 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013: Erw. 3.4.

indem durch Verrechnung der Dividende mit den Konzerndarlehen kein doppelter Abfluss von Gesellschaftsvermögen stattgefunden habe. Das Bundesgericht stellte fest, der Schutz des Eigenkapitals diene der Wahrung der Interessen von Gesellschaftsgläubigern, Minderheitsaktionären und anderen Wirtschaftsteilnehmern, und «[werde] aufgrund eines *fehlerhaften Revisionsberichts* die Ausschüttung einer Dividende genehmigt, fließen Mittel aus dem Gesellschaftsvermögen ohne (direkte) Gegenleistung ab»¹²¹.

p) *BGE 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013*¹²²

Aktienrecht: Verantwortlichkeit des VR bei Gewährung eines ungesicherten Darlehens als Pflichtverletzung; Business Judgment Rule (Art. 754 ff. OR; Art. 717 OR)

Darlehensvergaben, die nicht (oder ungenügend) gesichert werden, können zu Verantwortlichkeiten führen. Gerade in *Konzernverhältnissen* stellen solche Darlehen fast «business as usual» dar, was zumindest bei a priori aussichtslosen Sanierungsbemühungen teuer werden kann¹²³. Im vorliegenden Fall ging es hingegen um Darlehen *ausserhalb einer Konzernsituation* – und erneut wurde die Business Judgment Rule thematisiert.

Die U. AG erhielt von der V. Foundation ein Wandeldarlehen über CHF 8 Mio. zur Anlage in Beteiligungen. Das Darlehen wurde zum Kauf von Aktien der W. AG eingesetzt; die U. AG erhielt dadurch indes *keinen beherrschenden Einfluss* auf die W. AG. Die Y.-Gesellschaften (Klägerinnen und Beschwerdegegnerinnen) waren ebenfalls an der W. AG sowie an deren Tochtergesellschaft, der X. AG, beteiligt. Sie forderten im Dezember 1996 die U. AG auf, bei der E. (Beklagter und Beschwerdeführer) VR war, die Restanz des Wandeldarlehens von noch CHF 6 Mio. zuzüglich Zins per 31. Dezember zurückzahlen.

Als die Darlehensrückzahlung fällig war, gewährte die U. AG der W. AG – *ohne eine Sicherheit* dafür zu verlangen – *zwei Darlehen* in der Höhe von mehr als CHF 3,4 Mio., was zu einer «Bindung» von 92% der Aktiven der U. AG in der W. AG führte.

121 BGE 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013; Erw. 4.2; Hervorhebung hinzugefügt.

122 Zusammenfassung: GesKR 2013, 610; ST 88 (2014) 670.

123 Vgl. dazu vorne II. 1. n).

Das *Bundesgericht* erkannte insbesondere: «Die Vergabe eines Darlehens an eine (hier jedenfalls nicht konzernmässig verbundene) Rechtseinheit *ohne* gleichzeitige Bestellung von Kreditsicherheiten liegt nicht im Interesse der Gesellschaft und ist sorgfaltswidrig, wenn nicht besondere Umstände dafür sprechen, dass die Wahrung der Gesellschaftsinteressen die Gewährung eines ungesicherten Darlehens nahelegen»¹²⁴.

Die Vorinstanz hatte zusätzlich argumentiert, die Gewährung eines Darlehens, die i. c. zu einer «Bindung» von 92% der Aktiven der U. AG führte, schaffe «unabhängig von der Solvenz der U. AG eine gefährliche Risikokonzentration (...). Dies gelte umso mehr, als die Rückzahlung des Wandeldarlehens anstand und der U. AG ein unüberwindbarer Liquiditätsengpass gedroht habe. Angesichts dieses Klumpenrisikos und des Liquiditätsengpasses, der umso prekärer erscheine, als eine Rückzahlung des Darlehens durch die W. AG (zumindest kurzfristig) als ausgeschlossen zu betrachten war, sei eine Sorgfaltspflichtverletzung (...) zu bejahen»¹²⁵. Das Bundesgericht liess die *Frage unbeantwortet*, ob die Schaffung eines solchen *Klumpenrisikos* bereits eine Pflichtverletzung darstelle¹²⁶.

Der Beschwerdegegner argumentierte, das Darlehen sei jedoch ebenfalls im Interesse der U. AG gewesen, weil sie an der W. AG beteiligt war. Diese Beteiligung habe das *Hauptaktivum der U. AG* dargestellt, sodass folglich ein *Interessengleichlauf* bestand. Das Gericht erkannte hingegen, hieraus könne «noch nicht auf eine Gleichläufigkeit der Gesellschaftsinteressen geschlossen werden, wenn wie hier eine *Minderheitsbeteiligung* besteht und die Beteiligungsgesellschaft *keinen Einfluss* auf die Geschäftsführung des Darlehensnehmers hat. Es [sei] nicht nachvollziehbar, weshalb im Interesse der Beteiligungsgesellschaft liegen sollte, ohne Sicherheit ein Darlehen zur Erhaltung oder Förderung des Wertes der Beteiligung zu gewähren»¹²⁷. Vielmehr bestehe in einer solchen Situation regelmässig ein *Interessenkonflikt* zwischen der Darlehensnehmerin und der Darleiherin.

124 BGE 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013; Erw. 7.2.2; Hervorhebung im Original.

125 BGE 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013; Erw. 7.1.

126 Eine Gesellschaft, die Klumpenrisiken eingeht, befindet sich *ohne Zweifel auf «dünnem Eis»*; nichtsdestotrotz können m.E. *keine generellen Aussagen* gemacht werden, weil Risiken durchaus auch Chancen umfassen, d.h., es kommt – wie die Juristen zu betonen lieben – jeweils auf den *Einzelfall* an.

127 BGE 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013; Erw. 7.3.2; Hervorhebungen hinzugefügt.

Verschiedene Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit die *Business Judgment Rule* zur Anwendung gelangt (u. a. darf kein Interessenkonflikt bestehen)¹²⁸. Im vorliegenden Fall traf dies gerade nicht zu. Beschwerdeführer E., der Organ der U. AG sowie der W. AG und überdies noch Aktionär von Letzterer war, habe sich in einem *Interessenkonflikt* befunden, sodass das Bundesgericht – sozusagen die erwähnte Rechtsanwendungsmethodik korrekt nachvollziehend – «kein[en] Anlass zu einer zurückhaltenden Prüfung bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden»¹²⁹ sah.

q) *BGE 138 III 213 (Urteil 4A_527/2011 vom 5. März 2012)*¹³⁰¹³¹

GmbH-Recht: Mängel in der Organisation der Gesellschaft; Passivlegitimation der GmbH (Art. 819 OR i. V. m. Art. 731b OR)

Art. 731b OR bzw. *Organisationsmängel* bei Unternehmen (und ihre Rechtsfolgen) spielten vor Bundesgericht nicht allein im Aktienrecht¹³², sondern ebenfalls im Genossenschaftsrecht¹³³ sowie im GmbH-Recht¹³⁴ eine Rolle. Das amtlich publizierte, französischsprachige Urteil bestätigte jedoch kaum bestrittene Rechtsthemen (z. B. in Bezug auf die Passivlegitimation). Kurz zum Sachverhalt:

¹²⁸ Vgl. dazu vorne II. 1. n).

¹²⁹ BGE 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013; Erw. 7.3.2.

¹³⁰ Deutsche Übersetzung: Pra 101 (2012) Nr. 110.

¹³¹ Zusammenfassung: GesKR 2012, 464; Interessant in Bezug auf diese Thematik ist ebenfalls BGE 4A_411/2012 vom 22. November 2012; in diesem Urteil (insbesondere in Erw. 2), in dem es um die Beschwerde einer GmbH gegen ihre Auflösung ging, die infolge unterlassener Bestellung einer Revisionsstelle gestützt auf Art. 819 OR i. V. m. Art. 731b OR aufgelöst werden sollte, bestätigte das Bundesgericht u. a., dass die *gerichtliche Auflösung* nur als «ultima ratio» in Frage kommt; der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei verletzt, wenn mildere Massnahmen, also etwa die *richterliche Ernennung einer Revisionsstelle*, den gesetzmässigen Zustand ebenso herstellen könne; das die Revisionsstelle ernennende Gericht hat gleichzeitig die Dauer der Einsetzung zu bestimmen wie auch die Gesellschaft zur Kostentragung und zur Leistung eines allfälligen Vorschusses zu verpflichten; ähnlich entschieden hat das Bundesgericht in einem *aktienrechtlichen* Fall: Vgl. dazu vorne II. 1. h).

¹³² Vgl. dazu u. a. vorne II. 1. g)–i).

¹³³ Vgl. dazu hinten II. 1. s).

¹³⁴ Dies wird z. B. durch den vorliegenden Entscheid belegt; infolge *Verweisung* gelangt Art. 731b OR ebenfalls bei GmbH zur Anwendung: «Bei Mängeln in der Organisation der Gesellschaft sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar» (Art. 819 OR).

Die zu gleichen Teilen berechtigten Gesellschafter X. (Beschwerdeführer) und Y. (Beschwerdegegner) der Z. GmbH gerieten in schwerwiegende *Meinungsverschiedenheiten*. Die auf den 8. Oktober 2010 angesetzte GV konnte nicht stattfinden, da sich die beiden Gesellschafter nicht über die Benennung eines *GV-Vorsitzenden* einigen konnten.

Der Beschwerdegegner beantragte in der Folge, es sei für die Z. GmbH gestützt auf Art. 819 OR i. V. m. Art. 731b OR ein *Sachwalter* zu bestellen, was vom Gericht gutgeheissen wurde, stelle das Fehlen des Vorsitzenden einer GV im Gesellschaftsrecht doch einen Mangel in der Organisation dar. Das Widerklagebegehren des Beschwerdeführers auf *Gesellschaftsauflösung* befand das Gericht hingegen für unzulässig.

Die *kantonale Berufungsinstanz* wies das Begehren des Beschwerdeführers im Wesentlichen mit der Begründung ab, dieser habe seine Berufung nur gegen den Beschwerdegegner, nicht aber gegen die Gesellschaft Z. GmbH gerichtet, obwohl diese passivlegitimiert sei. Der Beschwerdeführer brachte dagegen eine Verletzung des Willkürverbots und des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie überspitzten Formalismus vor.

