

**Zeitschrift  
des Bernischen  
Juristenvereins**

**Revue  
de la société  
des juristes  
bernois**

154. Jahrgang  
Erscheint  
jeden Monat  
Januar  
2018

**1 2018**

[www.zbjv.ch](http://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

- 1** Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts  
in den Jahren 2014/2015:  
Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht  
Von Professor PETER V. KUNZ, Bern
- 59** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015  
Arbeitsrecht  
Von Prof. Dr. iur. WOLFGANG PORTMANN und  
RA Dr. iur. ROGER RUDOLPH

## Impressum

### Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern  
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88  
E-Mail [verlag@staempfli.com](mailto:verlag@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://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, St. Gallen; 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; Kantonsgerichtsschreiber 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 WYTTEBACH, Bern.

### Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 187.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 146.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

*Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:*

Schweiz CHF 163.–, Ausland CHF 205.–,  
Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 128.–,  
Einzelheft CHF 12.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

**[www.zbjv.recht.ch](http://www.zbjv.recht.ch)**

### Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern  
Tel. 031 300 63 25

E-Mail [periodika@staempfli.com](mailto:periodika@staempfli.com), Internet [www.staempfliverlag.com/zeitschriften](http://www.staempfliverlag.com/zeitschriften)

**Inserate:** Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,  
Tel. 031 300 63 89

E-Mail [inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com/zeitschriften](http://www.staempfli.com/zeitschriften)

**Druck und Spedition:** Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,  
Tel. 031 300 66 66

E-Mail [info@staempfli.com](mailto:info@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://www.staempfli.com)

**Auflage:** 2014 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print)/  
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

# Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2014/2015: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht

Von Professor PETER V. KUNZ<sup>1</sup>, Bern

## Inhaltsübersicht

### I. Einleitung

- A. Zum Nutzen von Rezensionen
- B. Überblick sowie Dank

### II. Ausgewählte Bundesgerichtsentscheide

- A. Gesellschaftsrecht
  - 1. Personengesellschaften
    - a) Urteil 4A\_533/2014
    - b) BGE 140 III 312 (Urteil 4A\_73/2014)
    - c) Urteil 4A\_150/2014
  - 2. Aktienrecht
    - 2.1 Rückerstattung von Leistungen
      - d) BGE 140 III 602 (Urteil 4A\_195/2014, 4A\_197/2014)
    - 2.2 Sonderprüfung
      - e) BGE 140 III 610 (Urteil 4A\_319/2014)
    - 2.3 Rechte des Aktionärs
      - f) BGE 142 III 16 (Urteil 4A\_296/2015)
    - 2.4 Mängel in der Organisation der Gesellschaft
      - g) BGE 140 III 349 (Urteil 4A\_235/2013)
      - h) Urteil 4A\_605/2014
      - i) Urteil 4A\_147/2015
      - j) Urteil 4A\_717/2014
      - k) BGE 141 III 43 (Urteil 4A\_238/2014)
    - 2.5 Liquidation
      - l) Urteil 4A\_46/2014

---

<sup>1</sup> Univ.-Prof. Dr. iur. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL. M. (Georgetown University Law Center), ist seit dem Jahr 2005 als Ordinarius für Wirtschaftsrecht sowie für Rechtsvergleichung an der Universität Bern sowie als geschäftsführender Direktor des Instituts für nationales und für internationales Wirtschaftsrecht ([www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)) tätig; er amtet zudem seit dem Jahr 2015 als Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät; der vorliegende Beitrag wurde im *September 2017* abgeschlossen.

- 2.6 Verantwortlichkeit
    - m) Urteil 4A\_147/2014
    - n) Urteil 4A\_603/2014
    - o) BGE 141 III 112 (Urteil 4A\_428/2014)
    - p) BGE 142 III 23 (Urteil 4A\_425/2015)
  - 2.7 Business Judgment Rule (BJR)
    - q) Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014
    - r) Urteil 4A\_219/2015
  3. Recht der GmbH
    - s) BGE 140 III 409 (Urteil 4A\_93/2014)
    - t) BGE 141 V 634 (Urteil 9C\_327/2015)
  4. Genossenschaftsrecht
    - u) BGE 140 III 206 (Urteil 4A\_363/2013)
    - v) Urteil 4A\_370/2015
  5. Konzernrecht
    - w) BGE 140 III 533: «Swisscargo» (Urteil 4A\_138/2014)
    - x) Urteil 4A\_100/2015
- B. Finanzmarktrecht
1. Bankprivatrecht
    - a) Urteil 4A\_336/2014
  2. Öffentliches Bankrecht/Bankenaufsicht
    - b) Urteil 2C\_122/2014
    - c) Urteil 2C\_671/2014
  3. Geldwäschereirecht
    - d) Urteil 2C\_1184/2013

## I. Einleitung

### A. Zum Nutzen von Rezensionen

Die *hoheitlichen* Tätigkeiten im Bereich des Rechts befassen sich in aller Regel entweder mit Rechtssetzungen oder mit Rechtsanwendungen. Rechtsprofessoren befassen sich mehrheitlich mit *Rechtssetzungen*, also mit *generell-abstrakten* Normen, sei es vorgängig für die Rechtspolitik oder bei nachfolgenden Einschätzungen von Erlassen. *Rechtsanwendungen* als *individuell-konkrete* Entscheide durch Gerichte (Urteile) oder durch Behörden (Verfügungen) sind in der Tendenz von untergeordnetem professoralem Interesse.

Es stellt eine *wenig spannende Aufgabe* dar, gerade für Wissenschaftler, Urteile im Allgemeinen sowie Bundesgerichtsentscheide im Besonderen zu rezensieren. Der Verfasser hat sich denn auch sehr

lange sehr bewusst «verweigert»<sup>2</sup> und empfindet nach wie vor wenig persönliche Begeisterung.<sup>3</sup> Die *Mitglieder des Bundesgerichts* scheinen sich nicht – oder im besten Fall am Rand – für solche Rezensionen zu interessieren,<sup>4</sup> und wer könnte es ihnen verübeln? Ähnlich dürfte es sich bei einem *Grossteil der Leserschaft* verhalten. Und warum werden trotzdem Urteilrezensionen publiziert (auch durch den Verfasser)?

Es gibt im Wesentlichen *zwei Gründe* für Besprechungen von Bundesgerichtsentscheiden, notabene mit kurzfristigen sowie langfristigen Motivationen. *Kurzfristig orientierte Rezensionen* (meist Tage oder Wochen nach dem Urteilsspruch) informieren über jüngste Entscheide und dienen damit der Sensibilisierung des Rechtspublikums. *Langfristig orientierte Rezensionen* – wie die vorliegende, die erst Jahre nach den Urteilen erscheint – versuchen hingegen, eine gesamtheitliche Einordnung vorzunehmen und damit nicht zuletzt die Qualität der Praxis kommentierend positiv zu beeinflussen.

Die *Kritik am Bundesgericht* (und an seinen Urteilen) ist *konzeptionell unfair*, weil wir Rezensenten keine Dossierkenntnisse zu den konkreten Verfahren haben und insofern die Güte der Entscheide («on the merits») selten wirklich einschätzen können. Rezensionen stellen folglich nur, aber immerhin, *primäre Textkritik* zu Urteilen dar – doch eine solche scheint durchaus angebracht, und das Bundesgericht sollte sie (im Eigeninteresse) zur Kenntnis nehmen. Seit Jahren fällt dem Verfasser – als Beispiel – die *methodische Beliebigkeit* des Bundesgerichts zum *Wirtschaftsrecht* auf.<sup>5</sup> Wird sich daran etwas ändern?

Zwei *persönliche Kritikpunkte* sollen in Bezug auf Bundesgerichtsentscheide (erneut) wiederholt werden. Auf der einen Seite sind – sofern überhaupt vorhanden – die Grundsätze, wann ein Urteil *amtlich publiziert* wird (oder eben nicht), kaum zu erkennen. Auf der anderen Seite darf zwar der Persönlichkeitsschutz nicht unterminiert

---

2 ZBJV 149 (2013) 101.

3 ZBJV 151 (2015) 123.

4 ZBJV 149 (2013) 99.

5 Nebst dem seit Jahren bewährten *pragmatischen Methodenpluralismus* des Bundesgerichts besteht zwar keine Sondermethodik zum Wirtschaftsrecht, doch sollten – gerade auch vom höchsten Gericht der Schweiz – gewisse *methodische Besonderheiten* berücksichtigt werden; jüngst: PETER V. KUNZ, Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?, recht 35 (2017) 141 ff.

werden, doch die *Praxis zur Anonymisierung* erscheint fast lächerlich bei Fällen, die beispielweise durch Medienberichterstattungen geradezu als *notorisch* zu bezeichnen sind.

## B. Überblick sowie Dank

Im Rahmen der vorliegenden Darstellung erfolgen Rezensionen von durch den Unterzeichner und sein Team *ausgewählten Bundesgerichtsentscheiden* der Jahre 2014 bzw. 2015, und zwar – wie bereits die letzten beiden Male für die Jahre 2010 und 2011<sup>6</sup> sowie für die Jahre 2012 und 2013<sup>7</sup> – zum *Gesellschaftsrecht* sowie zum *Finanzmarktrecht*, die als zentrale Teilrechtsgebiete zum Wirtschaftsrecht gehören.

Das Bundesgericht als Rechtsanwender kann nicht im luftleeren Raum («out of the blue») tätig werden, sondern einzig Fälle entscheiden, die ihm vorgelegt werden. Hierbei fällt – wie bereits in früheren Jahren – auf, dass es erneut zu einer *Häufung von aktienrechtlichen Verfahren* betreffend Organisationsmängel gemäss Art. 731b OR<sup>8</sup> auf der einen Seite sowie Business Judgment Rule (und Verantwortlichkeitsklagen im Rahmen von Art. 754 ff. OR) auf der anderen Seite kam. Weitere Konstanten konnten hingegen weder im Gesellschaftsrecht noch im Finanzmarktrecht festgestellt werden.

Der vorliegende Beitrag ist ein *wissenschaftliches «joint venture»*, wobei der Verfasser in weiten Teilen die Rolle des «junior partners» spielte. Insbesondere für die selbständigen Zusammenfassungen und Bearbeitungen der Urteile konnte ich mich auf meine verdienten wissenschaftlichen Assistenten verlassen: Rechtsanwältin EVA LAEDERACH sowie Rechtsanwalt ALEX CHRISTEN – beiden schulde ich Dank und Anerkennung!

---

6 ZBJV 149 (2013) 99 ff.

7 ZBJV 151 (2015) 121 ff.

8 ZBJV 151 (2015) 124; die Prognose des Verfassers hat sich somit sogar schneller als erwartet als richtig erwiesen: «Die Prozessflut» zu dieser Thematik dürfte in Zukunft weitergehen» (a. a. O.).

## II. Ausgewählte Bundesgerichtsentscheide

### A. Gesellschaftsrecht

#### 1. Personengesellschaften

##### a) Urteil 4A\_533/2014<sup>9</sup>

*Recht der einfachen Gesellschaft: Informationsrecht gemäss Art. 541 OR/Edition von Geschäftsunterlagen sowie Abgrenzung zum Vertragsverhältnis*

Die häufigste Gesellschaftsform in der Schweiz dürfte wohl die einfache Gesellschaft sein.<sup>10</sup> Dies lässt sich indes mangels Eintragungsfähigkeit im Handelsregister nicht belegen, und oftmals dürften sich die einfachen Gesellschafter des legalen Bestandes einer Gesellschaft überhaupt nicht bewusst sein. Wenn es hingegen bei «Koooperationen» zu Auseinandersetzungen kommt, wird regelmässig auf dieser Rechtsbasis gestritten.

B. (Beschwerdegegner) führte ein Hotel. Im Jahr 2009 stiess A. (Beschwerdeführer) dazu. Beide Parteien beabsichtigten eine künftige Nachfolge durch A., doch die Zusammenarbeit wurde im Jahr 2011 fristlos durch B. beendet. In der Folge verlangte der Beschwerdeführer die Herausgabe von Jahresabschlüssen sowie eines Zwischenabschlusses. Fraglich war vor Bundesgericht, ob eine *einfache Gesellschaft* vorlag, sodass sich die *Edition der Geschäftsunterlagen* auf Art. 541 OR (Einsichtsrecht) stützen liesse.<sup>11</sup>

Das Vorliegen einer *einfachen Gesellschaft* wurde vom *Bundesgericht verneint*, weil u. a. eine Hotelübernahme noch keineswegs feststand. Für einen gemeinsamen Zweck brauche es aber Umstände, die in «hinreichendem Ausmass konkretisiert und definiert [sind], dass von einem Konsens darüber ausgegangen werden könnte»<sup>12</sup>. Weiter

---

<sup>9</sup> KARIN MÜLLER/ALICE KÄCH, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht des Jahres 2015 in Kürze, Jusletter vom 11. April 2016, Rz. 159 ff.; Zusammenfassung: SZW 88 (2016) 338 f.; GesKR 2015, 453; SJZ 111 (2015) 526.

<sup>10</sup> Hinweise zur Wirtschaftsrealität bei einfachen Gesellschaften: PETER V. KUNZ, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht (2. A. Bern 2012) 52 ff. sowie v. a. 57 ff. m. w. H.

<sup>11</sup> Urteil 4A\_533/2014 vom 29. April 2014: Erw. 2.

<sup>12</sup> Urteil 4A\_533/2014 vom 29. April 2014: Erw. 2.2.4.



prüfte das Bundesgericht, ob die vorübergehende gemeinsame Führung des Hotels als *gemeinsamer Zweck* qualifiziert werden konnte.<sup>13</sup>

Es grenzte zudem den einfachen Gesellschafter vom Arbeitnehmer ab, wobei es für die Position als Gesellschafter die *Gleichberechtigung der Partner* als zentral erachtete.<sup>14</sup> Die Angestellten nahmen B. als «einzigen» Chef wahr, denn dieser habe *alleine* den *letzten Entscheid* getroffen.<sup>15</sup> Die Aufgabenteilung (der Beschwerdeführer organisierte den Service, der Beschwerdegegner führte das «Back-office» mit den betriebswirtschaftlichen Entscheidungen) sprach dafür, dass dem Beschwerdeführer bei Grundsatzfragen *keine Entscheidungskompetenz* zukam.<sup>16</sup> Das *Bundesgericht* *verneinte* eine einfache Gesellschaft.

Die Tatsache, dass der Steuerberater des Beschwerdeführers faktisch *Einsicht in Geschäftsunterlagen* nehmen konnte, änderte daran nichts.<sup>17</sup> Diese Einsicht wurde nur anfänglich gewährt und nicht durch A. wahrgenommen, sondern durch seinen Steuerberater. Dies deute an, dass eine solche Einsicht *nicht* der Ausübung des *gesellschaftsrechtlichen Informationsrechts* diene, sondern dass es vielmehr um die Bewertung der Gesellschaft im Hinblick auf eine allfällige Betriebsübernahme in der Zukunft ging.<sup>18</sup>

b) BGE 140 III 312 (Urteil 4A\_73/2014)<sup>19</sup>

*Recht der einfachen Gesellschaft: Solidarhaftung der Gesellschafter sowie Abgrenzungen gemäss Art. 533 Abs. 1 OR/Art. 544 Abs. 3 OR*

Im Personengesellschaftsrecht und v. a. im *Recht der einfachen Gesellschaft* stehen *Abgrenzungsthemen* – gerade gegenüber Vertragsverhältnissen (Stichwort: partiarische Verträge) – oft im Vordergrund. Dabei handelt es sich tatsächlich um eine gesellschaftsrechtliche

13 Urteil 4A\_533/2014 vom 29. April 2014; Erw. 2.3.

14 Urteil 4A\_533/2014 vom 29. April 2014; Erw. 2.3.1.

15 Urteil 4A\_533/2014 vom 29. April 2014; Erw. 2.3.2.

16 Urteil 4A\_533/2014 vom 29. April 2014; Erw. 2.3.4.

17 Urteil 4A\_533/2014 vom 29. April 2014; Erw. 2.3.5.

18 Urteil 4A\_533/2014 vom 29. April 2014; Erw. 2.3.7.

19 KARIN MÜLLER/LENA GIESBRECHT, ARGE als einfache Gesellschaft (...), BR 2015, 157 ff.; Zusammenfassung: AJP 23 (2014) 1539 f.; GesKR 2014, 546; SJZ 110 (2014) 552; SZW 87 (2015) 154.

Grundsatzfrage,<sup>20</sup> die immer wieder zu Verfahren vor Bundesgericht führt.<sup>21</sup>

A. (Beschwerdeführer) und B. (Beschwerdegegner) führten *gemeinsam diverse Aufträge als einfache Gesellschafter* aus, davon einen am Projekt C. (beauftragt durch die D. AG). Diese Arbeiten wurden von der D. AG als Bauherrin bemängelt. Die D. AG forderte vom Beschwerdeführer die Bezahlung von CHF 95 339.94, und der Beschwerdeführer verlangte von B. die Hälfte der Sanierungskosten.<sup>22</sup>

Der Beschwerdeführer brachte vor, dass er die Sanierungsschuld im Aussenverhältnis gegenüber der Auftraggeberin als Alleinschuldner übernommen habe. Dadurch sei nicht Art. 544 Abs. 3 OR (Solidarhaftung), sondern Art. 533 Abs. 1 OR anwendbar (hälftige Verlustbeteiligung); gemäss letztgenanntem Artikel stehe es ihm zu, vor Bezahlung der ganzen Schadenssumme auf den Beschwerdegegner *Rückgriff* zu nehmen.<sup>23</sup>

Obwohl die Auftraggeberin die Vereinbarung betreffend die Übernahme der Sanierungskosten einzig mit dem Beschwerdeführer abgeschlossen hatte, nahm die Vorinstanz zutreffend an, dass der Beschwerdegegner *nicht aus der Solidarhaft entlassen* wurde.<sup>24</sup> So sei bereits die ursprüngliche Auftragsvergabe nur zwischen der Auftraggeberin und dem Beschwerdeführer erfolgt, wobei die Auftraggeberin die *Parteien als Team wahrgenommen* habe. Dabei sei es gemäss Bundesgericht nicht notwendig, dass der Auftraggeberin die Qualifikation der Parteien als einfache Gesellschaft *bewusst* war.<sup>25</sup>

Die Beschränkung der Solidarhaftung auf einen Alleinschuldner hätte denn auch einer *expliziten Vereinbarung* mit der Auftraggeberin als Gläubigerin bedurft,<sup>26</sup> da dies einen Forderungsverzicht gegenüber

---

20 PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht (Zürich 2016) § 1 N 18 ff.

21 Beispiel: ZBJV 149 (2013) 125 ff.

22 Urteil 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014: Sachverhalt A. (nicht publiziert in BGE 140 III 312).

23 Urteil 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014: Erw. 5. (nicht publiziert in BGE 140 III 312).

24 Urteil 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014: Erw. 5.2. (nicht publiziert in BGE 140 III 312).

25 Urteil 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014: Erw. 5.3.2. (nicht publiziert in BGE 140 III 312).

26 Urteil 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014: Erw. 5.1. f. (nicht publiziert in BGE 140 III 312).

einem Dritten bedeutet hätte; für eine solche Annahme müsse allerdings *Zurückhaltung* gelten.<sup>27</sup> Mangels vorhandenem Gesellschaftsvermögen aus dem Projekt C. gelangten zur Begleichung der Sanierungskosten die Rückforderungsbestimmungen nach Art. 148 Abs. 2 OR zur Anwendung.

c) Urteil 4A\_150/2014<sup>28</sup>

*Recht der Kollektivgesellschaft: Rechtsfolgen der Beistandschaft einer Kollektivgesellschaftlerin bei zwei Gesellschaftern (mit Kollektivunterschrift zu zweien)*

Es lag eine *Kollektivgesellschaft* mit zwei *Gesellschaftern* vor. Im Wesentlichen ging es um die Rechtsfrage, ob der Kollektivgesellschaftler A. (Beschwerdeführer) – aufgrund einer *Beistandschaft* der Kollektivgesellschaftlerin B. (Beschwerdegegnerin) gemäss Art. 390 ff. ZGB – abweichend von der konkret vorliegenden *Kollektivunterschrift zu zweien* zur *Einzelzeichnungsberechtigung* berechtigt war.<sup>29</sup>

A. machte geltend, «[d]ie Kollektivgesellschaft ‹Autofähre-Betrieb C., Nachfolger B. und A.› sei ohne die Alleinzeichnungsberechtigung des Beschwerdeführers nämlich nicht ‹handlungsfähig›, da die Vertretungsbefugnis in der Kollektivgesellschaft höchstpersönlicher Natur und somit vertretungsfeindlich sei; eine (gesetzliche) Vertretung der unter umfassender Beistandschaft stehenden Beschwerdegegnerin als für die Kollektivgesellschaft Kollektivzeichnungsberechtigte sei daher ausgeschlossen»<sup>30</sup>.

Das Bundesgericht führte unter personengesellschaftsrechtlichem Aspekt hingegen aus, dass die *Handlungsfähigkeit* für die Beteiligung an einer einfachen Gesellschaft, an einer Kollektivgesellschaft (wie im vorliegenden Fall) oder an einer Kommanditgesellschaft grundsätzlich *nicht vorausgesetzt* sei.

Bei *Kollektivgesellschaften* liege nur, aber immerhin, ein *Auflösungsgrund* gemäss Art. 574 Abs. 1 Satz 1 OR i. V. m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR vor: «Dabei handelt es sich um einen gesetzlich

---

<sup>27</sup> Urteil 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014: Erw. 5.3.2. (nicht publiziert in BGE 140 III 312).

<sup>28</sup> Zusammenfassung: GesKR 2014, 546.

<sup>29</sup> Urteil 4A\_150/2014 vom 26. August 2014: Sachverhalt A.

<sup>30</sup> Urteil 4A\_150/2014 vom 26. August 2014: Erw. 1.3.

mittelbaren Auflösungsgrund, welcher die Auflösung nicht eo ipso herbeiführt, sondern den Gesellschaftern ein Gestaltungsrecht gibt, die Auflösung zu verlangen (...). Anstelle der Auflösung kann mit dem Beistand des umfassend verbeiständeten Gesellschafters auch die Fortführung der Gesellschaft vereinbart werden.»<sup>31</sup>

Für den Fall einer Beistandschaft für einen Kollektivgesellschaftler fungiere der *Beistand* als *gesetzlicher Vertreter* dieses Personengesellschafters. Ein «urteilsfähiger, umfassend Verbeiständeter [kann] mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters [sc. des Beistands] denn auch durchaus für die Gesellschaft handeln»<sup>32</sup>. Die *Beistandschaft als solche* beeinflusst somit die *Zeichnungsberechtigung nicht*.

## 2. Aktienrecht

### 2.1 Rückerstattung von Leistungen

#### d) BGE 140 III 602 (Urteil 4A\_195/2014, 4A\_197/2014)<sup>33</sup>

*Aktienrecht: Auszahlung einer «Prämie» von VR-Mitgliedern an sich selbst – Voraussetzungen für die Rückerstattung (Art. 678 Abs. 2 OR)*

In der Praxis kommen *Rückforderungsklagen* gemäss Art. 678 OR relativ selten vor, d. h., BGE 140 III 602 stellt eine seltene Ausnahme dar. *Aktionärsklagen* dürften heute und in Zukunft kaum je eingereicht werden, weil deren Hauptthemnis (sc. die Klagedestination zugunsten der AG)<sup>34</sup> auch durch die aktuelle Aktienrechtsrevision nicht beseitigt wird. Der vorliegende Fall zeigt indes, dass *Gesellschaftsklagen* vorkommen.

A. und B. (Beschwerdeführer) waren einzige Mitglieder des Verwaltungsrats (VR) der C. AG (Beschwerdegegnerin). Deren Ge-

---

31 Urteil 4A\_150/2014 vom 26. August 2014: Erw. 1.4. (Hervorhebungen weggelassen).

32 Urteil 4A\_150/2014 vom 26. August 2014: Erw. 1.4.; eine *Urteilsunfähigkeit* der Kollektivgesellschaftlerin wurde hingegen – trotz Beistandschaft – nicht geltend gemacht: a. a. O.

33 MARTIN WALDBURGER, Verwaltungsrats honorare und aktienrechtliche Rückforderungsklage (Art. 678 Abs. 2 OR), GesKR 2015, 141 ff.; Zusammenfassung: AJP 24 (2015) 789; GesKR 2015, 159; SZW 88 (2016) 328 f.; SJZ 111 (2015) 525.

34 Art. 678 Abs. 3 OR: «(...) [Der Aktionär] klagt auf Leistung an die Gesellschaft».

sellschaftszweck bestand in der Anlage von Kapitalien und in der Verwaltung von Vermögenswerten.<sup>35</sup> An einer VR-Sitzung im Jahr 2009 fassten A. und B. den Beschluss zum Verkauf der Aktien der D. SA, die Aktiven der Beschwerdegegnerin waren. Sie beschlossen zudem, dass den Mitgliedern des VR – also sich selber – je 1% des Verkaufspreises als «Prämie» auszubezahlen sei, sofern der Verkaufspreis über CHF 4 Mio. liege.<sup>36</sup> Die Aktien wurden zu CHF 4,4 Mio. verkauft. Die Beschwerdeführer liessen sich folglich je CHF 44 000.– überweisen, worauf die Beschwerdegegnerin die *Rückzahlung* verlangte,<sup>37</sup> notabene auf Grundlagna von Art. 678 OR.