Das *Bundesgericht* wies alle drei Argumente ab. Es führte aus, dass es nicht überspitzt formalistisch sei, wenn vom Beschwerdeführer verlangt werde, dass er die Identität der Personen klar bezeichne, die er in den Prozess einzubeziehen gedenke: «Wer sich in seinen Verfahrenshandlungen nicht gegen den richtigen Adressaten wendet, kann nur abgewiesen werden, damit die Rechte der Personen, die materiellrechtlich gesehen aktiv oder passiv Berechtigte der streitigen Forderung sind, gewahrt bleiben»¹³⁵.

Es sind nur, aber immerhin zwei gesellschaftsrechtliche Aspekte in Erinnerung zu behalten: Das *Fehlen eines GV-Vorsitzenden* in einer GmbH stellt prinzipiell einen Organisationsmangel im Rahmen von Art. 731b OR dar¹³⁶, und sollte es in der Folge zu einer Klage kommen, ist jeweils die *Gesellschaft passivlegitimiert*; m. E. sind die-

135 Pra 101 (2012) Nr. 110, 765 Erw. 2.5.

136 Der Vorsitzende der Gesellschafterversammlung einer GmbH hat von Gesetzes wegen zahlreiche Aufgaben (z.B. Art. 808a OR), d.h., seine Funktion ist im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR «vorgeschrieben».

se rechtlichen Ergebnisse ebenfalls bei AG sowie bei Genossenschaften zutreffend.

r) *BGE 139 III 449 (Urteil 4A_206/2013 vom 5. September 2013)*¹³⁷

GmbH-Recht: Verzicht auf die eingeschränkte Revision (Opting out) (Art. 727a Abs. 2 OR; Art. 62 i. V. m. Art. 83 HRegV; Art. 62 HRegV)

Das (vor einigen Jahren: neue) Revisionsrecht sollte insbesondere für KMU den «Bürokratieaufwand» verringern. Obwohl nunmehr im Prinzip für alle Kapitalgesellschaften – und damit inklusive GmbH – eine *Revisionspflicht* besteht, kann auf *Revisionsstellen verzichtet* werden (sog. Opting-out). Dass dies nicht immer einfach zu bewerkstelligen ist, ergibt sich aus einem amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheid.

Das Revisionsrecht gilt bei GmbH durch Verweisung (Art. 818 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 727a Abs. 2 OR kann u. U. auf die Durchführung einer *eingeschränkten Revision verzichtet* werden. Der Verzicht ist nach Art. 727a Abs. 5 OR dem HR anzumelden, wobei laut Art. 62 i. V. m. Art. 83 HRegV insbesondere die «Kopien der massgeblichen aktuellen Unterlagen wie Erfolgsrechnungen, Bilanzen, Jahresberichte, Verzichtserklärungen der (...) Aktionäre *oder* das Protokoll der Generalversammlung» beigelegt werden müssen¹³⁸.

Die X. GmbH (Beschwerdeführerin) mit Sitz in Aarau verfügte seit ihrer Gründung im Jahr 2003 über *keine Revisionsstelle* und meldete mit Eingabe vom 22. Januar 2011 beim Handelsregisteramt des Kantons Aargau (Beschwerdegegner) die Eintragung eines *Verzichts*

137 ANTJE PETERSEN, Neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verzicht auf die eingeschränkte Revision (Opting-out), REPRAX 2013, 26 ff., v. a. 31 f.; FLORIAN ZIHLER, Eintragung des Opting-Outs ins Handelsregister: Keine Pflicht zur Einreichung einer revidierten Jahresrechnung (...), GesKR 2014, 104 ff.; CHRISTOPH HURNI, Voraussetzungen des Verzichts auf eingeschränkte Revision (...), ZBJV 149 (2013) 1005 ff.; Zusammenfassung: AJP 23 (2014) 548; GesKR 2014, 110 f.; ST 88 (2014) 672.

138 Zur Auslegung des Begriffs «*oder*»: BGE 4A_509/2012 vom 8. März 2013; in diesem Urteil entschied das Bundesgericht, die mit «*oder*» bezeichnete Alternative betreffe nur den *Nachweis* der Verzichtserklärung auf eine eingeschränkte Revision durch sämtliche Aktionäre; dieser könne entweder mit *einzelnen Verzichtserklärungen* oder mit einem *GV-Protokoll* erbracht werden (BGE 4A_509/2012 vom 8. März 2013: Erw. 2.2).

auf eine eingeschränkte Revision an. Das Handelsregisteramt verweigerte der X. GmbH indes die Eintragung eines Opting-out¹³⁹.

Das Bundesgericht führte aus, der «Zweck der <massgeblichen aktuellen Unterlagen> i. S. von Art. 62 Abs. 2 Satz 2 HRegV sei der Nachweis der Voraussetzungen eines gültigen Opting-outs (...)»¹⁴⁰. Die Voraussetzungen sind im Rahmen von Art. 727a Abs. 2 OR sowie Art. 62 Abs. 1 lit. a–lit. c HRegV: Nichterfüllen der Voraussetzungen für eine ordentliche Revision, Nichtüberschreiten von zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt, Verzicht sämtlicher Gesellschafter auf eine eingeschränkte Revision sowie kein späteres Verlangen nach eingeschränkter Revision durch einen Aktionär.

Die Jahresrechnung soll das Erfüllen der ersten Voraussetzung belegen, namentlich dass die Gesellschaft nicht zur ordentlichen Revision verpflichtet ist¹⁴¹: «Um dies zu belegen, genügt freilich eine Jahresrechnung, die den massgeblichen Normen des Rechnungslegungsrechts entspricht. Eines Prüfungsberichts einer Revisionsstelle bedarf es hierzu nicht, obliegt es doch dem Handelsregisteramt, summarisch zu prüfen, ob Struktur und Inhalt der eingereichten Bilanzen und Erfolgsrechnungen ausreichend sind, um die Höhe der Bilanzsumme und des Umsatzerlöses bestimmen zu können (...)»¹⁴².

Ebenso bedarf der Nachweis für die weiteren Voraussetzungen, namentlich das Nichtüberschreiten von zehn Vollzeitstellen sowie der Verzicht sämtlicher Gesellschafter auf eine Revision, laut Bundesgericht keines Prüfungsberichts; dies stehe überdies im «Einklang mit der Praxismitteilung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister [EHRA] vom 2. Juli 2009 (S. 3), wonach als Beleg lediglich eine gemäss Art. 961 OR unterzeichnete, nicht aber revidierte Jahresrechnung eingereicht werden muss»¹⁴³.

Weiter sprachen weder die *Materialien* noch die mehrheitliche *Doktrin* zu Art. 727 f. OR oder die *Praxismitteilung* des EHRA für weitere Voraussetzungen. Das Fehlen einer Revisionsstelle sei vielmehr ein allfälliger *Organisationsmangel* nach Art. 731b OR, «steh[e]

139 Die Verfügung wurde damit begründet, dass die X. GmbH der mehrfachen Aufforderung zur Einreichung des Prüfungsberichts eines zugelassenen Revisors für den Jahresabschluss 2009 nicht nachgekommen sei.

140 BGE 139 III 454 Erw. 2.3.2; Hervorhebung im Original.

141 Zudem BGE 4A_509/2012 vom 8. März 2013: Erw. 2.2.

142 BGE 139 III 454 Erw. 2.3.2; Hervorhebungen hinzugefügt.

143 BGE 139 III 455 Erw. 2.3.2; Hervorhebung im Original.

aber einem wirksamen Opting-out nicht entgegen»¹⁴⁴. Im Ergebnis erkannte das Bundesgericht, dass ein *Prüfungsbericht* eines zugelassenen Revisors *nicht* unter die «massgeblichen aktuellen Unterlagen» nach Art. 62 Abs. 2 HRegV zu subsumieren sei¹⁴⁵.

s) *BGE 138 III 407 (Urteil 4A_729/2011 vom 25. Mai 2012)*¹⁴⁶

Genossenschaftsrecht: Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl und entsprechende Rechtsfolgen (Art. 831 OR i. V.m. Art. 731b OR)

Art. 731b OR bzw. *Organisationsmängel* bei Unternehmen (und ihre Rechtsfolgen) spielten vor Bundesgericht im Aktienrecht¹⁴⁷, im GmbH-Recht¹⁴⁸ sowie im Genossenschaftsrecht eine Rolle. Bei Personengesellschaften bedarf es minimal zweier Gesellschafter. Bei AG und bei GmbH sind seit einigen Jahren auch Einpersonengesellschaften zulässig. Anders verhält es sich nach wie vor bei Genossenschaften, bei denen eine Mindestzahl von *sieben Genossenschaftern* bei Gründung (Art. 831 Abs. 1 OR) und bei Fortbestand (Art. 831 Abs. 2 OR) beachtlich ist.

Der Beschwerdeführer rügte, dass die Vorinstanz unverhältnismässig gehandelt habe, als sie eine Genossenschaft aufgelöst habe aufgrund des blossen *Unterschreitens der Mindestzahl* der Gesellschafter. Vielmehr hätte sie richterliche Massnahmen treffen müssen, um die Zahl der Genossenschafte wieder auf sieben zu erhöhen, nämlich beispielsweise durch Ernennung von vier Personen als Genossenschafte.

Das *Bundesgericht* hielt fest, dass bei Absinken der Gesellschafterzahl unter sieben die Vorschriften des Aktienrechts über Mängel in der Organisation der Gesellschaft anwendbar seien (Art. 831 Abs. 2 OR i. V.m. Art. 731b OR)¹⁴⁹. Gemäss Art. 731b Abs. 1 OR kann der

144 BGE 139 III 456 Erw. 2.3.3 a.E.

145 BGE 139 III 456 Erw. 2.3.4.

146 Zusammenfassung: GesKR, 2012, 464 f.; SJZ 108 (2012) 384 f.; SJZ 108 (2012) 519; ST 87 (2013) 220 f.; SZW 85 (2013) 171 u. 176 f.; zudem: FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, [Entscheidbesprechungen], AJP 21 (2012) 1646 ff.

147 Vgl. dazu u. a. vorne II. 1. g)–i).

148 Vgl. dazu vorne II. 1. q).

149 M. a. W. ist das Nicht(mehr)erreichen der Mindestzahl als *Organisationsmangel* zu qualifizieren.

Richter der Gesellschaft – unter Androhung ihrer Auflösung – eine Frist setzen, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen; er kann das fehlende Organ oder einen Sachwalter bestellen oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation anordnen.

Da aufgrund von Organisationsmängeln insbesondere auch Interessen von Dritten und der Öffentlichkeit beeinträchtigt sein können, ist der Richter nicht an Anträge der Parteien gebunden, vielmehr gelangt das Prinzip der *Offizialmaxime* zur Anwendung¹⁵⁰. Hingegen hat sich der Richter am *Verhältnismässigkeitsprinzip* zu orientieren; so stehen die einzelnen Massnahmen in einem «Stufenverhältnis» zueinander¹⁵¹.