Art. 678 Abs. 2 OR verpflichtet z. B. *Mitglieder des VR*, Leistungen zurückzuerstatten, die sie von «ihrer» AG erhalten haben und die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen. Nach Bundesgericht komme der *Qualifikation* der «Prämie» – sei es ein Bonus für besondere Leistungen, sei es eine Provision im Rahmen eines Mäklervertrags – *keine Bedeutung* zu.<sup>38</sup>

Es prüfte, ob der konkrete Aktienverkauf *im Rahmen der Aufgaben* des VR getätigt wurde;<sup>39</sup> aufgrund des Gesellschaftszwecks der Beschwerdegegnerin bestätigte die Vorinstanz, dass der Aktienverkauf zur *gewöhnlichen Tätigkeit* der Beschwerdeführer gehörte.<sup>40</sup> Das höchste Gericht hatte ausserdem betreffend Art. 678 Abs. 2 OR zu prüfen, ob die «Prämie» in einem *offensichtlichen Missverhältnis* zur Gegenleistung stand: «Das Missverhältnis ist offensichtlich, wenn es jedermann, der gerecht und billig denkt und die konkreten Verhältnisse vernünftig beurteilt, in die Augen fällt»;<sup>41</sup> im konkreten Fall

---

35 Urteil 4A\_195/2014, 4A\_197/2014 vom 27. November 2014: Sachverhalt A. und Erw. 8.1.3.

36 BGE 140 III 602 f. Sachverhalt (Zusatzinfos in Urteil 4A\_195/2014, 4A\_197/2014 vom 27. November 2014: Sachverhalt A.).

37 BGE 140 III 603 Sachverhalt.

38 Urteil 4A\_195/2014, 4A\_197/2014 vom 27. November 2014: Erw. 6.2. (nicht publiziert in BGE 140 III 602).

39 BGE 140 III 604 Erw. 8.1.3.

40 BGE 140 III 604 Erw. 8.1.3.

41 BGE 140 III 605 Erw. 8.2.; der angebliche «*Gerechtigkeitsaspekt*» bleibt ohne jeglichen Kontext und somit ohne methodische Überzeugungskraft; allgemein: PETER V. KUNZ, Wirtschaftsethik durch Wirtschaftsrecht?, in: Berner Gedanken zum Recht (Bern 2014) 217 ff. sowie v. a. 224 f.

wurde denn auch ein *offensichtliches Missverhältnis* der «Prämie» bejaht.<sup>42</sup>

Bei Art. 678 Abs. 2 OR bedarf es zudem der Voraussetzung, dass die Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur *wirtschaftlichen Lage* der AG steht. Gesellschaften mit sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen solle indes kein Freipass für verdeckte Gewinnausschüttungen o. Ä. erteilt werden.<sup>43</sup> Vorliegend zeigte der letzte Geschäftsbericht vor dem Aktienverkauf eine *schlechte wirtschaftliche Lage* auf.<sup>44</sup> Von einer «Prämie», die sich aufgrund der «gute[n] Finanzlage der Gesellschaft unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten rechtfertigen lässt»<sup>45</sup>; konnte entsprechend keine Rede sein.<sup>46</sup>

Die Vorinstanz hatte ferner angenommen, dass eine weitere Voraussetzung für die Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR, obwohl nicht explizit in der Gesetzesnorm erwähnt, die *Bösgläubigkeit des Empfängers* sei.<sup>47</sup> Hierzu führte das Bundesgericht aus, dass – bei Bejahung eines offensichtlichen Missverhältnisses – sich ein Begünstigter *nicht auf Gutgläubigkeit berufen* könne (Art. 3 Abs. 2 ZGB).<sup>48</sup>

## 2.2 Sonderprüfung

e) BGE 140 III 610 (Urteil 4A\_319/2014)<sup>49</sup>

*Aktienrecht: Beweismassstab zur Subsidiarität der Sonderprüfung (Art. 697b Abs. 2 und 701 Abs. 2 Ziff. 3 OR)*

Die *Sonderprüfung* gemäss Art. 697a ff. OR kommt in der Wirtschaftsrealität selten vor. Immerhin soll dieser Klagemöglichkeit eine

42 BGE 140 III 606 Erw. 8.2.

43 BGE 140 III 607 Erw. 9.3.; das Bundesgericht hielt fest: «Sanktioniert wird sowohl bei finanzstarken wie auch bei finanzschwachen Gesellschaften nur die Überschreitung des Ermessens. Der Ermessensspielraum ist bei wirtschaftlich guten Verhältnissen aber grösser» (a. a. O. 608 Erw. 9.3.1.).

44 BGE 140 III 606 Erw. 9.1.

45 BGE 140 III 608 Erw. 9.3.2.

46 BGE 140 III 608 Erw. 9.3.2.

47 BGE 140 III 609 Erw. 10.1.

48 BGE 140 III 609 Erw. 10.1.

49 ANDREAS CASUTT/PATRICK R. PEYER, Voraussetzung der Sonderprüfung (...), GesKR 2015, 136 ff.; Zusammenfassung: AJP 24 (2015) 808; AJP 24 (2015) 789 f.; GesKR 2015, 159; SJZ 111 (2015) 20 ff. und 525; SZW 87 (2015) 145.

nicht zu unterschätzende *präventive* Wirkung zukommen. Zur Vermeidung unnötiger Prozesse muss jedoch in jedem Fall in Bezug auf die Sonderprüfung deren *Subsidiarität* gegenüber den «regulären» Informationsrechten gemäss Art. 697 OR (sc. Auskunft und Einsicht) berücksichtigt werden.<sup>50</sup>

Das Bundesgericht hatte die Frage zu beantworten, ob «die formelle Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts zu Recht bejaht wurde»<sup>51</sup>. Es ging m. a. W. um den Beweismassstab der Subsidiarität. Die Beschwerdeführerin brachte vor, die Vorinstanz habe schon ein *Glaubhaftmachen* (anstelle eines strikten Beweises) dieser Voraussetzung genügen lassen und damit Bundesrecht verletzt.<sup>52</sup>

Die Antwort des Bundesgerichts lautete: «Im Gesetz besteht *kein Anhaltspunkt* dafür, dass in Bezug auf die Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts ein *blosses Glaubhaftmachen* genügen soll. Vielmehr sieht Art. 697b Abs. 2 OR einzig hinsichtlich der materiellen Voraussetzung einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre vor, dass ein *Glaubhaftmachen* genügt.»<sup>53</sup> Die *Beweismöglichkeit* scheint offensichtlich: «Dem Aktionär, der die vorgängige Ausübung des Auskunftsrechts beweisen muss, steht insoweit namentlich das *Protokoll der Generalversammlung* (GV) zur Verfügung, sind doch die Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten zu protokollieren (Art. 701 Abs. 2 Ziff. 3 OR).»<sup>54</sup>

---

50 Art. 697a Abs. 1 OR: «Jeder Aktionär kann der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat.»

51 Urteil 4A\_319/2014 vom 19. November 2014: Erw. 3. (nicht publiziert in BGE 140 III 610).

52 BGE 140 III 612 Erw. 4.

53 BGE 140 III 614 Erw. 4.3.3. a. A. (Hervorhebungen hinzugefügt).

54 BGE 140 III 615 Erw. 4.3.3. (Hervorhebung hinzugefügt); das Bundesgericht bezog sich u. a. explizit auf eine frühe Publikation des Verfassers (PETER V. KUNZ, Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, SJZ 92 [1996] 1 ff.), als es ausführte, dass das Auskunfts- oder Einsichtsrecht nachzuweisen sei, was bedeute, dass das Gericht von dessen vorgängigen Ausübung *überzeugt sein muss* und *keine ernsthaften Zweifel* daran bestehen dürfen: a. a. O. 615 Erw. 4.3.4.

Die Vorinstanz legte ihrem Entscheid einen *falschen Beweismassstab* zugrunde.<sup>55</sup> Das Bundesgericht greift in die Beweiswürdigung des Sachgerichts jedoch nur ein, wenn diese willkürlich erfolgt.<sup>56</sup> Eine solche *Willkürlichkeit bejahte* das Bundesgericht indes im vorliegenden Fall, ging die Vorinstanz doch von «der Vermutung [aus], dass der verlangten und protokollierten Sonderprüfung eine Diskussion vorangegangen sein müsse»<sup>57</sup>.

### 2.3 Rechte des Aktionärs

f) BGE 142 III 16 (Urteil 4A\_296/2015)<sup>58</sup>

*Aktienrecht: Traktandierung (sowie Einberufung)  
durch Aktionärsbegehren*

Das Aktienrecht differenziert bei den Aktionärsrechten zwischen dem *Einberufungsrecht* sowie dem *Traktandierungsrecht*, zumindest nach dem Gesetzeswortlaut: «Die Einberufung einer Generalversammlung kann auch von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden. Aktionäre, die Aktien im Nennwerte von 1 Million Franken vertreten, können die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen. (...)» (Art. 699 Abs. 3 OR).

Doch ist dies wirklich so gemeint wie geschrieben? Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob das Recht auf Einberufung *gleichzeitig* ebenfalls das *Recht auf Traktandierung umfasse*, oder ob der Gesuchsteller für das Traktandierungsrecht als solches in jedem Fall Aktien mit einem Nennwert von CHF 1 Mio. halten müsse.

B. (Beschwerdegegner) verfügte über 50% der Aktien der A. AG (Beschwerdeführerin), die ein Aktienkapital von CHF 100 000.– hatte.<sup>59</sup> Während in der Lehre nahezu einstimmig – immerhin mit abwei-

---

55 BGE 140 III 615 Erw. 4.4.

56 Urteil 4A\_319/2014 vom 19. November 2014; Erw. 5.1. (nicht publiziert in 140 III 610).

57 Urteil 4A\_319/2014 vom 19. November 2014; Erw. 5.2. (nicht publiziert in 140 III 610).

58 KARIN MÜLLER/ALICE KÄCH/SIMON LEU, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht der Jahre 2015/2016 in Kürze, Jusletter vom 20. Februar 2017, Rz. 125 ff.; Zusammenfassung: SZW 88 (2016) 331.

59 BGE 142 III 18 f. Erw. 2. und Erw. 2.2.



chender Ansicht des Verfassers<sup>60</sup> – die Meinung vertreten wird, dass das Traktandierungsrecht das Einberufungsrecht «inkludiere», bestritt die Beschwerdeführerin dies gestützt auf den Wortlaut von Art. 699 Abs. 3 OR.<sup>61</sup>

Das höchste Gericht stützte die *herrschende* Lehre: «Vielmehr müssen diejenigen Aktionäre, die eine Einberufung der Generalversammlung verlangen können, auch zur Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands berechtigt sein. Ein Traktandierungsrecht steht mithin jenen Aktionären zu, die über 10% des Aktienkapitals *oder* über Aktien im Nennwert von 1 Mio. Fr. verfügen (...).»<sup>62</sup> Das Bundesgericht ging somit im Ergebnis von einem *gesetzgeberischen Versehen* aus,<sup>63</sup> ohne dies indes näher zu begründen.<sup>64</sup>

Als weitere Rüge brachte die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe Art. 699 Abs. 3 OR verletzt, indem sie das Einberufungsrecht auch in Bezug auf Traktanden gutgeheissen habe, die zu *nichtigen GV-Beschlüssen* führen würden.<sup>65</sup> Das Bundesgericht erklärte hingegen, dass der Richter «[b]ei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR (...) nur *formelle Fragen* zu prüfen [habe], d. h. ob der oder die Gesuchsteller Aktionäre sind, die formellen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR erfüllt sind und ob tatsächlich ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen wurde»<sup>66</sup>.

---

60 Hierzu: PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) § 11 N 141 ff.; von einem *gesetzgeberischen Fehler* kann *keine Rede* sein: a. a. O. N 144.

61 BGE 142 III 19 Erw. 2.3.

62 BGE 142 III 20, Erw. 2.3. (Hervorhebung im Original); das Bundesgericht hatte sich im nicht amtlich publizierten Urteil 4A\_507/2014 vom 15. April 2015 mit einer fast identischen Fragestellung zu befassen: SÉBASTIEN BETTSCHART, Convocation de l'assemblée générale et abus de droit, Une société prise en otage par son administrateur (...), GesKR 2015, 429 ff.

63 BGE 142 III 19 Erw. 2.3.

64 Immerhin ist anzuerkennen, dass dem Bundesgericht die Stellungnahme des Verfassers bekannt war, die als «*a. M.*» ebenfalls erwähnt wurde: BGE 142 III 19 f. Erw. 2.3.

65 BGE 142 III 20 Erw. 3.

66 BGE 142 III 20 f. Erw. 3.1. (Hervorhebungen im Original); es liegt somit nicht am Gericht, im Hinblick auf die *Einberufung* zu entscheiden, *ob* solche Beschlüsse *gültig* seien oder eben nicht.