Die Mindestzahl von sieben Mitgliedern wird als *begriffsbestimmendes* Element verstanden¹⁵². Das Bundesgericht erachtete diese Zahl als derart zentral, dass es ausführte, bei einem Absinken der Mitgliederzahl auf unter sieben liege nicht nur eine mangelhafte Organisation vor, sondern es sei der *Tatbestand* der Genossenschaft *nicht mehr* gegeben. Die Körperschaft existiere zwar formal im HR, habe aber materiell ihre Existenz verloren und könne auch durch eine richterliche Massnahme *nicht wiederhergestellt* werden¹⁵³.

Insofern können nur die in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und 3 OR genannten Massnahmen in Frage kommen, d. h. die Ansetzung einer Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes oder die Auflösung der Gesellschaft. Da die Beschwerdeführerin selbst der Auffassung ist, dass eine Fristansetzung nicht zielführend ist, hatte die Vorinstanz zu Recht die *Auflösung* der Genossenschaft angeordnet.

Auf den ersten Blick erscheint das Urteil als hart. M. E. kann dem Bundesgericht aber durchaus *zugestimmt* werden, geht es doch bei der Auflösungsklage im Rahmen von Art. 731b OR weniger um eine Sanktionsmöglichkeit bei Missbrauchssachverhalten als vielmehr um eine *Sicherstellung der Funktionsfähigkeit* der infrage stehenden Gesellschaftsformen – und zur Genossenschaft gehören de lege lata mindestens sieben Mitglieder¹⁵⁴.

150 Insofern gilt das zu AG bereits Gesagte: Vgl. dazu vorne II. 1. h).

151 Eingehend BGE 138 III 294; Vgl. dazu vorne II. 1. h); zudem BGE 4A_411/2012 vom 22. November 2012; Erw. 2; Vgl. dazu vorne II. 1. q) FN 135.

152 BGE 138 III 409 ff. Erw. 2.5.1/Erw. 2.5.2.

153 BGE 138 III 410 Erw. 2.5.2.

154 Die am Urteil angebrachte Kritik war bis anhin meist *rechtspolitischer* Natur.

t) *BGE 139 III 293 (Urteil 5A_143/2013 vom 18. Juni 2013)*¹⁵⁵

Betreibungsort bei Sitzverlegung: Zeitpunkt der Wirksamkeit einer Publikation im SHAB, Handelsregisterrecht (Art. 932 OR und Art. 647 Abs. 3 a OR)

Im Jahr 2008 trat eine *Teilrevision des OR* in Kraft (u. a. das neue GmbH-Recht), die sich basierend auf Art. 932 OR auf die Wirksamkeit von Statutenbestimmungen auswirkte. Sitzverlegungen setzen u. a. eine Änderung der Statuten voraus, und *Betreibungen* sind am *Sitz* der Gesellschaft vorzunehmen. Insofern stellt sich die Frage, wann die zu publizierende Statutenänderung *für Dritte wirksam* wird.

In einer gegen die X. AG (Beschwerdeführerin) angehobenen *Betreibung* stellte das Betreibungsamt Wädenswil am 11. Oktober 2012 die Konkursandrohung zu. Dagegen erhob die X. AG am 22. Oktober 2012 *betreibungsrechtliche Beschwerde* und verlangte darin die Aufhebung der Konkursandrohung bzw. das Feststellen derer Nichtigkeit mit der Begründung, das Betreibungsamt sei *örtlich unzuständig*, da die X. AG ihren *statutarischen Sitz* am 11. Oktober 2012, d. h. an demselben Tag wie die Zustellung der Konkursandrohung, nach Wollerau/SZ verlegt habe.

Die Beschwerde wurde sowohl vom Bezirksgericht Horgen (untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs), vom Obergericht des Kantons Zürich (obere Aufsichtsbehörde) sowie vom Bundesgericht abgewiesen¹⁵⁶:

Das *Bundesgericht* hielt fest, dass sich der Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit einer Handelsregistereintragung grundsätzlich nach Art. 932 OR richtet. Gemäss Art. 932 Abs. 2 OR wird eine Eintragung Dritten gegenüber «erst am *nächsten Werktag* wirksam, der auf den aufgedruckten Ausgabetag derjenigen Nummer des [SHAB] folgt, in der die Eintragung veröffentlicht ist»; laut Art. 932 Abs. 3 OR bleiben besondere gesetzliche Bestimmungen vorbehalten, «nach denen unmittelbar mit der Eintragung auch Dritten gegenüber Rechtswirkungen verbunden sind oder Fristen zu laufen beginnen».

¹⁵⁵ Zusammenfassung: GesKR 2013, 611; AJP 22 (2013) 1683; SZW 86 (2014) 216.

¹⁵⁶ Zentraler Streitpunkt vor Bundesgericht war die Frage, in welchem *Zeitpunkt* (Tag und Uhrzeit) die Sitzverlegung für das *Betreibungsamt rechtswirksam* wird und damit ob mit der Zustellung der Konkursandrohung am 11. Oktober 2012 die «perpetuatio fori» eingetreten ist.

Die Beschwerdeführerin berief sich zu Art. 932 Abs. 3 OR auf die *bundesgerichtliche Praxis* zu Art. 647 Abs. 3 aOR, nach der eine Statutenänderung (wie vorliegend die Sitzverlegung) im Zeitpunkt der Löschungseintragung im *Tagebuch* des Handelsregisters Dritten gegenüber wirksam wird und nicht erst am Folgetag der Publikation im SHAB¹⁵⁷.

Diese Ausnahmeregelung wurde mit dem Inkrafttreten der erwähnten Teilrevision des OR per 1. Januar 2008 *aufgehoben*. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Rechtsprechung gründete auf Sachverhalten, die sich vor dem 1. Januar 2008 zugetragen hatten. Folglich «fehlt[e] es der Rechtsprechung [...], wonach es auch für Dritte auf die Löschung im Tagebuch des Handelsregisters ankomme [...] an einer rechtlichen Grundlage»¹⁵⁸. Im Ergebnis sind neu «auch Statutenänderungen der AG gegenüber Dritten nach der allgemeinen Regel von Art. 932 Abs. 2 OR erst am Werktag nach der Publikation im SHAB rechtswirksam»¹⁵⁹, und es gilt die dazu ergangene Rechtsprechung¹⁶⁰.

I. c. wurde für das *Betreibungsamt als Drittpartei* die Verlegung des Sitzes der X AG am Werktag nach der Publikation im SHAB wirksam¹⁶¹. Überdies dürfte das Amt *vor* diesem Zeitpunkt *keine Rücksicht* auf die Sitzverlegung nehmen, auch wenn es davon anderweitig Kenntnis erlangen sollte¹⁶². Die Sitzverlegung wurde am 11. Oktober 2012 im Tagesregister der beteiligten HR eingetragen, am

157 Zur früheren Rechtsprechung: BGE 116 III 3 f. Erw. 2; bestätigt in: BGE 121 III 16 Erw. 2b i. f.; BGE 123 III 138 Erw. 3a; und zuletzt in: BGE 134 III 418 f. Erw. 4; zum Ganzen: BGE 139 III 295 ff. Erw. 3

158 BGE 139 III 296 Erw. 3.2.3.

159 BGE 139 III 296 Erw. 3.2.2.

160 BGE 44 III 15 f. Erw. 2; BGE 45 I 52 f. Erw. 2.

161 Im Gegensatz dazu gilt das *Handelsregisteramt* gerade *nicht als Drittpartei*, weshalb Handelsregistereintragungen mit der Eintragung im Tagesregister sogleich ihre Wirkungen entfalten (Art. 932 Abs. 1 OR); so entschied das Bundesgericht in BGE 4A_560/2012 vom 1. März 2013: Erw. 2.4, dass eine im laufenden *Organisationsmängelverfahren* nach Art. 731b OR erfolgte HR-Eintragung, die den Organisationsmangel behebt, umgehend, d. h. mit Eintragung im Tagesregister wirksam wird; das Bundesgericht erkannte, mit der Behebung des Mangels ende die Befugnis des HR-Führers nach Art. 941a OR i. V. m. Art. 154 Abs. 3 HRegV, dem Gericht solche Mängel zu melden und die Anordnung erforderlicher Massnahmen zu verlangen; er sei von Amtes wegen verpflichtet, den Eintrag dem zuständigen Gericht anzuzeigen, damit das Verfahren eingestellt werden kann.

162 BGE 44 III 16 Erw. 2; BGE 45 I 53 Erw. 2.

16. Oktober 2012 im SHAB publiziert und am 17. Oktober 2012 gegenüber Dritten rechtswirksam. Das Bundesgericht erkannte, dass die Beschwerdeführerin den Sitz erst *nach Zustellung der Konkursandrohung* verlegt hatte.

u) *BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012*¹⁶³

Fusionsrecht: Angemessenheitsprüfung des Umtauschverhältnisses nach Absorptionsfusion mittels Überprüfungsklage; Kostentragung (Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG; Art. 105 Abs. 3 FusG)

Das *Umstrukturierungsrecht* trat am 1. Juli 2004 in Kraft. In den letzten Jahren hat sich eine umfassende Rechtsprechung zu zahlreichen Rechtsfragen entwickelt¹⁶⁴, nicht zuletzt angesichts *spezifischer Klagen* im Rahmen des Fusionsgesetzes (konkret: Art. 105 ff. FusG). Im vorliegenden Urteil ging es um diverse Aspekte der sog. *Überprüfungsklage* gemäss Art. 105 FusG¹⁶⁵; dass keine amtliche Publikation erfolgte, muss überraschen.

Die X. AG (Beschwerdeführerin) war Aktionärin der W.-Holding AG (Sitz in Antigua und Barbuda). Die V. LLP, die ebenfalls Aktionärin der W.-Holding AG war, verkaufte ihre Aktien an die Z. plc mit Sitz in Irland; die Z. plc verfügte nach diesem Kauf über 63,96% der Stimmrechte an der W.-Holding AG. Die Z. plc kontrollierte daneben die Y. AG (Beschwerdegegnerin) zu 100% und beabsichtigte, ihre Geschäfte zusammen mit jenen der W.-Holding AG unter dem Dach der Beschwerdegegnerin zu fusionieren. Mit einem «Scheme of Arrangement»-Verfahren gemäss dem irischen Companies Act 1963 wurden folglich sämtliche Aktien der Z. plc vernichtet und an die Beschwerdegegnerin ausgegeben.

Mit *Absorptionsfusion* gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG übernahm die Beschwerdegegnerin schliesslich sämtliche Aktiven und Passiven der W.-Holding AG. Strittig war vor Bundesgericht das *Umtauschver-*

¹⁶³ MARKUS VISCHER/THOMAS WEHINGER, Unternehmensbewertung und Kostentragung bei Überprüfungsklagen nach Art. 105 Abs. 1 FusG, Besprechung des Urteils 4A_341/2011 des Bundesgerichts vom 21. März 2012, GesKR 2012, 455 ff.; Zusammenfassung: GesKR 2012, 465; zudem: SJZ 108 (2012) 518.

¹⁶⁴ Als Beispiel der letzten Berichtsperiode: ZBJV 149 (2013) 129 f.

¹⁶⁵ Zum Teil wird von *Angemessenheitskontrollklage* gesprochen: PETER V. KUNZ, Das neue Fusionsgesetz, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I (Bern 2006) 185 ff. und v. a. 192 sowie 206 ff.

hältnis der Aktien; zu fragen war: Handelte es sich beim Mehrpreis, den die Z. plc der V. LLP für das Aktienpaket an der W.-Holding AG im Vergleich zum Umtauschverhältnis für die übrigen W.-Aktionäre zahlte, um eine *Kontrollprämie*, oder entsprach er dem «Marktpreis»?

Zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses können verschiedene *Bewertungsmethoden* angewendet werden, wobei den fusionierenden Gesellschaften bei der Wahl der Bewertungsmethode und der Bewertung der relevanten Umstände ein *erheblicher Ermessensspielraum* zuerkannt wird. Letztlich handelt es sich bei der Festsetzung des Umwandlungsverhältnisses um einen «ausgehandelten Geschäftsleitungsentscheid»¹⁶⁶.

Es liegt «eine *justiziable Unangemessenheit* des Umtauschverhältnisses (...) im Wesentlichen nur dann vor, wenn dieses in Überschreitung des Ermessensspielraums *willkürlich* festgesetzt wird»¹⁶⁷, sei dies bei falschen oder unvollständigen tatsächlichen Annahmen oder bei unzutreffender Anwendung von anerkannten Bewertungsgrundsätzen und -methoden. Es soll m. a. W. eine Wertbandbreite überprüft werden, innerhalb welcher das Umtauschverhältnis «noch als angemessen»¹⁶⁸ gilt. Das Fusionsrecht kennt – insbesondere im Gegensatz zum Börsenrecht – denn auch *keine Mindestpreisregel* und *keine «Best Price Rule»*.

Da die Z. plc das W.-Aktienpaket vor der Fusion zwischen der Beschwerdegegnerin und der W.-Holding AG erwarb, war die Z. plc nicht an ein «fusionsrechtliches Gleichbehandlungsgebot»¹⁶⁹ gebunden, sondern es stand ihr frei, den *Preis auszuhandeln*. Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 105 FusG verleiht den an der Fusion beteiligten Aktionären keinen Anspruch darauf, «zu gleichen Bedingungen abgefunden zu werden, wie Aktionäre in *ausserhalb der Fusion abgewickelten Transaktionen*»¹⁷⁰.

Das Bundesgericht sprach sich in drei weiteren Entscheiden, die besprochen werden¹⁷¹, zugunsten der *Business Judgment Rule* aus; diese Methodik wird für die *Überprüfungsklage* bzw. das Umtausch-

166 BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012: Erw. 5.1.4.

167 BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012: Erw. 5.1.4; Hervorhebungen hinzugefügt.

168 BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012: Erw. 5.2.

169 BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012: Erw. 5.4.1.

170 BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012: Erw. 5.4.2; Hervorhebung hinzugefügt.

171 Vgl. dazu vorne II. 1.1), n) sowie p).

verhältnis bestätigt¹⁷², was zumindest konsequent erscheint. Im Übrigen hielt das Bundesgericht die *relevanten Umstände* zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses fest¹⁷³.

v) *BGE 4A_547/2011 vom 16. Februar 2012*¹⁷⁴

Fusionsrecht: Kostenregelung bei Überprüfungsklagen im Prinzip zugunsten der Kläger; besondere Umstände, die eine Auferlegung der Kosten zulasten der Kläger rechtfertigen können (Art. 105 Abs. 3 FusG)

In einem weiteren, nicht amtlich publizierten Entscheid befasste sich das Bundesgericht – erneut – mit der fusionsrechtlichen *Überprüfungsklage*, die in der Wirtschaftsrealität eine nicht zu unterschätzende Rolle zu spielen scheint. Die Klageordnung statuiert, dass der *übernehmende* Rechtsträger grundsätzlich die *Kosten* eines Überprüfungsverfahrens trägt; das Gericht kann die Kosten jedoch ganz oder teilweise dem Überprüfungskläger auferlegen, wenn *besondere Umstände* es rechtfertigen¹⁷⁵.

I. c. verlangten die Beschwerdeführer im Zusammenhang mit einer Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG die Festsetzung einer *angemessenen Abfindung* für ehemalige Aktionäre der Q. AG, die durch Fusion von der Beschwerdegegnerin 1 übernommen werden sollte. Die Beschwerdeführer wehrten sich dabei insbesondere dagegen, für die *Leistung des Kostenvorschusses* aufkommen zu müssen, auf der sämtliche Vorinstanzen beharrten.

172 BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012: «Es handelt sich dabei letztlich um einen ausgehandelten Geschäftsleitungsentscheid, der vom Gericht nur zurückhaltend überprüft werden kann» (Erw. 5.1.4).

173 BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012: «Bei der Bestimmung des Umtauschverhältnisses sind alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, insbesondere das Vermögen der beteiligten Gesellschaften und die Verteilung der Stimmrechte (Art. 7 Abs. 1 FusG), aber etwa auch die Entwicklungsaussichten der an der Fusion beteiligten Gesellschaften oder die Synergien, die sich aus der Fusion ergeben (...)» (Erw. 5.1.3 a. A.).

174 Zusammenfassung: GesKR 2012, 319; SJZ 108 (2012) 518 f.; ST 87 (2013) 221.

175 Art. 105 Abs. 3 FusG: «Die Kosten des Verfahrens trägt der übernehmende Rechtsträger. Wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann das Gericht die Kosten ganz oder teilweise den Klägerinnen und Klägern auferlegen.»

Besondere Umstände zulasten der Kläger liegen z. B. vor, «wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist und sich der Kläger dessen hätte bewusst sein müssen, oder wenn er die Klage böswillig erhoben hat, um eine Gesellschaft zu erpressen oder ihr zu schaden»¹⁷⁶. Das höchste Gericht hielt einige weitere *Grundsätze* zur Kosten Sonderordnung fest¹⁷⁷:

Art. 105 Abs. 3 FusG dient – zum wirtschaftlichen Ausgleich – denjenigen Gesellschaftern, die ihre Gesellschafterstellung in Verletzung des Prinzips der Kontinuität der Mitgliedschaft *verloren* haben¹⁷⁸, die Angemessenheit der Abfindungszahlung ohne Kostenrisiko durch ein Gericht überprüfen zu lassen. Dies kommt – was i. c. nicht der Fall war – allerdings nicht für Kläger in Frage, die ihre Aktien *in Kenntnis der vorgesehenen Abfindung* gekauft haben¹⁷⁹.

2. Finanzmarktrecht

- a) *BGE 138 III 755 (Urteil 4A_127/2012 / 4A_141/2012 vom 30. Oktober 2012)*¹⁸⁰

Bankprivatrecht: Herausgabepflicht von Bestandspflegekommissionen von konzernexternen sowie von konzerninternen Dritten bei Vermögensverwaltungen (sog. Retrozessionen) (Art. 400 Abs. 1 OR)

Kein Thema des Finanzmarkt(privat)rechts fand in den letzten Jahren annähernd so viel Aufmerksamkeit wie die *Retrozessionen*

¹⁷⁶ BGE 4A_547/2011 vom 16. Februar 2012: Erw. 4 a. E. (vor Erw. 4.1).

¹⁷⁷ Die Rechtsfrage, ob Art. 105 Abs. 3 FusG auf *Kostenvorschüsse* anwendbar ist oder nicht, wurde vom Bundesgericht nicht entschieden; hierzu BGE 4A_547/2011 vom 16. Februar 2012: Erw. 3.

¹⁷⁸ BGE 4A_547/2011 vom 16. Februar 2012: Erw. 4 a. A.

¹⁷⁹ BGE 4A_547/2011 vom 16. Februar 2012: In einem solchen Fall muss der Kläger die Kosten tragen, «weil er dann wirtschaftlich betrachtet nur das Recht auf die Abfindung und nicht eine Gesellschafterstellung erwirbt, die ihm durch die Fusion entzogen werden könnte» (Erw. 4.1); zudem: BGE 135 III 605 f. Erw. 2.1.2.

¹⁸⁰ Statt vieler: NATALIA NEUMAN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Herausgabepflicht für Bestandspflegekommissionen im Auftragsrecht, Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_127/2012 und 4A_141/2012 vom 30. Oktober 2012 in Sachen Bank X und Kunde A., SZW 85 (2013) 101 ff.; Zusammenfassung: SJZ 109 (2013) 493 f.; vgl. auch SCHMID/RÜEGG (FN 21), ZBJV 150 (2014) 131 ff.

(«Kickbacks» o. Ä.). Dies trifft zu auf die Gerichtspraxis¹⁸¹, auf die Doktrin¹⁸² und – nicht zuletzt – auf die Medien, die sich um die Thematik bemühen. Juristisch geht es indes nicht um «gut» oder um «schlecht», sondern um *vertragsrechtliche* Fragen zu Art. 400 Abs. 1 OR.

Das Bundesgericht hatte bereits einige Antworten hinsichtlich Retrozessionen gegeben. *Umstritten* waren in der Wirtschaftsrealität v. a. zwei Fragen, nämlich ob die bundesgerichtliche Praxis ebenfalls einerseits auf *Banken* und andererseits auf *konzerninterne* Retrozessionen zur Anwendung gelangt. Die Finanzindustrie sagte: «Nein» und «Nein»; nunmehr hat sich «Mon Repos» geäußert, und zwar mit: «Ja» und «Ja»:

Die Bank X. AG (Beklagte) führte die Wertschriftendepots des A. (Klägers) gestützt auf *Vermögensverwaltungsverträge* und legte das Vermögen jeweils zu einem wesentlichen Teil in Anlagefonds und strukturierten Produkten an. Als Vertriebsträgerin der verschiedenen Anlageprodukte erhielt die Beklagte auch Vertriebsentschädigungen. Bei vielen der eingesetzten Anlagefonds und strukturierten Produkte handelte es sich um Anlageprodukte von mit ihr *verbundenen* Unternehmen bzw. Konzerngesellschaften.