Als *völlig schrankenlos* erwiesen sich aber, so das Bundesgericht, die Einberufungs- und Traktandierungsrechte des Aktionärs nicht. Eine zentrale Schranke bilde insbesondere das *Rechtsmissbrauchsverbot* gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB: «Der Einberufungsrichter hat mithin einem Einberufungs- und Traktandierungsbegehren nicht stattzugeben, wenn sich dieses als offensichtlich rechtsmissbräuchlich oder schikanös herausstellt.»<sup>67</sup> Dass hierzu *richterliche Zurückhaltung* nötig erscheint, versteht sich ohne Weiteres.

## 2.4 Mängel in der Organisation der Gesellschaft

g) BGE 140 III 349 (Urteil 4A\_235/2013<sup>68</sup>)<sup>69</sup>

*Aktienrecht: Organisationsmangel bei einer Statutenbestimmung, die vorsieht, dass Mitglieder des VR bis zur Wiederwahl im Amt bleiben*

Die aktienrechtliche Regelung zu *Organisationsmängeln* (Art. 731b OR) hat sich zum «Klassiker» und zu einem häufigen Prozessgegenstand<sup>70</sup> entwickelt: «Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. (...)» (Art. 731b Abs. 1 Satz 1 OR). Zahlreiche *Rechtsfragen* sind (noch) unbeantwortet.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> BGE 142 III 21 Erw. 3.1. a. E.

<sup>68</sup> Deutsche Übersetzung: Pra 104 (2015) Nr. 3.

<sup>69</sup> MARKUS VISCHER/DOMINIK HOHLER/FABRICE ECKERT, Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats (...), GesKR 2014, 405 ff.; OLIVIER HARI, Clause statutaire de réélection tacite des membres du conseil d'administration (...), REPRAX 2/2014, 4 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE/MELANIE GOTTINI, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Aktienrecht, SZW (2016) 512 ff., 523; Zusammenfassung: AJP 23 (2014) 1703; SJZ 110 (2014) 549.

<sup>70</sup> ZBJV 149 (2013) 112 ff. sowie ZBJV 151 (2015) 136 ff.

<sup>71</sup> Umstritten sind sowohl der *Tatbestand* (z. B. was sind «Organe», und wann sind solche Organe «nicht rechtmässig zusammengesetzt»?) als auch die *Rechtsfolge* (v. a. was sind die «erforderlichen Massnahmen»? Einige Antworten dazu finden sich in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–Ziff. 3 OR) der Norm.

Im vorliegenden Fall ging es um die B. SA (Beschwerdegegerin) mit drei Mitgliedern im VR (gleichzeitig Aktionäre), und zwar C.<sup>72</sup>, Präsident des VR, A. (Beschwerdeführer), Vizepräsident des VR, sowie D. (treuhänderisch für A.)<sup>73</sup>. Art. 15 der Gesellschaftsstatuten sah eine Regelung zum VR und seiner (Wieder-)Wahl vor:

«Der Verwaltungsrat setzt sich aus einem oder mehreren Mitgliedern zusammen. In der Regel wird er anlässlich der ordentlichen Generalversammlung für die Dauer eines Jahres gewählt. Die Mitglieder des Verwaltungsrates *bleiben im Amt*, bis die *Generalversammlung* eine Neuwahl vorgenommen oder sie in ihrem Amt bestätigt hat. Vorbehalten bleiben Rücktritt oder Abberufung. Wird ein Mitglied des Verwaltungsrates während der Amtszeit ersetzt, wird das neue Mitglied für die verbleibende Amtsdauer des ausgeschiedenen Mitglieds gewählt. Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind wiederwählbar.»<sup>74</sup>

Aufgrund eines Aktionärsstreits<sup>75</sup> wurden anlässlich der GV die Mitglieder des VR sowie die Revisionsstellen *nicht (wieder)gewählt*. C. machte geltend, die B. SA weise einen Organisationsmangel gemäss Art. 731b OR auf, und stellte ein *Gesuch um Anordnung von notwendigen Massnahmen* zur Behebung des Mangels. Es folgten diverse prozessuale Schritte, die hier nicht weiter interessieren.

In der Folge wurde P. zuerst als Sachwalter ernannt und anschliessend als Mitglied des VR der B. SA eingesetzt, notabene auf Grundlage von Art. 731b Abs. 2 OR. Vor Bundesgericht war die *Einsetzung als Mitglied des VR* das Prozessthema.

---

72 Vor dem Bundesgericht war C. als Beklagter aufgetreten; er verstarb während des Verfahrens, weshalb auf dem Rubrum des Urteils dessen Erben, A. C. und B. C., aufgeführt wurden (BGE 140 III 349).

73 BGE 140 III 350 Sachverhalt A.

74 Zitiert gemäss Pra 104 (2015) Nr. 3, 30 (Hervorhebungen hinzugefügt); Originaltext BGE 140 III 350 Sachverhalt A.: «Le Conseil d'administration se compose d'un ou de plusieurs membres. En règle générale, il est élu lors de l'assemblée générale ordinaire et pour la durée d'une année. Les membres du Conseil d'administration restent en fonction jusqu'à ce que l'assemblée générale ait procédé à une nouvelle élection ou qu'elle les ait reconduits dans leur fonction. La démission ou la révocation demeurent réservées. S'ils remplacent un administrateur en cours de mandat, les nouveaux administrateurs sont élus pour la durée résiduelle du mandat de ceux qu'ils remplacent. Les membres du Conseil d'administration sont rééligibles» (Hervorhebungen hinzugefügt).

75 BGE 140 III 350 Sachverhalt A.: « (...) un conflit majeur ».

Das Bundesgericht befasste sich im Wesentlichen mit zwei Fragen, nämlich im Allgemeinen mit der *Statutenauslegung* sowie im Besonderen mit der (*Un-*)*Zulässigkeit* von Art. 15 der Statuten der B. SA. Die Ausführungen erscheinen interessant, sodass eine amtliche Publikation nahelag. Ein Organisationsmangel liege beispielsweise vor, wenn «eine unüberwindliche Blockade unter den Aktionären die Wahl eines Organs verhindert»<sup>76</sup>.

Generell zur *Auslegung von Gesellschaftsstatuten* hielt das höchste Gericht fest, dass die Auslegungsmethode je nach konkreter Gesellschaft *unterschiedlich* sein könne: «Bei Statuten von grossen Gesellschaften werden eher die gleichen Methoden angewandt wie bei der Gesetzesauslegung. Handelt es sich um Statuten von *kleinen* Gesellschaften, werden eher die für *Verträge* geltenden Auslegungsmethoden herangezogen, das heisst eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip; die subjektive Auslegung kommt nur in Betracht, wenn die Zahl der Gesellschafter – wie im vorliegenden Fall – sehr klein ist.»<sup>77</sup>

Im Hinblick auf *Art. 15 der Statuten* werde nicht gefordert, dass eine tatsächliche Neuwahl von Verwaltungsratsmitgliedern stattfinde. Vielmehr genüge «die blossе Tatsache, dass in der Generalversammlung eine Neuwahl vorgenommen wird (unabhängig von deren Ergebnis), um das Mandat der bisherigen Verwaltungsräte zu beenden»<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> BGE 140 III 351 Erw. 2.1., zitiert gemäss Pra 104 (2015) Nr. 3, 34; Originaltext BGE 140 III 351 Erw. 2.1.: «Il est de jurisprudence qu'en vertu de l'art 731b al. 1 CO, il y a carence dans l'organisation de la société notamment lorsqu'un blocage persistant au sein de l'actionariat empêche l'élection d'un organe».

<sup>77</sup> BGE 140 III 352 Erw. 2.3.; zitiert gemäss Pra 104 (2015) Nr. 3, 34 f. (Hervorhebungen hinzugefügt); Originaltext BGE 140 III 352 Erw. 2.3.: «Pour l'interprétation des statuts de *grandes sociétés*, on recourt plutôt aux *méthodes d'interprétation de la loi*. Pour celle de statuts de petites sociétés, on se réfère plutôt aux méthodes d'interprétation des contrats, à savoir une interprétation selon le *principe de la confiance*, l'interprétation subjective n'entrant en considération que si les sociétaires étaient, comme en l'espèce, *très peu nombreux*» (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>78</sup> BGE 140 III 353 Erw. 2.4., zitiert gemäss Pra 104 (2015) Nr. 3, 35; Originaltext BGE 140 III 353 Erw. 2.4.: «(...) la clause n'exige pas l'élection effective de nouveaux administrateurs, qui remplaceraient ceux alors en fonction; ainsi, le simple fait de procéder à une nouvelle élection (indépendamment du résultat obtenu) devant l'assemblée générale paraît suffire pour mettre un terme au mandat de ces derniers».

Bei der B. SA wurden die Wahlen *ordnungsgemäss* traktandiert und durchgeführt. Doch die Wahl der drei Mitglieder des VR erreichte in der GV nicht das notwendige Quorum, sodass *keine Wiederwahl der bisherigen VR-Mitglieder* erfolgte.<sup>79</sup>

Die GV habe damit ihren *Willen geäussert*, nämlich dahin gehend, dass die Mitglieder des VR eben gerade nicht wiedergewählt werden sollten: «Nimmt man die Gültigkeit einer statuarischen Klausel an, die in einem solchen Fall eine *automatische Wiederwahl* der Verwaltungsräte vorsieht, dann hätte sie nicht nur zur Folge, stillschweigend das Mandat der Verwaltungsräte zu verlängern, sondern auch, dem von der Generalversammlung *geäusserten Willen entgegenzuwirken*. Mit anderen Worten: Sie würde die (nicht übertragbare) Befugnis der Generalversammlung einschränken, die Mitglieder des Verwaltungsrates zu wählen, was nicht zulässig ist (vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR; [...]).»<sup>80</sup>

Die konkrete *statutarische «Verlängerungsklausel»* der B. SA war *nichtig*, und die ehemaligen Mitglieder des VR wurden folglich nicht (wieder)gewählt,<sup>81</sup> d. h., sie waren nicht mehr VR-Mitglieder. Im Ergebnis lag ein Organisationsmangel vor, und die angeordnete Massnahme – also die *Ernennung* von P. als *Mitglied des VR* – erwies sich als *rechtmässig*, war also nicht zu beanstanden.<sup>82</sup> Die Handelsregisterführer dürfen im Rahmen ihrer Kognition in Zukunft entsprechende Statutenbestimmungen *nicht mehr eintragen*.

79 BGE 140 III 353 f. Erw. 2.5.

80 BGE 140 III 354 Erw. 2.6., zitiert gemäss Pra 104 (2015) Nr. 3, 36; Originaltext BGE 140 III 354 Erw. 2.6.: «Si l'on admettait la validité d'une clause statutaire prévoyant dans ce cas de figure une réélection automatique des administrateurs, elle n'aurait pas seulement pour effet de prolonger tacitement le mandat des administrateurs, mais bien de faire obstacle à la volonté exprimée par l'assemblée générale. Autrement dit, elle restreindrait le droit (inaliénable) de l'assemblée générale de nommer les membres du conseil d'administration, ce qui n'est pas admissible (...). La validité d'une telle clause, qui néglige les structures de base de la société anonyme, doit être niée (...).»

81 BGE 140 III 354 Erw. 2.6.: «Die Gültigkeit einer solchen Klausel, die grundlegende Strukturen der Aktiengesellschaft vernachlässigt, ist zu verneinen (vgl. Art. 706b Ziff. 3 OR; [...])» = Pra 104 (2015) Nr. 3, 36.

82 BGE 140 III 355 Erw. 2.8.

h) Urteil 4A\_605/2014<sup>83</sup>

*Aktienrecht: VR-Wahlen durch Klage auf richterliche Einberufung einer GV (Art. 699 Abs. 4 OR) oder durch Klage wegen Organisationsmangel?*

Bei 50%-50%-Beteiligungen kann es zu «Deadlocks» kommen, also zu *Blockaden in der GV*. Eine solche Situation mag dazu führen, dass eine AG etwa durch die Nichtwiederwahl von VR-Mitgliedern sozusagen führungslos wird. Es stellt sich die Frage, auf *welchem rechtlichen Weg* die Mitglieder des VR zu *wählen* oder aber zu *ernennen* sind. Als Rechtsgrundlagen infrage kommen Art. 699 OR (die Einberufung einer GV, die im Rahmen von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR den VR wählt) sowie Art. 731b OR.

Die Ausgangslage im konkreten Fall war eine *Pattsituation* bei der B. AG (Beschwerdegegnerin) in der GV, sodass die Gesellschaft weder über einen VR noch über eine Revisionsstelle verfügte. Die A. AG (Beschwerdeführerin) als Aktionärin mit einer 50%-Beteiligung verlangte eine *richterliche GV-Einberufung* auf Basis von Art. 699 Abs. 4 OR, um einen VR und eine Revisionsstelle wählen zu können.<sup>84</sup>

Die Vorinstanz wies dieses Begehren ab<sup>85</sup> und hielt fest, dass die Beschwerdegegnerin weder über einen rechtmässig bestellten VR noch über eine rechtmässig bestellte Revisionsstelle verfügte. Wenn das *Exekutivorgan fehle*, könne Art. 699 Abs. 4 OR nicht zur Anwendung gelangen, vielmehr liege ein Mangel nach Art. 731b OR vor, der auf der entsprechenden Rechtsgrundlage zu beseitigen sei.<sup>86</sup> Das Bundesgericht teilte diese Rechtsansicht: «Die *mangelnde Bestellung* eines *obligatorischen Gesellschaftsorgans*, welche auf eine Pattsituation bzw. Blockade («Deadlock») im Aktionariat zurückgeht, stellt indessen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen Fall eines Organi-

---

83 Zusammenfassung: SZW 88 (2016) 330; GesKR 2015, 303; SJZ 111 (2015) 525.

84 Urteil 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015: Sachverhalt A. und B. a.

85 Urteil 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015: Sachverhalt B. a. und B. b.

86 Urteil 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015: Erw. 2.1.3.

sationsmangels dar, der im Rahmen eines *Verfahrens nach Art. 731b OR* zu beheben ist.»<sup>87</sup>

Dieser auf Art. 731b OR basierende Rechtsweg – anstelle einer Klage auf Grundlage von Art. 699 Abs. 4 OR – sei nicht zwingend «einschneidender», habe sich das Gericht doch an die *Verhältnismässigkeit* bei der Anordnung der Massnahme zu halten, wobei sich als mildestes Mittel denn auch gerade die *Einberufung einer GV* aufdränge.<sup>88</sup>

i) Urteil 4A\_147/2015<sup>89</sup>

*Aktienrecht: Organisationsmangel – Ermessen bei Ernennung eines konkreten Mitglieds des VR, das einen «Deadlock» (mit)verursacht hat*

Im vorliegenden Fall ergab sich die *Pattsituation* zwischen einem *zerstrittenen Ehepaar*. Die B. AG (Beschwerdegegnerin) wurde hälftig von der Ehegattin A. D. (Beschwerdeführerin) und dem Ehegatten C. D. gehalten. Der «Deadlock» führte dazu, dass die Eheleute in den *VR nicht wiedergewählt* wurden (und es erfolgte auch keine Wahl einer Revisionsstelle).<sup>90</sup> Auf dieser Grundlage und unter Anwendung von Art. 731b OR *ernannte* die Vorinstanz nunmehr C. D. als *Mitglied des VR*, wogegen sich A. D. wehrte.<sup>91</sup>

Das Bundesgericht *schützte* diesen Entscheid der Vorinstanz und erklärte, dass die Ernennung eines fehlenden Organwalters eine Massnahme im Sinne von Art. 731b OR darstelle, wobei der ernennenden Instanz durchaus ein *Ermessensspielraum* zukomme: «Auch die Einsetzung gerade jener Person, die von der sich in einem Patt befindenden und damit blockierten Generalversammlung als Verwaltungsrat «abgewählt», d. h. nicht wiedergewählt wurde, bewegt sich grundsätzlich noch im Ermessensspielraum.»<sup>92</sup>

87 Urteil 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015: Erw. 2.1.5. (Hervorhebungen hinzugefügt).

88 Urteil 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015: Erw. 2.1.6.

89 Zusammenfassung: SZW 88 (2016) 337.

90 Urteil 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015: Sachverhalt A.

91 Urteil 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015: Erw. 2.

92 Urteil 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015: Erw. 2.5.1.

In Bezug auf die *Verhältnismässigkeit* der Ernennung von C. D. als VR-Mitglied der Beschwerdegegnerin führte das Bundesgericht zwar aus, dass es «unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit *prima vista* fraglich erscheint, gerade C. D. als einen der beiden Urheber des *Deadlock* bei der Beschwerdegegnerin mit der Unternehmensleitung zu betrauen. Andere Massnahmen wären zumindest auch denkbar gewesen»<sup>93</sup>. Das Bundesgericht hatte die Frage nach der Angemessenheit indes nicht zu prüfen, sondern seine Kontrolle auf das Vorliegen von *Willkür* zu beschränken.<sup>94</sup>

Mann muss kein Feminist sein, um sich an diesem Urteil zu stören. Der Verfasser kann den Entscheid der Vorinstanz, der – nicht allein bei der unterliegenden Ehegattin – ein *unangenehmes* «*Gschmäcke*» hinterlassen muss, schlicht *nicht nachvollziehen*, dies gerade in einem Zeitalter, das höchsten Wert nicht nur auf Realität, sondern insbesondere auch auf den *Anschein* legt.<sup>95</sup> Das Bundesgericht stahl sich aus der Verantwortung und hat sich wohl zum vorinstanzlichen Urteil gesagt: dumm, aber nicht willkürlich.

j) Urteil 4A\_717/2014<sup>96</sup>

*Aktienrecht: Organisationsmangel infolge Interessenkonflikts?*

Im Urteil 4A\_717/2014 ging es in erster Linie um die *Tatbestandsseite* von Art. 731b OR, also m. a. W. um die Frage, was überhaupt einen Organisationsmangel darstellt. Bei der A. AG (Beschwerdeführerin) bestand der VR aus vier Mitgliedern, nämlich aus D. B.,

---

93 Urteil 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015: Erw. 2.5.2. (Hervorhebungen im Original).

94 Urteil 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015: Erw. 2.5.3.

95 Stichwort: «*independence in fact and in appearance*»; mit einem solchen Urteilsspruch wird wieder einmal ersichtlich, wie viel (oder wie wenig) der vom höchsten Gericht gerne (und arbiträr) angerufene «*Gerechtigkeitsaspekt*» in der Rechtsanwendung wert ist.

96 ALEXANDER WHERLOCK/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmangel i. S. v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat (...) SZW 87 (2015) 542 ff.; Zusammenfassung: SZW 88 (2016) 336 f.; GesKR 2015, 453 f.; SJZ 111 (2015) 525.



E. B., B. B. (Beschwerdeführerin) sowie Dr. C als Präsident des VR.<sup>97</sup> Es gab heftige *Konflikte im VR*; B. B. reichte eine *Strafanzeige* gegen den VR-Präsidenten<sup>98</sup> wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung ein und verlangte in Bezug auf die Vertretung der A. AG<sup>99</sup> im Strafverfahren die *Ernennung eines Sachwalters*.

Hinsichtlich des Strafverfahrens hatten alle VR-Mitglieder *spezifische Interessen*, die teils jedoch *gegensätzlich* waren. Insofern war gerichtlich zu entscheiden, ob die A. AG im Strafverfahren überhaupt noch unabhängig vertreten werden konnte oder ob die Gesellschaft durch einen solchen *Interessenkonflikt im VR* allenfalls handlungs- und prozessunfähig wurde und dadurch ein Organisationsmangel vorlag.<sup>100</sup>

Das Bundesgericht kam zur Erkenntnis, dass «auch *Interessenkollisionen* von Organwaltern in bestimmten Konstellationen zur Funktionsunfähigkeit eines Organs und damit zu einem *Organisationsmangel* im Rahmen von Art. 731b OR führen können»<sup>101</sup>. Im vorliegenden Fall hatten ausserdem *sämtliche* VR-Mitglieder ein *direktes Interesse* am Ausgang des Strafverfahrens, weil dieses sich auf einen Mietvertrag der A. AG hätte auswirken können, an dem E. B. wie auch D. B. ein immenses Interesse hatten;<sup>102</sup> diese Mitglieder des VR (und natürlich auch Dr. C.) waren interessiert daran, dass das von B. B. initiierte Strafverfahren eingestellt würde oder zu einem Freispruch führte.<sup>103</sup>

Das Bundesgericht sah es im Übrigen als rechtlich irrelevant an, dass sich die Strafanzeige – anders als die Klage gemäss Art. 731b OR – nicht gegen die Beschwerdeführerin, sondern gegen deren VR-Präsidenten richtete, musste doch aufgrund der *gegenläufigen Interessen sämtlicher* Mitglieder des VR davon ausgegangen werden, dass die Gesellschaftsinteressen nicht mehr korrekt wahrgenommen wer-

---

97 Urteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015: Sachverhalt A.

98 Urteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015: Sachverhalt A. b.

99 Urteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015: Sachverhalt B. a.

100 Urteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015: Erw. 2.4.2.

101 Urteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015: Erw. 2.3. (Hervorhebungen hinzugefügt).

102 Urteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015: Erw. 2.6.2.

103 Urteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015: Erw. 2.4.

den konnten.<sup>104</sup> Es lag somit ein eigentlicher *Organisationsmangel* vor.<sup>105</sup>

k) BGE 141 III 43 (Urteil 4A\_238/2014)<sup>106</sup>

*Aktienrecht: Organisationsmangel – Widerrufbarkeit einer Auflösung gemäss Art. 731b OR aufgrund von Art. 195 SchKG (bei Konkurs)?*

Das Handelsregisteramt Solothurn (Beschwerdegegner) beantragte beim zuständigen Amtsgericht, gegenüber der A. AG. (Beschwerdeführerin) seien Massnahmen gemäss Art. 731b OR zu ergreifen, da diese über *keine Revisionsstelle* verfüge. In der Folge erklärte das Gericht die A. AG<sup>107</sup> als aufgelöst und ordnete ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an.<sup>108</sup> Die Beschwerdeführerin verlangte in einer frühen Verfahrensphase, der über sie eröffne-

---

104 Urteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015: Erw. 2.5.2.

105 Urteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015: Erw. 2.5.2.: «Ein sich zu einem Organisationsmangel verdichtender Interessenkonflikt liegt nicht nur dann vor, wenn ein Exekutivorgan zugleich die Kläger- als auch die Beklagtenseite vertritt, sondern immer dann, wenn die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Angelegenheit deshalb nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgen. Dass vorliegend der Verwaltungsratspräsident als Beschuldigter die Interessen der potentiell geschädigten Gesellschaft nicht mehr unabhängig wahrnehmen kann, liegt auf der Hand. Aber auch die beiden weiteren Verwaltungsratsmitglieder, die als Mieter gerade an jenem Geschäft beteiligt sind, dessen Abschluss die Beschwerdegegnerin zur Einreichung der Strafanzeige veranlasst hat, vermögen die Gesellschaft nicht mit der nötigen Unabhängigkeit zu vertreten. Damit verfügt die Gesellschaft aber über keine Organe, welche sie im fraglichen Strafverfahren unabhängig vertreten können.»

106 OLIVIER HARI, Carences dans l'organisation d'une société (art. 731b CO) et liquidation forcée en application des règles du droit de la faillite, La révocation est-elle possible? (...), GesKR 2015 272 ff.; ADRIAN TAGMANN/FLORIAN ZIHLER, Zwei Grundsatzentscheide des Bundesgerichts (...), REPRAX 2/2015, 17 ff.; Zusammenfassung: GesKR 2015, 303; SZW 88 (2016) 336; SJZ 111 (2015) 128 ff.