Als der Kläger gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR einerseits *Informationen* über sowie andererseits *Herausgabe* von Zahlungen verlangte, die im Zusammenhang mit den in seinen Depots liegenden Werten von Dritten an die Beklagte geflossen waren, weigerte sich diese. Strittig war in der Folge, ob es sich bei diesen Zahlungen um Vertriebsentschädigungen für Eigenleistungen der Bank handelte oder ob ein *innerer Zusammenhang* mit den vom Kläger erteilten Vermögensverwaltungsaufträgen bestand.

Anders als das *Bezirksgericht* bejahte das *Obergericht* einen solchen Zusammenhang zwischen den der Beklagten von konzern-

181 Urteilsübersicht: CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert (Zürich 2013) 225 ff.; im Vordergrund: BGE 132 III 460 sowie BGE 137 III 393.

182 Diverse publizierte «wissenschaftliche» Stellungnahmen waren *Gutachten für Banken*, was zum Teil *nicht offengelegt* wurde; das Bundesgericht kann m. E. gelobt werden dafür, dass es – trotz fast einseitiger Doktrin – dem entsprechenden «*Systemic Bias*» *widerstand*, was nicht immer der Fall ist.

fremden Produkthanbietern zugeflossenen Bestandespflegekommissionen und den Vermögensverwaltungsaufträgen. Das Obergericht sprach dem Kläger einen Herausgabeanspruch für Bestandespflegekommissionen zu, welche die Beklagte von Anbietern *ausserhalb des Konzerns* erhalten hatte, verneinte hingegen einen Ablieferungsanspruch für Vertriebsentschädigungen, welche der Beklagten von ihren *Konzerngesellschaften* zugeflossen waren¹⁸³.

Das *Bundesgericht* erklärte aufgrund der Verwaltung des Wertchriftenkontos des Klägers durch die Beklagte die *auftragsrechtlichen Regeln* für anwendbar¹⁸⁴. Nach Art. 400 Abs. 1 OR sei die Beauftragte verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über ihre Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und herauszugeben, was ihr aus irgendeinem Grund zugekommen ist. Die Beauftragte darf durch die Auftragsausführung, abgesehen von einem vereinbarten Honorar, weder «gewinnen noch verlieren»¹⁸⁵, d. h., alle Vermögenswerte, die im *inneren Zusammenhang* zur *Auftragserfüllung* stehen, sind dem Auftraggeber zu erstatten:

«Der mit der Vergütung für die erfolgreiche Platzierung der fraglichen Finanzprodukte verbundene Anreiz, diese im Rahmen des bestehenden Vermögensverwaltungsmandats einzusetzen, steht im Zielkonflikt mit der Verpflichtung der Beklagten zur umfassenden Interessenwahrung gegenüber dem Kläger»¹⁸⁶.

Ein *innerer Zusammenhang* wurde *bejaht*, wobei im Hinblick auf die Herausgabepflicht nicht erforderlich sei, dass sich der Beauftragte «tatsächlich pflichtwidrig verhält oder der Auftraggeber einen konkreten Nachteil erleidet»¹⁸⁷. Hat der Kläger nicht darauf verzichtet¹⁸⁸, steht ihm demnach ein Herausgabeanspruch für die Bestandespflegekommissionen zu, die der Beklagten von *konzernfremden* Produkthanbietern zugeflossen sind. Die Beschwerde der Beklagten dagegen wies das Bundesgericht entsprechend ab.

183 Beide Parteien erhoben gegen das Urteil des Obergerichts jeweils Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht; die beiden Verfahren wurden vereinigt.

184 Zudem: BGE 137 III 395 Erw. 2.1 sowie BGE 132 III 463 Erw. 4.

185 BGE 138 III 759 Erw. 4.2.

186 BGE 138 III 765 Erw. 5.6.

187 BGE 138 III 762 Erw. 5.2.

188 Zu den Voraussetzungen eines *gültigen Verzichts*: BGE 138 III 771 ff. Erw. 6; vorliegend erklärte das Bundesgericht, mangels Offenlegung der entsprechenden Parameter, falle ein Verzicht a priori ausser Betracht.

Der Kläger verlangte in seiner Beschwerde ausserdem die Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, die der Beklagten von ihren *Konzerngesellschaften* zugeflossen waren. Die *Vorinstanz* schloss konzerninterne Zahlungen generell vom Anwendungsbereich von Art. 400 Abs. 1 OR aus, da es sich «nicht um eine Zahlung zwischen zwei juristisch fremden Personen»¹⁸⁹ handelt. Gemäss *Bundesgericht* setzt «eine Herausgabepflicht für indirekte Vorteile in Form von Vertriebsentschädigungen (...) voraus, dass solche dem Beauftragten von einem Dritten geleistet wurden»¹⁹⁰. Weiter führt es aus:

Die Schweiz kennt «kein systematisch kodifiziertes Konzernrecht»¹⁹¹; jeder Konzerngesellschaft kommt *eigene juristische Selbstständigkeit* zu. Das Bundesgericht schloss nicht von vornherein aus, dass auf konzerninterne Vertriebsentschädigungen Art. 400 Abs. 1 OR anwendbar ist. Es führte aus, dass «im Hinblick auf den Zweck der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (...) nicht [entscheidend sein könne], ob die Bestandespflegekommission dem Beauftragten von einer Konzerngesellschaft oder einer konzernfremden Gesellschaft entrichtet wurde, die insoweit beide als Dritte zu betrachten sind, sondern ob damit die *Gefahr* verbunden ist, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung veranlasst sehen, die *Interessen des Auftraggebers* nicht ausreichend zu berücksichtigen»¹⁹².

Und weiter: «Ein Interessenkonflikt der vermögensverwaltenden Bank besteht bei Bestandespflegekommissionen *unabhängig* davon, ob sie von einer konzernfremden oder einer verbundenen Gesellschaft ausgerichtet werden»¹⁹³. Bei konzerninternen Vorgängen sei der Interessenkonflikt gar noch *verstärkt*, da mit der Wahl eines konzerneigenen Produkts nicht nur eine Zuwendung erzielt werde, sondern gleichzeitig eine andere Konzerngesellschaft die mit diesem Produkt verbundenen Gebühren einkassieren könne: «Bei der entgeltlich erbrachten Vermögensverwaltung, bei der sich der Beauftragte zur umfassenden Interessenwahrung verpflichtet, [erscheint dies] als äusserst fraglich»¹⁹⁴.

189 BGE 138 III 774 Erw. 8.2.

190 BGE 138 III 774 Erw. 8.2.

191 BGE 138 III 775 Erw. 8.3.

192 BGE 138 III 778 Erw. 8.4; Hervorhebungen hinzugefügt.

193 BGE 138 III 778 Erw. 8.5; Hervorhebung hinzugefügt.

194 BGE 138 III 779 Erw. 8.5.

M. E. hat das Bundesgericht die obigen zwei Retrozessionsfragen *richtig beantwortet*; der Unterzeichner hat sich ausführlich geäußert, sodass auf diese Stellungnahme verwiesen werden kann¹⁹⁵. Weiterhin offen und umstritten sind insbesondere zwei weitere Fragen: Welche *Verjährungsfrist* ist im Zusammenhang mit Retrozessionen anwendbar¹⁹⁶? Muss die bundesgerichtliche Praxis nicht allein bei Vermögensverwaltungen, sondern ebenfalls bei *Anlageberatungen* (und evtl. bei Depotverhältnissen) berücksichtigt werden¹⁹⁷?

b) *BGE 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012*¹⁹⁸

Börsenrecht: Verhaltenspflichten des Effekthändlers bei der Anlageberatung (Art. 11 BEHG)

In diesem amtlich nicht publizierten Urteil des Bundesgerichts ging es um ein «Klassikerthema» des Finanzmarkt(privat)rechts, nämlich um Ansprüche aus einem sog. *Anlageberatungsvertrag*. Bekanntlich unterscheidet das höchste Gericht (und die Lehre) zwischen Vermögensverwaltung, Anlageberatung sowie blosser Konto-/Depotbeziehung¹⁹⁹; die Rechtsqualifikation des konkreten Vertragsverhältnisses wirkt sich auf die geschuldeten *Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten* aus²⁰⁰.

Wenn die beratende Bank als Effekthändlerin zu qualifizieren ist, was regelmässig der Fall sein dürfte, muss *Art. 11 BEHG* berücksichtigt werden²⁰¹. Bekanntlich soll eine «neue Architektur» des

195 PETER V. KUNZ, Retrozessionen im Wandel der Zeit – Praxisentwicklung durch BGE 138 III 755, recht 31 (2013) 289 ff. m. w. H.

196 Auswahl statt aller: SABRINA BÄNNINGER, Die Verjährung von Bestandepflegekommissionen (...), Jusletter vom 10. Juni 2013, *passim*; FLAVIO ROMERIO/CLAUDIO BAZZANI, Verjährung (...), GesKR 2013, 49 ff.; ANETTE WAYGOOD-WEINER, Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche (Diss. St. Gallen 2014) 289 ff.

197 M. E. gilt die oben erwähnte Praxis zu *Vermögensverwaltungen* prinzipiell *nicht* bei *Anlageberatungen*; a. M.: PHILIPP HABERBECK, Überlegungen zur Retrozessions-Thematik bezüglich Anlageberatungsverhältnisse, Jusletter vom 4. November 2013, Rz. 11 ff.; (noch) *nicht* entschieden wurde die Frage bei sog. *Execution-only-Beziehungen*: BGE 138 III 764 Erw. 5.5.

198 Zusammenfassung: GesKR 2012, 465.

199 BGE 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012: Erw. 3.1.

200 BGE 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012: Erw. 3.2.

201 BGE 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012: Erw. 3.3.

schweizerischen Finanzmarktrechts de lege ferenda eingeführt werden, was m. E. nicht unproblematisch ist²⁰². Die Verhaltenspflichten würden neu im sog. Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) geregelt. Zurück zum konkreten Urteil:

Die X. Genossenschaft (Beschwerdeführerin) verwaltete Gelder über ihre Hausbank Y. (Beschwerdegegnerin). Mit Klage verlangte sie die Zahlung von knapp CHF 3 Mio. Die Beschwerdeführerin machte u. a. die Verletzung vertraglicher bzw. börsenrechtlicher Pflichten geltend; so solle die Beschwerdegegnerin ihre *Aufklärungs- und Informationspflichten*, eventualiter ihre Sorgfaltspflichten und – nach dem Anlageentscheid – ihre Warnpflichten missachtet haben. Das Bundesgericht stützte den Entscheid der Vorinstanz, wonach die Beschwerdegegnerin *keine solchen Pflichten verletzt* habe, da die Beschwerdeführerin einerseits über genügend Kenntnisse verfügte und es andererseits abgelehnt habe, eine Erläuterung über die sog. *strukturierten Produkte* zu erhalten.