107 Urteil 4A\_238/2014 vom 19. Januar 2015: Sachverhalt A. a. (nicht publiziert in BGE 141 III 43).

108 Urteil 4A\_238/2014 vom 19. Januar 2015: Sachverhalt A. b. (nicht publiziert in BGE 141 III 43).

te *Konkurs* sei gemäss *Art. 195 SchKG* zu *widerrufen*, und sie sei wieder im Handelsregister einzutragen.<sup>109</sup>

Das Bundesgericht hatte sich schliesslich mit der Frage zu befassen, ob ein *Auflösungsentscheid* nach *Art. 731b OR* beim nachträglichen Wiederherstellen des gesetzmässigen Zustands gestützt auf *Art. 195 SchKG* bzw. in Analogie dazu *widerrufbar* sei.<sup>110</sup>

Eine *Widerrufungsmöglichkeit* gestützt auf *Art. 195 SchKG* *verneinte* das Bundesgericht. Das Verfahren nach *Art. 731b OR* beruhe – im Gegensatz zum Konkursverfahren nach *Art. 195 Abs. 1 SchKG* – nämlich «nicht auf einem Konkurs, sondern auf einer richterlichen *Auflösungsentscheid*. Es hat mithin nie eine Konkursöffnung durch ein Konkursgericht stattgefunden, welche widerrufen werden könnte»<sup>111</sup>. Folglich sei *Art. 195 SchKG* *nicht anwendbar* bei *Art. 731b OR*. Eine *analoge Anwendung* von *Art. 195 SchKG* erachtete es nur als möglich, wenn in *Art. 731b OR* – betreffend Nichtregelung eines möglichen Widerrufs des *Auflösungsentscheids* – eine echte Gesetzeslücke gesehen werden könnte. Dies verneinte das Bundesgericht, u. a. aus *zivilprozessrechtlichen* Gründen.<sup>112</sup>

Dieses Ergebnis – also: keine unmittelbare oder analoge Anwendung von *Art. 195 SchKG* im Verfahren gemäss *Art. 731b OR* – erscheint dem Bundesgericht schliesslich auch aus *gesellschaftsrechtlicher* Sicht als zutreffend: «Ist aber die Auflösung einer Gesellschaft gestützt auf *Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR* ohnehin erst auszusprechen, wenn alle mildereren Mittel versagt bzw. sich als nicht mehr zielführend herausgestellt haben, muss der *Auflösungsentscheid* mit Eintritt der formellen Rechtskraft definitiv sein.»<sup>113</sup>

---

109 Urteil 4A\_238/2014 vom 19. Januar 2015: Sachverhalt B. a. (nicht publiziert in BGE 141 III 43).

110 BGE 141 III 44 f. Erw. 2.3. und 2.4.

111 BGE 141 III 44 Erw. 2.3.2.

112 BGE 141 III 46 Erw. 2.5.2.: «Summarentscheide aus Verfahren, die nicht in einem ordentlichen Verfahren zu prosequieren sind, in denen der Richter hinsichtlich der Rechtsanwendung über eine volle Kognition verfügt und in denen das Regelbeweismass gilt, sind demgegenüber definitiv (...). Dies trifft auch für *Auflösungsentscheide* nach *Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR* zu, gilt in Organisationsmängelverfahren doch das Regelbeweismass und hinsichtlich der Rechtsanwendung volle Kognition des Gerichts.»

113 BGE 141 III 48 Erw. 2.6. a.E.

## 2.5 Liquidation

### 1) Urteil 4A\_46/2014<sup>114</sup>

*Aktienrecht: Abberufung eines Liquidators – wichtige Gründe (Art. 741 Abs. 2 OR) als Folge einer vorzeitigen Rückzahlung von Geldern an Aktionäre*

Die *Abberufung von Liquidatoren* kann nicht allein durch Beschluss der GV erfolgen (Art. 741 Abs. 1 OR), sondern ebenfalls durch ein *Urteil* erreicht werden: «Auf Antrag eines Aktionärs kann der Richter, sofern wichtige Gründe vorliegen, Liquidatoren abberufen oder nötigenfalls andere ernennen» (Art. 742 Abs. 2 OR). Die A. AG, B. AG und C. AG (Beschwerdeführerinnen) – alle Gesellschaften befanden sich in Liquidation – wehrten sich gegen den Entscheid der Vorinstanz, ihren *Liquidator H. richterlich abzubrufen*, wie dies von der D. AG (Beschwerdegegnerin) verlangt worden war.<sup>115</sup>

Konkret ging es um die Frage, ob ein *wichtiger Grund* vorlag.<sup>116</sup> Das Bundesgericht erklärte zur Auslegung von «justes motifs», dass – ebenso wie beim deutschsprachigen Gesetzestext – «wichtige Gründe» gemeint seien.<sup>117</sup> Es müssten jedoch Umstände einer *gewissen Tragweite* («un certain caractère de gravité») vorliegen, um eine Abberufung des Liquidators zu rechtfertigen.<sup>118</sup> Solche Umstände könnten bejaht werden, wenn objektiv betrachtet *einzelne Aktionärsinteressen* im Liquidationsverfahren *gefährdet* oder *benachteiligt* würden.<sup>119</sup> Es sei Aufgabe des Liquidators, die Gesellschaftsinteressen zu garantieren und insbesondere *alle Aktionäre gleich* zu behandeln.<sup>120</sup>

Ein Liquidator hat mit der *Rückzahlung von Geldern* an die *Aktionäre* bis zum Abschluss der Liquidation zuzuwarten. Indem Li-

---

114 Zusammenfassung: GesKR 2014, 412; SJZ 110 (2014) 551; SZW 87 (2015) 151.

115 Urteil 4A\_46/2014 vom 15. April 2014: Sachverhalt C.

116 Urteil 4A\_46/2014 vom 15. April 2014: Erw. 3.1.

117 Urteil 4A\_46/2014 vom 15. April 2014: Erw. 3.2.

118 Urteil 4A\_46/2014 vom 15. April 2014: Erw. 3.2.

119 Urteil 4A\_46/2014 vom 15. April 2014: Erw. 3.1.: «Par justes motifs, il entend toutes circonstances desquelles on peut déduire objectivement que la liquidation ne sera pas exécutée de manière régulière, de telle sorte que les intérêts des actionnaires et de la société pourraient être mis en péril ou lésés.»

120 Urteil 4A\_46/2014 vom 15. April 2014: Erw. 3.1.

quidator H. ca. CHF 1 Mio. während des Liquidationsverfahrens an *einen* Aktionär ausbezahlt hat, wurde dieser gegenüber den anderen Gesellschaftern bevorzugt. Dabei erachtete es das Bundesgericht als unerheblich, dass bereits ein anderer Aktionär vorgängig von Ausschüttungen profitiert hatte oder dass die Gesellschaft über genügend Kapital zur Deckung sämtlicher Aktionärsforderungen verfügte.<sup>121</sup>

Der Umstand, dass während des Liquidationsverfahrens eine solche Rückzahlung erfolgte, stelle für sich allein einen *wichtigen Grund* zur Abberufung des Liquidators H. gemäss Art. 741 Abs. 2 OR dar, d. h., es erübrige sich, die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zu prüfen.<sup>122</sup> Das *Gleichbehandlungsprinzip* stellt im Aktienrecht einen überragenden Grundsatz dar, und daran ändert sich nichts, wenn eine AG liquidiert wird. Die Lektüre dieses Urteils sollten sich sämtliche Liquidatoren ins Pflichtenheft schreiben.

## 2.6 Verantwortlichkeit

### m) Urteil 4A\_147/2014<sup>123</sup>

*Aktienrecht: Vertretungsmacht bei Interessenkonflikten von Mitgliedern des VR (Art. 718a OR) sowie Qualifikation als faktische Organe (Art. 754 OR)*

Mit diesem nicht amtlich publizierten Urteil äusserte sich das Bundesgericht – zwar in wenig spektakulärer, indes in nicht zu kritisierender Weise – zu zwei aktienrechtlichen Zentralthemen, nämlich zur *Vertretungsmacht* des VR einerseits sowie zur *faktischen Organschaft* bei Verantwortlichkeitsklagen<sup>124</sup> andererseits. Zum Streit kam es u. a. wegen der Bezahlung eines Betrags in Höhe von ca. CHF 130 000.– durch die A. SA (Beschwerdeführerin); damit wurden

121 Urteil 4A\_46/2014 vom 15. April 2014; Erw. 4.1. a. E.

122 Urteil 4A\_46/2014 vom 15. April 2014; Erw. 4.1.: «Ce versement constitue à lui seul un juste motif de révocation au sens de l'art. 741 al. 2 CO, et il est donc superflu d'examiner les autres griefs.»

123 CHRISTOPH B. BÜHLER/NICOLAS SPICHTIN, Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung oder Interessenkonflikt des Verwaltungsrates (...), GesKR 2015, 150 ff.; Zusammenfassung: GesKR 2015, 159.

124 Detailliert: PETER V. KUNZ, Materielle Organschaft («faktische VR»): Voraussetzungen sowie Folgen im Aktienrecht, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX (Bern 2014) 173 ff.

diverse Leistungen der Anwaltskanzlei B. AG (Beschwerdegegnerin) für die A. SA bezahlt.<sup>125</sup>

Die A. SA brachte vor, die beiden den *Mandatsvertrag* abschliessenden Mitglieder des VR (G. und H.) hätten im eigenen statt im Interesse der Beschwerdeführerin gehandelt, sodass sie überhaupt nicht verpflichtet worden sei.<sup>126</sup> Das Bundesgericht erklärte, dass ein *Interessenkonflikt* nur in Ausnahmefällen die *Vertretungsmacht begrenzen* könne,<sup>127</sup> nämlich «wenn er für den Dritten erkennbar war oder dieser ihn wenigstens bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen»<sup>128</sup>. Eine *Pflichtwidrigkeit* von G. und H. konnte jedoch nicht festgestellt werden in Bezug auf den konkreten Mandatsvertrag.<sup>129</sup>

Die Beschwerdeführerin machte *eventualiter* geltend, dass die bestrittene Forderung der Beschwerdegegnerin mit ihren angeblichen Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zu verrechnen sei. Fraglich – nebst dem grundsätzlichen Bestehen von Ansprüchen<sup>130</sup> – war, ob die *Anwaltskanzlei als Organ* der Beschwerdeführerin qualifiziert werden konnte. Art. 754 OR erfasst nebst formellen auch materielle bzw. faktische Organe.<sup>131</sup>

Die Beschwerdeführerin führte aus, die beklagte *Anwaltskanzlei* habe «bei der Festlegung der Strategie im Machtkampf eine «zentrale Rolle» eingenommen und als Teil des Kleinen Komitees *aktiv an der Entscheidungsfindung* mitgewirkt»<sup>132</sup>. Dies reichte dem höchsten Gericht für die Annahme einer faktischen Organstellung im konkreten Fall jedoch nicht: «Eine faktische Organstellung kommt nur einer Person zu, die in *eigener Verantwortung* eine *dauernde Zuständigkeit*

---

125 Urteil 4A\_147/2014 vom 19. November 2014: Sachverhalt B.

126 Urteil 4A\_147/2014 vom 19. November 2014: Erw. 3.1.

127 Basis der *Vertretungsmacht* – beispielsweise für VR-Mitglieder – ist Art. 718a Abs. 1 OR: «Die zur Vertretung befugten Personen können im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.»

128 Urteil 4A\_147/2014 vom 19. November 2014: Erw. 3.1.1.

129 Urteil 4A\_147/2014 vom 19. November 2014: Erw. 3.1.4.; dass die *Mandatierung* ausserhalb des Gesellschaftszwecks lag, wurde im Verfahren nicht geltend gemacht; ein Auftrag zur Rechtsberatung könnte auch kaum als nicht durch den Zweck gedeckt erachtet werden: a. a. O. Erw. 3.1.3.

130 Urteil 4A\_147/2014 vom 19. November 2014: Erw. 6.1.

131 Urteil 4A\_147/2014 vom 19. November 2014: Erw. 6.2.

132 Urteil 4A\_147/2014 vom 19. November 2014: Erw. 6.3. (Hervorhebung hinzugefügt).

für gewisse das *Alltagsgeschäft übersteigende* und das *Geschäftsergebnis beeinflussende* Entscheide wahrnimmt.»<sup>133</sup>

n) Urteil 4A\_603/2014<sup>134</sup>

*Aktienrecht: Pflichtverletzungen der Organe der Flightlease AG?*

Die Vergangenheitsbewältigung betreffend «*Swissair*» scheint nun nach mehr als 16 Jahren allmählich in die legale Schlussphase zu kommen. Die Klägerin (und Beschwerdeführerin) war die *Nachlassmasse der Flightlease AG*, deren Aktienkapital zu 100% zuerst direkt und später indirekt von der SAirGroup AG, der herrschenden Unternehmung des ehemaligen SAir-Konzerns, gehalten wurde. Die Beklagten (und Beschwerdegegner) waren frühere Mitglieder des VR bzw. der Geschäftsleitung entweder der *SAirGroup AG* (Obergesellschaft) oder der *Flightlease AG* (Untergesellschaft).<sup>135</sup>

Die Flightlease AG war eine Vertragspartei beim sog. *Zero Balancing Cash Pool* der SAir-Gruppe,<sup>136</sup> dessen Kündigung einen Schaden bei der Beschwerdeführerin verursachte, die ihre *Forderungen gegen die Pool-Leaderin* (mehr als USD 42 Mio.), der niederländischen SAirGroup Finance (NL) B. V., nur noch in deren Konkurs<sup>137</sup> eingeben konnte. Die Beschwerdeführerin klagte beim Bezirksgericht Bülach und verlangte Ersatz des Schadens aufgrund von *Art. 754 ff. OR* (Verantwortlichkeitsklage). Das Bezirksgericht, das Obergericht und schliesslich das Bundesgericht wiesen die Klage ab.<sup>138</sup>

Das Bundesgericht hielt fest, dass *keine Pflichtverletzungen* (z. B. der ehemaligen VR-Mitglieder) gegeben waren. Die Business Judgment Rule wurde – einmal mehr – explizit bei der Begründung angeführt; die Entscheidungen, am Cash Pooling teilzunehmen und diese Vereinbarung nicht zu kündigen, wurden *zurückhaltend* geprüft. Die Beklagten durften – aus der Sicht *ex ante* – davon ausgehen, dass für die in den Pool transferierten Mittel keine nennenswerten Verlust-

<sup>133</sup> Urteil 4A\_147/2014 vom 19. November 2014: Erw. 6.2. (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>134</sup> Zusammenfassung: GesKR 2016, 121.

<sup>135</sup> Urteil 4A\_603/2014 vom 11. November 2015: Sachverhalt A. a.

<sup>136</sup> Urteil 4A\_603/2014 vom 11. November 2015: Sachverhalt A. c.

<sup>137</sup> Urteil 4A\_603/2014 vom 11. November 2015: Sachverhalt A. d. und A. e.

<sup>138</sup> Vgl. zum Ganzen: Urteil 4A\_603/2014 vom 11. November 2015: Sachverhalt C.

risiken bestanden, und dass im Falle einer Liquiditätsverschlechterung jederzeit verrechenbare Vermögenswerte vorhanden waren.<sup>139</sup>

Wichtig erscheint (gerade im Hinblick auf das Urteil «Swiss-cargo»<sup>140</sup>), dass darauf hingewiesen wurde, «dass sich eine – von den festgestellten konkreten Umständen des vorliegenden Falles unabhängige – *Pflicht* der Organe der Flightlease AG zur *Besicherung* der Darlehensforderung gegenüber der Poolleaderin namentlich *nicht* aus dem in BGE 140 III 533 [sc. »Swisscargo«] publizierten Entscheid (...) ergibt»<sup>141</sup>. Dieser Hinweis müsste die *Kritikerarmada* zu «*Swisscargo*» mindestens etwas entspannen.

Weiter warf die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegnern vor, sie hätten ihre Pflicht zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses verletzt, weil sie in der konkreten Krise die *Konzerninteressen bevorzugt* hätten, notabene im Gegensatz zu den Interessen der Flightlease AG, also der abhängigen Gruppengesellschaft. Damit war als konzernrechtliches Grundsatzthema der «*doppelte Pflichtenexus*» von VR-Mitgliedern in Untergesellschaften angesprochen.<sup>142</sup> Dieser Vorwurf der Klägerin wurde vom Bundesgericht aufgrund der *mangelnden Substanziierung* als unbegründet *abgewiesen*, soweit es darauf überhaupt eintrat.<sup>143</sup>

o) BGE 141 III 112 (Urteil 4A\_428/2014<sup>144</sup>)<sup>145</sup>

*Aktienrecht: Verantwortlichkeitsklage – doppelter unmittelbarer Schaden der Gesellschaft sowie der Gläubiger*

In diesem Urteil befasste sich das Bundesgericht mit zahlreichen Fragen, z. B. mit der Rechtsnatur sowie der Reichweite der kollektiven

139 Urteil 4A\_603/2014 vom 11. November 2015: Erw. 7., v. a. Erw. 7.1.2.

140 Vgl. dazu hinten w).

141 Urteil 4A\_603/2014 vom 11. November 2015: Erw. 7.2.1.3.

142 Im Detail: PETER V. KUNZ, Tätigkeiten sowie Rechtsrisiken der Verwaltungsräte in Konzerntochtergesellschaften, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII (Bern 2017); erscheint im Herbst 2017.

143 Urteil 4A\_603/2014 vom 11. November 2015: Erw. 8., v. a. Erw. 8.2.

144 Deutsche Übersetzung: Pra 104 (2015) Nr. 96.

145 FELIX BUFF/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung (...), SZW 87 (2015) 269 ff.; MIRCO CEREGATO/ADRIAN BIERI, Aktivlegitimation des Gesellschaftsgläubigers zu Klagen gegen Gesellschaftsorgane im Konkurs der Gesellschaft (...), GesKR 2015, 295 ff.; Zusammenfassung: GesKR 2015, 303; SZW 88 (2016) 333 f.; SJZ 111 (2015) 526.



Krankentaggeldversicherung,<sup>146</sup> mit Art. 324a OR oder mit Art. 87 VVG. Im Hinblick auf die hier interessierende *Verantwortlichkeitsklage* ging es um die *Aktivlegitimation des Gläubigers* und damit um das Verhältnis zwischen der Gesellschaftsklage auf der einen Seite sowie der Gläubigerklage auf der anderen Seite, und zwar bei einem sog. *doppelten unmittelbaren Schaden*.

C. war ein Arbeitnehmer der D. AG, die in Konkurs ging. Bei der Arbeitsunfähigkeit von C. weigerte sich die Versicherung, Krankentaggelder an ihn auszubezahlen, weil es die D. AG *unterlassen* hatte, die *Versicherungsprämien einzubezahlen*. Entsprechende Lohnabzüge wurden bei C. hingegen vorgenommen. Es kam zu verschiedenen Verfahren, von denen eines mittels Vergleich erledigt wurde,<sup>147</sup> und ausserdem wurden A. und B., zwei Mitglieder des VR der D. AG, strafrechtlich verurteilt (Art. 159 StGB).<sup>148</sup>

Im Hinblick auf die – im Ergebnis – von C. gegen A. und B. eingereichte Verantwortlichkeitsklage prüfte das Bundesgericht, ob der Kläger als *Gesellschaftsgläubiger* berechtigt war, *selbständig* gegen die Mitglieder des VR vorzugehen, d. h., es ging um die *Aktivlegitimation* von C. Dabei verwies es zunächst auf seine Praxis, wonach dem Gläubiger unterschiedliche Klagemöglichkeiten offenstehen, notabene *je nach Schadensart* («dommage direct» des Gläubigers allein;<sup>149</sup> «dommage par ricochet»<sup>150</sup> sowie schliesslich «dommage direct» sowohl des Gläubigers als auch der Gesellschaft<sup>151</sup>).

Der Schaden von C. bestand darin, dass die Versicherungsprämien nicht bezahlt worden waren, und dass die Versicherung deshalb die Leistungen zugunsten von C. verweigert hatte. Trotzdem wurden Lohnabzüge bei C. vorgenommen, doch für andere Zwecke als für die Versicherungsprämien verwendet. Dadurch hatte der Arbeitnehmer als *Gläubiger* einen *direkten Schaden* erlitten.<sup>152</sup> Durch das Fehlverhalten von A. und B. entstand ausserdem eine Ersatzforderung von C.

---

146 BGE 141 III 112, Erw. 4.

147 Urteil 4A\_428/2014 vom 12. Januar 2015: Sachverhalt A. und B. a. (nicht publiziert in BGE 141 III 112).

148 Urteil 4A\_428/2014 vom 12. Januar 2015: Sachverhalt B. b. (nicht publiziert in BGE 141 III 112).

149 BGE 141 III 116, Erw. 5.2.1.

150 BGE 141 III 117, Erw. 5.2.2.

151 BGE 141 III 117, Erw. 5.2.3.

152 BGE 141 III 118, Erw. 5.3.2.

gegen die D. AG, was deren Passiven entsprechend erhöht habe,<sup>153</sup> sodass bei der *Gesellschaft* ebenfalls ein *direkter Schaden* gegeben war.

Somit liege, so das Gericht, die äusserst seltene Konstellation eines *doppelten unmittelbaren Schadens* vor. Der Gläubiger habe in einem solchen Fall nur dann eine direkte Klagemöglichkeit, wenn er seinen Anspruch auf Art. 41 OR, die culpa in contrahendo oder eine ausschliesslich ihn schützende Gesellschaftsrechtsnorm stützen könne.<sup>154</sup> Gemäss Bundesgericht konnte C. seine Klage mit einer *unerlaubten Handlung* begründen – als deliktsrechtliche Schutznorm wurde Art. 159 StGB herangezogen<sup>155</sup> – und war somit legitimiert, mit einer *eigenen Klage* seinen Ersatz für den erlittenen Schaden zu verlangen.<sup>156</sup>

p) BGE 142 III 23 (Urteil 4A\_425/2015)<sup>157</sup>

*Aktienrecht: keine Aktivlegitimation der Nachlassverwaltung, wenn kein Gesellschaftsschaden (wegen Gläubigerbevorzugung) besteht*

Die Vergangenheitsbewältigung betreffend «Swissair» wird mit BGE 142 III 23 weiter vorangetrieben. In den Tagen vor ihrem Gesuch um Nachlassstundung im Jahr 2001 nahm die SAirGroup AG diverse grössere und *fällige* Zahlungen an Gläubiger vor.<sup>158</sup> Ihre Nachlassverwaltung (Beschwerdeführerin) verlangte in der Folge von ehemaligen Organmitgliedern (Beschwerdegegner), konkret frühere Mitglieder des VR sowie der Geschäftsleitung, die Begleichung des Schadens,

---

153 BGE 141 III 118, Erw. 5.3.2.

154 BGE 141 III 117, Erw. 5.2.3.

155 Urteil 4A\_428/2014 vom 12. Januar 2015: Erw. 6.2 (nicht publiziert in BGE 141 III 112).

156 BGE 141 III 118, Erw. 5.3.3.

157 OLIVIER BAUM/HANS CASPAR VON DER CRONE, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 88 (2016) 232 ff.; BARBARA KLETT, Die Legitimation bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (...), HAVE 2016, 57 ff.; DOMINIQUE MÜLLER/HANNES KIESER, Keine Aktivlegitimation der Masse zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen für ausschliessliche Gläubigerschäden, GesKR 2016, 112 ff.; Zusammenfassung: SZW 88 (2016) 333.

158 BGE 142 III 23 f. Sachverhalt A.

der *anderen Gläubigern* anlässlich des Nachlassverfahrens infolge dieser Zahlungen entstanden war.<sup>159</sup>

Die Beschwerdeführerin brachte vor, die Beschwerdegegner hätten bei den Auszahlungen ernsthaft mit der möglicherweise *bevorstehenden Insolvenz* der SAirGroup AG rechnen und sich insofern bewusst sein müssen, dass solche Zahlungen an einzelne Gläubiger sich zum Nachteil der anderen Gläubiger auswirken würden.<sup>160</sup> Im vorliegenden Verfahren war über die *Aktivlegitimation der Nachlassverwaltung* zu entscheiden.

Das Bundesgericht wies auf seine wechselvolle Praxis zur *Gläubigerklage* hin: Wurde vor einigen Jahren keine Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden im Gläubigervermögen für die Aktivlegitimation gemacht,<sup>161</sup> führte das Gericht die herkömmliche Definition von mittelbarem und unmittelbarem Gläubigerschaden später wieder ein; es bestätigte mit BGE 132 III 564, dass die *Gläubiger* bei Pflichtverletzungen, die zu einer unmittelbaren Schädigung in ihrem Vermögen, nicht aber zu einer Schädigung bei der Gesellschaft geführt haben, *keine Einschränkungen* für ihre Klage haben.<sup>162</sup>

Das Bundesgericht äusserte sich zur *Klage der Nachlassverwaltung*: «Bei dieser Rechtslage, nach der die Gläubiger, die in ihrem Vermögen geschädigt sind, unbeschränkt gegen die Gesellschaftsorgane vorgehen können, wenn nicht auch die Gesellschaft durch die geltend gemachte Pflichtverletzung einen Schaden erlitten hat, rechtfertigt es sich von vornherein nicht mehr, auch der Konkurs- bzw. Nachlassmasse die Aktivlegitimation zur Geltendmachung des *ausschliesslich den Gläubigern entstandenen* Schadens zuzugestehen (...). Dafür bietet das Verantwortlichkeitsrecht denn auch keine Handhabe (...). Die Klage der Gesellschaft bzw. der Nachlassmasse (action sociale), setzt voraus, dass im *Vermögen der Gesellschaft bzw. deren Masse* ein *Schaden* im Sinne der Differenztheorie eingetreten ist. Denn nur ein solcher Gesellschaftsschaden ist nach nun herrschender Auffassung Gegenstand der Klage der durch die Konkursverwaltung vertretenen Masse (...) bzw. der aktienrechtlichen Sonderregelung

---

159 BGE 142 III 24 Sachverhalt B.

160 BGE 142 III 26 Erw. 3.2.

161 BGE 142 III 29 f. Erw. 4.2.1.; insbesondere: BGE 122 III 176, BGE 117 II 432 und Urteil 5C.29/2000 vom 19. September 2000: Erw. 4. b./c.

162 BGE 142 III 31 Erw. 4.2.2., mit Verweisung auf BGE 132 III 568 f. Erw. 3.1.

nach Art. 756–758 OR, was sich ausdrücklich aus der Marginalie zu diesen Bestimmungen ergibt, die von ‹Schaden der Gesellschaft› spricht.»<sup>163</sup>

Beim konkreten Fall gab es allein Schädigungen im *Vermögen der Konkursgläubiger*, die von ihnen klageweise geltend gemacht werden konnten. Die Nachlassmasse als solche war hingegen nicht geschädigt, weil die *Gläubigerbevorzugung* zu ihrem Nutzen ausfiel: Mit der Bezahlung der fälligen Forderungen mittels Gesellschaftsaktiven wurden nämlich im gleichen Umfang die Gesellschaftspassiven reduziert, sodass kein Gesellschaftsschaden vorhanden war.<sup>164</sup> In einer solchen Konstellation besteht *keine Aktivlegitimation*.