Eine ständige Überwachung des Depots darf bei einer *Anlageberatung* mangels anderer Vereinbarung zudem nicht erwartet werden, handelt es sich doch dabei um eine aufwändige Dienstleistung, die üblicherweise nicht umsonst erbracht wird. Der Zusammenbruch des *Lehman-Brothers-Konzerns* löste bei der Beschwerdegegnerin *keine Warnpflicht* aus, war dieser für sie doch ebenso überraschend²⁰³.

Das Bundesgericht schützte hingegen die Ansicht, «dass sich in einem Anlageberatungsverhältnis mit entsprechender Vertrauensbasis auch ohne ausdrückliche Vereinbarung nach Treu und Glauben *ausnahmsweise* dennoch eine *Überwachungs- und Warnpflicht* ergibt, dies jedoch nur in dem Sinn, dass die Bank, wenn sie mit dem Kunden in Kontakt ist und das Anlagedossier *ohnehin zur Hand nehmen muss*, auf *offensichtliche* Problemsituationen hinweisen muss»²⁰⁴. Eine solche Situation war aber i. c. nicht gegeben.

Mit grösstem Erstaunen musste der Unterzeichner – leider – zur Kenntnis nehmen, dass er *mehrfach namentlich im Entscheid erwähnt*

202 Rechtspolitisch kritisch: PETER V. KUNZ, Braucht es eine neue Architektur des Finanzmarktrechts für die Schweiz?, Die Volkswirtschaft – Das Magazin für Wirtschaftspolitik, Hrsg. SECO, 7–8/2014, 18 ff.

203 BGE 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012: Erw. 8.2.

204 BGE 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012: Erw. 8.1; Hervorhebungen hinzugefügt.

wurde, und zwar weil «als Beweis eine Expertise von Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz von der Universität Bern angeboten»²⁰⁵ wurde. Nur der guten Ordnung halber sei hiermit festgehalten, dass der Unterzeichner nicht nur kein Gutachten in diesem Zusammenhang erstellt hat, sondern dass er niemals von der ihn anführenden Partei entsprechend mandatiert – ja nicht einmal angefragt – worden ist²⁰⁶.

c) *BGE 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013*²⁰⁷

*Börsenrecht: Meldepflicht von Vermögensverwaltern;
Gesetzeswidrigkeit einer Verordnungsbestimmung
(Art. 20 BEHG, Art. 9 Abs. 2 BEHV-FINMA)*

Verletzungen der *Meldepflichten* im Rahmen von Art. 20 BEHG können *scharf sanktioniert* werden. Umso wichtiger ist, dass Klarheit sowohl bei den Pflichten einerseits als auch bei den Pflichtigen andererseits besteht²⁰⁸. In der Wirtschaftsrealität bestehen immer wieder Unsicherheiten in Bezug auf *Vermögensverwalter* und deren börsenrechtliche Meldepflichten. Ein französischsprachiges Urteil schafft zumindest mehr Klarheit²⁰⁹.

Vermögensverwalter mussten bis anhin *Art. 9 Abs. 2 BEHV-FINMA* berücksichtigen: «Meldepflichtig ist zudem, wer durch den Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungen *auf Rechnung von mehreren*, untereinander unabhängigen wirtschaftlich Berechtigten Grenzwerte erreicht, über- oder unterschreitet und in entsprechendem

205 BGE 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012: Erw. 6.2.

206 Das Bundesgericht legt grossen Wert auf die *Persönlichkeitsrechte* der Parteien, sodass sie – anders als der Unterzeichner – anonymisiert wurden; der Unterzeichner wird sich mit den Rechtsanwältinnen der Beschwerdeführer, die sich ja auf ihn (wieso auch immer) berufen, in Verbindung setzen müssen – es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass ein solches Verhalten *höchst unprofessionell und unkollegial* ist.

207 DIETER GERICKE/DANIEL KUHN, Börsenrechtliche Offenlegungspflicht des Vermögensverwalters: Vorrang des Rechtsstaats im Kapitalmarktrecht, GesKR 2014, 93 ff.

208 Da es sich beim Börsengesetz (BEHG) um ein *Rahmengesetz* handelt, ergeben sich die zentralen Details aus diversen *Verordnungen*; für die Meldepflichten steht die von der Aufsichtsbehörde erlassene Börsenverordnung-FINMA (SR 954.193) im Vordergrund.

209 In einer Medienmitteilung vom 7. August 2014 mit dem Titel «Offenlegungsrecht in Bewegung» bezeichnet die Offenlegungsstelle der SIX Swiss Exchange den Entscheid als «wichtiges Urteil des Bundesgerichts» und fasst ihn kurz zusammen.

Umfang zur *Ausübung der Stimmrechte ermächtigt* ist.» Je nach konkretem Vermögensverwaltungsvertrag – es gilt Vertragsfreiheit – schienen somit *Vermögensverwalter meldepflichtig*.

Die in den USA domizilierte X. LLC (Beschwerdeführerin) ist die Muttergesellschaft einer internationalen Gruppe, die Dienstleistungen im Bereich der *Vermögens- und Investmentberatung* erbringt. Dabei investierten die Beschwerdeführerin und deren Tochtergesellschaften u. a. in Gesellschaften, die an der *SIX* kotiert sind.

Am 18. Dezember 2009 reichten die Beschwerdeführerin und die A. Limited²¹⁰ bei der *Offenlegungsstelle der SIX* («OLS») ein *Gesuch um Vorabentscheid* ein, in dem festzustellen sei, dass die beiden Gesellschaften nicht in gemeinsamer Absprache handelten und damit ihre Beteiligungen unabhängig voneinander offenlegen könnten. Mit *Empfehlung* vom 24. März 2010 entsprach die OLS diesem Gesuch, hielt aber gleichzeitig fest, dass die B-Klasse-Aktionäre²¹¹ der Beschwerdeführerin eine organisierte Gruppe bildeten, welche die Beschwerdeführerin kontrolliere. Folglich seien die B-Klasse-Aktionäre die indirekten Halter der von der Beschwerdeführerin gehaltenen Beteiligungen und diese seien mit ihren eigenen Beteiligungen *konsolidiert offenzulegen*.

Gegen diese Empfehlungen gelangten sowohl die A. als auch die Beschwerdeführerin an die FINMA. Diese trat in Bezug auf die A. nicht auf die Einsprache ein und wies die Einsprache hinsichtlich der Beschwerdeführerin ab. Die FINMA – und auf Beschwerde hin

210 Gemäss Sachverhalt (vgl. Faits A. b.) stellte die A. eine Gesellschaft dar, deren Aktien teilweise von den Aktionären der Beschwerdeführerin gehalten wurden; A. war im Verfahren vor dem Bundesgericht nicht mehr Partei und spielte für die Erwägungen des Bundesgerichts keine Rolle.

211 Gemäss Sachverhalt (vgl. Faits A. a.) wies das Aktionariat der Beschwerdeführerin *zwei verschiedene Aktionärsklassen* auf: Die Aktionäre der *Klasse A*, nämlich 20 Mitarbeiter der Beschwerdeführerin, hielten insgesamt 51% der Stimmrechte (A-Klasse-Aktionäre); jeder Mitarbeiter vereinigte nicht mehr als 5% der Stimmrechte auf sich; die Aktien der *Klasse B* entsprachen insgesamt 49% der Stimmrechte; sie wurden von den Mitgliedern der Gründerfamilien gehalten; die B-Klasse-Aktionäre waren durch einen ABV gebunden, der sie verpflichtete, in Übereinstimmung mit der Mehrheit der B-Klasse-Aktionäre zu stimmen; das gesamte Aktionariat der Beschwerdeführerin war zudem durch einen weiteren ABV gebunden, der insbesondere Übertragungsbeschränkungen sowie für bestimmte Entscheidungen ein Vetorecht zugunsten der B-Klasse-Aktionäre vorsah.

auch das Bundesverwaltungsgericht²¹² – waren gleichermaßen der Ansicht, dass es sich bei den B-Klasse-Aktionären um eine organisierte Gruppe gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b BEHV-FINMA handle, womit ihnen eine Offenlegungspflicht bezüglich der von der Beschwerdeführerin und deren Tochtergesellschaften gehaltenen Beteiligungen zukomme.

Gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts gelangte die Beschwerdeführerin mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans *Bundesgericht*:

Vor dem höchsten Gericht war die Frage zu beantworten, ob die Beschwerdeführerin «für eigene Rechnung» gemäss Art. 20 Abs. 1 BEHG gehandelt hätte und ob sie damit verpflichtet gewesen wäre, die von ihr *verwalteten* Beteiligungen, die *ihren Kunden gehörten*, zu melden²¹³. Das Bundesgericht legte diese Begrifflichkeit grammatikalisch, historisch, teleologisch und systematisch aus²¹⁴ und folgerte: «En conclusion, l'art 9 al. 2 OBVM-FINMA, qui prévoit une obligation de déclarer alors que les participations sont détenues pour le compte de tiers, *ne correspond pas* au sens véritable de l'art 20 al 1 LBVM (...) et s'écarte donc du cadre de la délégation de compétence prévue à l'art 20 al. 5 LBVM»²¹⁵.

Die Beschwerdeführerin habe damit keine Verpflichtung, die Beteiligungen, die sie und ihre Tochtergesellschaften *für ihre Kunden halten*, mit ihren *eigenen Beteiligungen konsolidiert* zu melden; eine solche Verpflichtung könne auch nicht den (B-Klasse-)Aktionären der Beschwerdeführerin auferlegt werden²¹⁶.

Art. 9 Abs. 2 BEHV-FINMA ist – trotz festgestellter *Gesetzeswidrigkeit* – nach wie vor *in Kraft*, und es scheint, dass die BEHV-FINMA auch nicht revidiert wird²¹⁷. De lege ferenda soll aber eine Neuordnung der Thematik im Rahmen des geplanten *Finanzmarktinfrastrukturgesetzes* (FinfraG) geschaffen werden. M. E. sollte indes

212 Hierzu: BVGer B-5217/2011 vom 6. Dezember 2012.

213 BGE 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013: Erw. 5.

214 BGE 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013: Erw. 6.1–Erw. 6.6.

215 BGE 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013: Erw. 6.8.

216 BGE 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013: Erw. 6.8 und Erw. 7.

217 Auf Anfrage hat die *FINMA erklärt*, dass die *aufsichtsrechtliche Praxis* diesem Urteil *Rechnung trägt*; insbesondere werden laufende Verfahren auf dieser Grundlage nicht weiterverfolgt, und die Offenlegungsstellen der Börsen machen in diesem Zusammenhang keine Anzeigen mehr.

aus Gründen der Rechtssicherheit – und nicht zuletzt angesichts der unklaren Zukunftsaussichten der «neuen Architektur» im Finanzmarktrecht²¹⁸ – Art. 9 Abs. 2 BEHV-FINMA aufgehoben werden.

d) BGE 2C_30/2011; 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012²¹⁹

Bankrecht: unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen; Liquidation; Werbeverbot (Art. 1 Abs. 2 BankG)

In diesem Urteil befasste sich das Bundesgericht mit Gesellschaften und natürlichen Personen, die als «Gruppe»²²⁰ unter den Brüdern C. zusammen agierten und sich so gemäss der Ansicht der Vorinstanz der *unbewilligten Entgegennahme von Publikumseinlagen* schuldig machten, wobei die Gesellschaften mit der Liquidation, die natürlichen Personen mit einem offiziell veröffentlichten Werbeverbot sanktioniert wurden. Da den Beschwerden die gleichen Sachverhalte zugrunde lagen, wurden die beiden Verfahren 2C_30/2011 und 2C_543/2011 *vereinigt* und mit einem gemeinsamen Entscheid erledigt.

Gemäss Bundesgericht wurden die *Verflechtungen innerhalb der «Gruppe»* benutzt, um die bewilligungspflichtigen Aktivitäten zu fördern. Dies u. a. durch ein «Cross-Selling», d. h. durch eine gegenseitige Unterstützung in Bezug auf die jeweiligen Geschäftstätigkeiten. Die Gruppenmitglieder nahmen «über formell getrennte, inhaltlich zum Teil aber verschachtelte Strukturen Gelder entgegen (...), welche in erheblichem Umfang und weitgehend ohne jede Sicherung und damit gegen den Fremdvergleichsgrundsatz (ALP: «Arm's length principle») den Brüdern C. überantwortet wurden, welche diese benutzten,

218 Vgl. dazu vorne II. 2. b).

219 Zusammenfassung: GesKR 2012, 317 f.

220 Das Bundesgericht setzte sich in BGE 136 II 43 mit dem *Verhalten der Gruppe* auseinander und hielt fest: «Ein gruppenweises Handeln kann insbesondere dann vorliegen, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten bzw. aufgrund der Umstände (Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; faktisch gleicher Geschäftssitz; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; zwischengeschaltete Treuhandstrukturen) davon auszugehen ist, dass koordiniert – ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet – eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt wird» (BGE 136 II 50 Erw. 4.3.1).

um damit Zinsen, vermeintliche Renditen und Kapitalrückzahlungen zu finanzieren (...)»²²¹.

Das Bundesgericht hatte sich mit BGE 136 II 43 aus dem Jahr 2009 intensiv mit der Sanktion der *aufsichtsrechtlichen Liquidation* von Gesellschaften auseinandergesetzt und dabei festgehalten, dass dies die schärfste Massnahme darstelle, unter welcher «Gesellschaften liquidiert werden [sollen], die vorwiegend von *finanzmarktrechtlich illegalen* Tätigkeiten leben und *Gläubiger gefährden*, nicht Gesellschaften, die (allenfalls) in punktueller Verkennung finanzmarktrechtlicher Pflichten eine legale Tätigkeit ausüben und denen nicht unzweifelhaft nachgewiesen werden kann, dass sie Teil eines grösseren Systems bilden»²²².

Lasse sich ein *buchhalterisch klar abgrenzbarer* Teil liquidieren und bestehe künftig kein relevantes Risiko mehr, dass bewilligungspflichtige Aktivitäten entfaltet würden, sei dieser Variante der Vorzug zu geben:

Das Bundesgericht erachtete die Aktivitäten nicht als «untergeordnete punktuelle Verkennung der gesetzlichen Vorschriften von schwergewichtig in bewilligungslosen Bereichen tätigen Betrieben»²²³, sondern vielmehr um «Umgehungsstrukture»²²⁴, die sich nicht von der illegalen Tätigkeit abgrenzen liessen. Aufgrund der *organisatorischen und personellen Verflechtungen* konnte nicht ausgeschlossen werden, dass es ohne aufsichtsrechtliche Liquidation zu einer Fortführung der bisher bewilligungspflichtigen Aktivitäten kommen würde, sodass das Bundesgericht die *Liquidation als Sanktion* bestätigte.

Einen wesentlichen Eingriff in die allgemeinen sowie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte stellt die *Veröffentlichung des Verboots* dar, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte Publikationseinlagen entgegenzunehmen oder für die Entgegennahme von Publikationseinlagen in irgendeiner Form zu werben («naming and shaming») ²²⁵. Damit eine Veröffentlichung nach *Art. 34 FINMAG* gerechtfertigt ist, müssen «die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit

221 BGE 2C_30/2011; BGE 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012: Erw. 3.2.6.

222 BGE 136 II 59 f. Erw. 7.3.4; Hervorhebungen hinzugefügt.

223 BGE 2C_30/2011; BGE 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012: Erw. 4.2.

224 BGE 2C_30/2011; BGE 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012: Erw. 4.2.

225 BGE 2C_30/2011; BGE 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012: Erw. 5.2.1.

der Finanzmärkte einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits»²²⁶ die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen überwiegen.

Obwohl den von der Veröffentlichung betroffenen Gruppenmitgliedern *keine prioritäre Rolle* zukam, konnten sie doch die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen als Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nicht ignorieren und waren als Teil der Gruppe wesentlich an den *schweren Verletzungen* finanzmarktrechtlicher Regeln *beteiligt*. Hinzu kam die Grösse des verursachten Schadens: Die Gruppe hatte Publikumsgelder von rund CHF 30 Mio. entgegengenommen, die grösstenteils verloren wurden. Entsprechend schützte das Bundesgericht die Ansicht der Vorinstanz, dass der Schutz von potenziellen Anlegern dem Interesse der Betroffenen vorgehe und sich eine auf *fünf Jahre* beschränkte *Publikation* auf der Website der FINMA rechtfertige.

e) *BGE 138 III 137 (Urteil 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012)*²²⁷

Bucheffektenrecht: Rechtsnatur und Herausgabe von Bucheffekten (Art. 965 OR; Art. 400 Abs. 1 OR)

Am 1. Oktober 2009 trat ein gänzlich neues finanzmarktrechtliches Gesetz als «Lex specialis» in Kraft, nämlich das *Bucheffektengesetz* (BEG)²²⁸; es handelt sich, etwas trivialisiert, um eine Spezialistenmaterie primär «technischer» Natur (für Banken etc.). Im Zusammenhang mit einem Streit auf Herausgabe im Rahmen von Art. 400 Abs. 1 OR wurden grundsätzliche Aussagen zu sog. *Bucheffekten* gemacht.

²²⁶ BGE 2C_30/2011; BGE 2C_543/2011 vom 12. Januar 2012; Erw. 5.2.1.

²²⁷ SCHMID/RÜEGG (FN 21), ZBJV 150 (2014) 122 ff.; KARIM MAIZAR, Rechtsnatur und Herausgabe von Bucheffekten – Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A_155/2011 vom 10. Januar 2012 (auszugsweise publiziert in BGE 138 III 137 ff.), GesKR 2012, 445 ff.; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, ZBJV 150 (2014) 386 ff.; auf die im Urteil angesprochenen Aspekte betreffend *einfache Gesellschaft* wird an anderer Stelle kurz hingewiesen: Vgl. dazu vorne II. 1. b).

²²⁸ SR 957.1; allg. zum *Bucheffektenrecht*: PETER V. KUNZ, Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht (Bern 2014) 15 f. sowie v. a. 55 ff.

Der Beschwerdeführer wurde durch den Beschwerdegegner beauftragt, als direkter Stellvertreter dessen Namen- sowie Inhaberaktien und Partizipationsscheine zum fünffachen Nennwert zu verkaufen²²⁹. Der Beschwerdeführer verkaufte in der Folge einzig die Namenaktien, diese aber zum zehnfachen Nennwert. Der Beschwerdegegner verlangte den Betrag des Mehrerlöses wie auch die Herausgabe der Inhaberaktien und Partizipationsscheine.

Strittig war, ob überhaupt ein solcher *Anspruch auf Herausgabe* bestand und auf *welche Rechtsgrundlage* sich dieser allenfalls stützen konnte. Das BEG trat während des Rechtsmittelverfahrens in Kraft. *Sammelverwahrte* Wertpapiere, die einem Effektenkonto bei einer Verwahrungsstelle wie einer Bank gutgeschrieben sind, wurden mit Inkrafttreten des BEG *automatisch* zu Bucheffekten:

«Dies hat zur Folge, dass eine *Vindikation* von sammelverwahrten Wertpapieren, die einem Effektenkonto bei einer Bank gutgeschrieben waren, ab dem Inkrafttreten des BEG am 1. Januar 2010 *nicht mehr* möglich ist. Ein Wertpapier ist eine Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann (Art. 965 OR) (...). Die streitgegenständlichen sammelverwahrten Inhaberaktien und Partizipationsscheine, welche auf dem Bankdepot eingebucht sind, wurden somit am 1. Januar 2010 zu Bucheffekten, mit der Konsequenz, dass eine Vindikation vorliegend nicht mehr möglich ist»²³⁰.

Dem Beschwerdegegner blieben die *vertraglichen* Anspruchsgrundlagen offen. Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte alles abzuliefern, was ihm infolge seiner Geschäftsführung aus irgendeinem Grunde zugekommen ist. Er hat alle Vermögenswerte herauszugeben, die in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen: «Sowohl der Differenzbetrag aus dem Erlös als auch die als Bucheffekten ausgestalteten Titel stellen Vermögenswerte dar und können Gegenstand der Herausgabepflicht sein»²³¹.

Vorliegend verkaufte der Beschwerdeführer die Namenaktien zu einem deutlich höheren Preis als vom Beschwerdegegner in Auftrag gegeben. Die Genehmigung dieses Geschäfts durch den Beschwerde-

229 Die Titel waren in einem *gemeinsamen Bankdepot hinterlegt* zur Absicherung eines «Verkäuferpools»: Vgl. dazu vorne II. 1. b).

230 BGE 138 III 141 Erw. 5.2.2; Hervorhebungen hinzugefügt.

231 BGE 138 III 142 Erw. 5.3.3.

gegner vorausgesetzt, hat der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner diesen Mehrerlös wie auch die noch bei ihm verbleibenden Titel herauszugeben.

M. E. liegt der bleibende Wert des Urteils insbesondere in der – basierend auf den Materialien – höchstrichterlichen Bestätigung, dass es sich bei Bucheffekten um *Vermögensobjekte sui generis* handle²³². Diese Schlussfolgerung kann (und soll) nicht bestritten werden. Art. 3 BEG stellt Basis dar für die *Rechtsnatur* von Bucheffekten, d. h. das Kernthema des Bucheffektenrechts, zu dem sich der Unterzeichner detailliert geäußert hat²³³.

f) *BGE 139 II 279 (Urteil 2C_119/2013 vom 9. Mai 2013)*²³⁴

Finanzmarktaufsichtsrecht: Parteistellung eines Privaten, der ein aufsichtsrechtliches Verfahren der FINMA gegen eine Bank anstrebt (Art. 6 und 48 VwVG; Art. 31 und 35 FINMAG)

Im vorliegenden amtlich publizierten Urteil hatte sich das Bundesgericht u. a. mit der Frage zu beschäftigen, ob ein *Anzeiger gegen eine Bank* dadurch *Parteistellung* im anschliessenden Verfahren der FINMA erhält oder nicht. Generell hatte sich das höchste Gericht zu den «Kompetenzbereichen» von Finanzmarktprivatrecht sowie Finanzmarktaufsichtsrecht zu äussern, das immer wieder zu Diskussionen veranlasst²³⁵.

232 BGE 138 III 139 Erw. 5.2.1.

233 PETER V. KUNZ, Basler Kommentar – Wertpapierrecht: Bucheffektengesetz (Basel 2012) N 4 ff. zu Art. 3 BEG; zudem: DERS., Legislative Aktivitäten im Finanzmarktrecht – zum Entwurf für ein neues Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG), in: Anlagerecht, SBT 2007 (Basel 2007) 46 ff.

234 SERAINA GRÜNEWALD, Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA, GesKR 2013, 432 ff.; SUSAN EMMENEGGER/LUC THÉVENOZ/RAHEL GOOD/DIANA MACHADO GOMES, Das schweizerische Bankprivatrecht 2012–2013, SZW 85 (2013) 334; SIMON BÜHLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht (...), SZW 85 (2013) 563 ff.; PETER NOBEL, Das Finanzmarktaufsichtsrecht Mitte 2012 bis Mitte 2013, SZW 85 (2013) 442; Zusammenfassung: AJP 22 (2013) 1681; GesKR 2013, 440.

235 Evident ist dies beispielsweise bei der Thematik der *Retrozessionen*, die eigentlich zum privatrechtlichen Bereich gehören; nichtsdestotrotz hat sich die FINMA dazu «eingemischt» mittels der zum Teil heftig kritisierten *Mitteilung Nr. 41* aus dem Jahr 2012 («Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen»).

Im Jahr 2000 eröffnete X. (Beschwerdeführer) eine Bankbeziehung zur in der Schweiz domizilierten Bank Y. AG. Diese empfahl X. im März 2000, die Bankbeziehung auf ihre Tochtergesellschaft, die Bank Z. Ltd., mit Sitz auf den Bahamas zu übertragen. X. unterhielt fortan Bank- und Wertschriftenkonten mit der Bank Z., korrespondierte aber nach wie vor mit Mitarbeitern der Bank Y. und wurde in deren Räumlichkeiten betreut.

Am 19. Oktober 2010 erhob X. gegen die Bank Y. bzw. die Bank Z. eine *Anzeige bei der FINMA* (Beschwerdegegnerin) und verlangte eine aufsichtsrechtliche Untersuchung gegen die faktische Geschäftsniederlassung der Bank Z., die keine Bankenbewilligung besitze, und die faktische Bankzweigniederlassung gegebenenfalls zu liquidieren. X. forderte sowohl *Parteistellung* als auch *Akteneinsicht*, um im Untersuchungsverfahren materiell-rechtliche Ansprüche gegen die Angezeigten durchzusetzen.

Die FINMA teilte X. mit, ihm komme im allfälligen Verwaltungsverfahren *keine Parteistellung* zu, woraufhin X den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung verlangte. Per Verfügung vom 11. Mai 2012 wies die *FINMA* das Gesuch um Parteistellung und Akteneinsicht ab. Das *Bundesverwaltungsgericht* sowie das *Bundesgericht* wiesen die gegen die abschlägige Verfügung der FINMA gerichtete Beschwerde von X. ab.

Das Bundesgericht stellte fest, die Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA richte sich – aufgrund mangelnder Regelungen im BankG oder im FINMAG – nach Art. 6 und 48 VwVG. Gemäss *Art. 48 VwVG* erfordert die Parteistellung das Erfüllen der Voraussetzungen an die Beschwerdelegitimation, etwa eine besondere Berührtheit durch die angefochtene Verfügung. Um *Popularbeschwerden auszuschliessen*, stellt das Bundesgericht bei Dritten, die nicht unmittelbar Verfügungsadressat sind, erhöhte Anforderungen. Es verlangt für die *Berührtheit*, dass der Beschwerdeführer «stärker als ein beliebiger Dritter betroffen [ist] und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache [steht]»²³⁶, m. a. W. eine *spezifische Beziehungsnähe*.

Überdies erfordere die Parteistellung «einen *praktischen Nutzen* aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids, d. h. [die] Situation [des Beschwerdeführers] muss durch

den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können»²³⁷. Ein *schutzwürdiges Interesse* sei *nicht bereits* dann gegeben, wenn bei einer Aufsichtsbehörde eine Anzeige erstattet wird bzw. ein aufsichtsrechtliches Vorgehen gegen einen Dritten verlangt wird. Das Interesse an der Parteistellung ist nur dann schutzwürdig, wenn dadurch ein *materieller oder ideeller Nachteil vermieden* werden kann²³⁸.

Im Rahmen der Finanzmarktaufsicht sei nicht ausreichend, dass X. als Anzeiger zugleich Anleger bei der betreffenden Bank ist: «[E]r muss vielmehr glaubhaft nachweisen, dass und inwiefern seine Rechte als Anleger konkret gefährdet oder verletzt sind und er deshalb ein eigenes, unmittelbares schutzwürdiges Interesse (...) hat»²³⁹.

Die Argumentation von X., der seinen Anspruch auf Parteistellung inhaltlich auf *Art. 31 FINMAG* sowie *Art. 35 FINMAG* stützte, lehnte das Bundesgericht in seiner Entscheidung mit folgender Begründung ab:

Die Beziehung zwischen Bankkunde und Bank unterliege dem *Zivilrecht* und obwohl die *Finanzmarktaufsicht* insbesondere dem Gläubiger- und Anlegerschutz diene, bleibe es eine wirtschaftspolizeiliche Aufgabe, weshalb zivilrechtliche Ansprüche nur im Zivilprozess durchzusetzen sind. Aus *Art. 31 FINMAG* könne weder ein *Anspruch auf ein Tätigwerden der FINMA* noch «eine öffentlich-rechtliche Forderung auf Rückerstattung der ohne Bewilligung entgegengenommenen Gelder»²⁴⁰ abgeleitet werden.

Werde für ein ohne Bewilligung tätiges Institut durch die *FINMA* die Liquidation (*Art. 23^{quinquies} BankG*) oder im Falle einer Überschuldung der Konkurs (*Art. 33 ff. BankG*) angeordnet, erfolge diese im Rahmen des *Privatrechts*. Mithin sei die «Konzeption des Gesetzes (...) nicht die, dass bei unbewilligter Geschäftstätigkeit eine öffentlich-rechtliche Rückerstattungsforderung neben die zivilrechtliche Forderung tritt»²⁴¹. Das aufsichtsrechtliche Tätigwerden verbessere

237 BGE 139 II 282 Erw. 2.2; Hervorhebung hinzugefügt.

238 Berücksichtigt werden müsse zudem die anderweitige Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen im *Zivil- oder Strafprozess*.

239 BGE 139 II 283 Erw. 2.3.

240 BGE 139 II 285 Erw. 4.2.

241 BGE 139 II 286 Erw. 4.2.

demnach *höchstens die Rahmenbedingungen*, um eine zivilrechtliche Forderung durchzusetzen.

Auch aus Art. 35 FINMAG vermochte der Beschwerdeführer *keinen Anspruch auf Parteistellung* abzuleiten. Die Einziehung von Gewinnen habe rein verwaltungsrechtlichen Charakter, und die Möglichkeit der Rückerstattung an Geschädigte «nach [Art. 35] Abs. 6 begründet nicht anstelle oder zusätzlich zu den zivilrechtlichen eine öffentlich-rechtliche Forderung»²⁴². Insbesondere könne diese Bestimmung nicht zur Beurteilung strittiger Zivilansprüche der Parteien angerufen werden, sondern diene «bloss der Durchsetzung *liquider zivilrechtlicher Forderungen*»²⁴³, womit es einer unbestrittenen oder gerichtlich festgestellten Forderung bedürfe, die i. c. mit der *bestrittenen* und nach anwendbarem Recht bereits *verjährten* Forderung offensichtlich nicht bestehe.

M. E. verdient das Urteil sicherlich Zustimmung. Nicht zuletzt wird dadurch (zwischen den Zeilen) ersichtlich, dass das Finanzmarktaufsichtsrecht einerseits sowie die FINMA andererseits *nicht instrumentalisiert* werden dürfen im Hinblick auf *privatrechtliche* Ansprüche; insofern werden sich gewisse Praktiker, die Aufsichtsverfahren (und Strafverfahren) im Sinne eines «free-riding» initialisieren, wieder auf die *zivilrechtlichen Grundsätze besinnen* müssen (z. B. hinsichtlich der Beweislastregeln)²⁴⁴.

242 BGE 139 II 287 Erw. 4.3.3.

243 BGE 139 II 287 Erw. 4.3.3.

244 M. a. W. kann und soll die *Eigenverantwortlichkeit nicht delegiert* werden auf die Allgemeinheit bzw. auf Behörden, die gegenüber den Finanzintermediären «Druck machen» könnten.