## 2.7 Business Judgment Rule (BJR)

q) Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014<sup>165</sup>

*Aktienrecht: Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 754 ff.  
OR – Informationsbasis sowie (Un-)Vertretbarkeit von  
Geschäftsentscheiden als Themen der BJR*

Die sog. *Business Judgment Rule* (BJR) stellt eine *jahrzehntelange Praxis* des Bundesgerichts insbesondere bei Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 754 ff. OR dar. Erst seit einigen Jahren wird die BJR explizit in der Rechtsanwendung angesprochen und in der Doktrin vertieft.<sup>166</sup> Die BJR war bereits in den letzten Jahren<sup>167</sup> mehrfach ein Thema und ist ebenfalls in der aktuellen Berichtsperiode bei zwei Fällen zu erwähnen.

A. war einziges VR-Mitglied der D. AG, die mit der F. Ltd., einer *russischen* Gesellschaft, einen *Liefervertrag für Dieselöl* schloss. Der Vertrag wurde nie erfüllt.<sup>168</sup> Die D. AG wandte sich in der Folge direkt an die Öllieferantin, die *russische* H. Ltd., und schloss einen weiteren Vertrag über die Lieferung von Dieselöl. Vertraglich musste

<sup>163</sup> BGE 142 III 32 Erw. 4.3. (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>164</sup> BGE 142 III 35 Erw. 4.4.

<sup>165</sup> Zusammenfassung: GesKR 2014, 413; SJZ 110 (2014) 550; SZW 87 (2015) 148.

<sup>166</sup> Jüngst: ALEX CHRISTEN, «Quo vadis, BJR?», AJP 24 (2015) 123 ff.; PETER V. KUNZ, Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 86 (2014) 274 ff.

<sup>167</sup> ZBJV 149 (2013) 114 sowie v. a. ZBJV 151 (2015) 150 ff.

<sup>168</sup> Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Sachverhalt A. a. und A. b.

der *Kaufpreis im Voraus* bezahlt werden, und die D. AG leistete eine Anzahlung. Das Öl wurde nie geliefert.<sup>169</sup> Kurz darauf schloss die D. AG mit der F. Ltd. erneut einen Liefervertrag, und nunmehr sollte auch auf dieser vertraglichen Basis ein Teil des *Kaufpreises im Voraus* entrichtet werden, was die D. AG denn auch tat. Das Öl wurde nie geliefert.<sup>170</sup>

In der Folge fiel die D. AG in Konkurs und wurde aufgelöst.<sup>171</sup> Die entscheidende Frage vor Bundesgericht war, ob A. durch die (zweite) *ungesicherte Vorauszahlung* zugunsten der F. Ltd. seine Pflicht als VR schuldhaft verletzt hatte.<sup>172</sup>

Das Bundesgericht führte – mit Verweisung auf BGE 139 III 24 – aus, dass eine *richterliche Zurückhaltung* bei *Geschäftsentscheiden* angezeigt sei. Es prüfte m. a. W. die Anwendbarkeit der BJR<sup>173</sup>. Das höchste Gericht prüfte zuerst, «ob ein einwandfreier, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhender, von Interessenkonflikten freier Entscheidungsprozess vorlag»<sup>174</sup>. Es kam zum Schluss, dass «vorliegend (...) weder ein Interessenkonflikt [bestand], noch der Entscheid formal nicht korrekt zustande [gekommen war]»<sup>175</sup>. Es stellte sich somit im Wesentlichen nur noch die Frage, wie gut (oder wie schlecht) die *Informationsbasis* des Beschwerdeführers für diese Vorauszahlung war.<sup>176</sup>

Nach Bundesgericht liege eine *angemessene Informationsbasis* nicht vor, wenn die Entscheidungsträger über weitere Informationen hätten verfügen können oder weitere Nachforschungen hätten tätigen müssen.<sup>177</sup> Dies gelte allerdings nur insoweit, als überhaupt *zumutbare Abklärungsmöglichkeiten* bestanden und die davon zu erwartenden Ergebnisse für den Geschäftsentscheid auch tatsächlich *relevant* gewesen wären.<sup>178</sup> Das Bundesgericht korrigierte die Vorinstanz, die

---

169 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Sachverhalt A. c. und A. e.

170 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Sachverhalt A. f.

171 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Sachverhalt A. g.

172 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 4.

173 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 5.1.

174 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 6.

175 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 6.2.

176 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 6.2.

177 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 6.3.1.

178 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 6.3.2.

einen mangelhaften Entscheidprozess als gegeben sah und folglich die BJR nicht zur Anwendung gebracht hatte.<sup>179</sup>

Schliesslich fügte das Bundesgericht ein *neues Element* zur BJR ein: die Thematik der (*Un-*)*Vertretbarkeit* des Geschäftsentscheids. Das Gericht widmete sich der Frage, «ob die Vorauszahlung (...) ohne Sicherheiten auf der Informationsbasis [von A.] ein *nicht mehr vertretbarer* Geschäftsentscheid war»<sup>180</sup>. Es betonte dabei, dass die Vertretbarkeit eines Geschäftsentscheides nicht zuletzt davon abhängt, welche *Chancen* mit einem konkreten Geschäft verbunden seien. Im vorliegenden Fall versprach das Geschäft einen hohen Gewinn, während die Nichtrealisierung mit einer Sanktion belegt war.<sup>181</sup>

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der infrage stehende *Entscheid nicht unvertretbar* war,<sup>182</sup> sodass die BJR zur Anwendung gelangte. Es verneinte im Ergebnis die Sorgfaltspflichtverletzung und ging folglich auf die weiteren Haftungsvoraussetzungen (sc. Verschulden sowie adäquater Kausalzusammenhang) nicht mehr ein.<sup>183</sup> Damit werden die in der Doktrin diskutierte «*Nachvollziehbarkeitsprüfung*» sowie eine «*beschränkte Inhaltskontrolle*» in die schweizerische Praxis eingeführt (nach US-Vorbildern).<sup>184</sup>

r) Urteil 4A\_219/2015<sup>185</sup>

*Aktienrecht: BJR – Interessenkonflikte schliessen die Anwendbarkeit der BJR zwar aus, begründen indes keine automatische Pflichtwidrigkeit*

Um die BJR ging es in einem weiteren Urteil,<sup>186</sup> nunmehr um das Element des *Interessenkonflikts* im VR. Die bisherige Rechtspre-

179 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 6.3.2. a.E.

180 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 7. (Hervorhebungen im Original).

181 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 7.3.

182 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 7.1.–7.4.3.

183 Urteil 4A\_626/2013, 4A\_4/2014 vom 8. April 2014: Erw. 8.

184 Ein Geschäftsentscheid kann also formal noch so korrekt gefällt worden sein; wenn sich ein objektiver und fachkundiger Dritter bei Betrachtung des Ergebnisses an den Kopf schlägt und ausruft «*Wie kann man nur?*», dann ist für die BJR kein legaler Platz vorhanden.

185 Zusammenfassung: SZW 88 (2016) 332 f.; GesKR 2015, 570.

186 Im Urteil wurde ebenfalls die «*Nachvollziehbarkeitsprüfung*» bestätigt.

chung wurde bestätigt und zudem klargestellt, dass *Interessenkonflikte* als solche *nicht automatisch Pflichtwidrigkeiten* darstellen. Im konkreten Fall bezweckte die F. AG das Abfüllen und Vertreiben von Quellwasser. A. (Beschwerdeführer), Mehrheitsaktionär der F. AG, klagte gegen Mitglieder des VR, nämlich gegen C., D. sowie E. (Beschwerdegegner).<sup>187</sup> Der Kläger sah eine Verletzung von Art. 717 Abs. 1 OR darin begründet, dass die Beschwerdegegner den *Verkauf einer Abfüllanlage* an die G. AG *deutlich unter Verkehrswert* guthiesen.<sup>188</sup>

Das Bundesgericht hielt als *«BJR-Formel»* fest, 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 Entscheidungsprozess zustande gekommen [sind] (...). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, prüft das Gericht den Geschäftsentscheid in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf, ob er als vertretbar erscheint (...). Andernfalls rechtfertigt es sich dagegen nicht, bei der Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung besondere Zurückhaltung zu üben und lediglich zu prüfen, ob der Entscheid noch im Rahmen des Vertretbaren liegt. Vielmehr reicht es dann aus, dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung fehlerbehaftet erscheint (...)»<sup>189</sup>.

Strittig war insbesondere, ob sich die VR-Mitglieder betreffend Verkauf der Abfüllanlage in einem *Interessenkonflikt* befanden. Hätte ein solcher Konflikt bejaht werden müssen, wäre kein «von Interessenkonflikten freie[r] Entscheidungsprozess» gegeben, und die BJR wäre unbeachtlich gewesen. Das Gericht stellte fest: «Entgegen dem, was der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, führt dies jedoch *nicht ohne Weiteres* zur Annahme einer Pflichtverletzung der Beschwerdegegner im Verantwortlichkeitsprozess; vielmehr ist *im Einzelnen* zu beurteilen, ob der *konkret* gefällte Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung als *fehlerbehaftet* erscheint.»<sup>190</sup>

---

187 Urteil 4A\_219/2015 vom 8. September 2015: Sachverhalt A.

188 Urteil 4A\_219/2015 vom 8. September 2015: Erw. 4.

189 Urteil 4A\_219/2015 vom 8. September 2015: Erw. 4.2.1.

190 Urteil 4A\_219/2015 vom 8. September 2015: Erw. 4.2.2. (Hervorhebungen hinzugefügt).

Es traf zu, dass sich die VR-Mitglieder in einem *Interessenkonflikt* befanden (und damit kein von Interessenkonflikten freier Entscheidprozess vorlag),<sup>191</sup> d. h., die BJR war nicht anwendbar. Konkret lag *trotzdem kein Fehler* beim Verkauf vor,<sup>192</sup> denn es «[w]ar im Zeitpunkt des strittigen Geschäftsentscheids unter Berücksichtigung sämtlicher Alternativen *keine konkrete Möglichkeit* erkennbar, die Abfüllanlage zu einem Preis zu verkaufen, der – unter Berücksichtigung der Folgekosten – zu einem für die Gesellschaft *besseren Gesamtergebnis* geführt hätte als das tatsächlich abgeschlossene Geschäft»<sup>193</sup>. Damit gelang es A. nicht, eine Verletzung der Sorgfalts- oder Treuepflichten nachzuweisen.

### 3. *Recht der GmbH*

s) BGE 140 III 409 (Urteil 4A\_93/2014)<sup>194</sup>

*Recht der GmbH: Auskunftsanspruch der GmbH gegenüber ihrem (ehemaligen) Geschäftsführer aufgrund seiner Treuepflicht (Art. 812 OR)?*

Das Bundesgericht befasste sich in BGE 140 III 409 mit zwei gesellschaftsrechtlichen Grundthemen: dem «*Doppelverhältnis*» der Geschäftsführerfunktion (sc. schuldrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Basis) sowie der *Treuepflicht des Geschäftsführers* aufgrund von Art. 812 OR<sup>195</sup>; betreffend die Treuepflicht wurde auf die Frage eingegangen, ob aus dieser gesellschaftsrechtlichen Norm eine *Auskunfts-pflicht des Geschäftsführers* bzw. ein *Auskunftsrecht der GmbH* abgeleitet werden könne.

Der im Handelsregister als Geschäftsführer der A. GmbH (Klägerin, Beschwerdeführerin) eingetragene B. (Beklagter, Beschwerde-

191 Urteil 4A\_219/2015 vom 8. September 2015: Erw. 4.2.2.

192 Urteil 4A\_219/2015 vom 8. September 2015: Erw. 4.2.2.

193 Urteil 4A\_219/2015 vom 8. September 2015: Erw. 4.2.5. (Hervorhebungen hinzugefügt).

194 Zusammenfassung: AJP 24 (2015) 376; GesKR 2014, 547; SJZ 110 (2014) 468 ff.; SZW 87 (2015) 153.

195 Art. 812 OR: «<sup>1</sup>Die Geschäftsführer (...) müssen ihre Aufgabe mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. <sup>2</sup>Sie unterstehen der gleichen Treuepflicht wie die Gesellschafter. <sup>3</sup>Sie dürften keine konkurrierenden Tätigkeiten ausüben (...); die Regelung stimmt im Übrigen mit der *aktienrechtlichen Norm für VR* (Art. 717 Abs. 1 OR) überein.



gegner) kündigte sein Arbeitsverhältnis fristlos aus wichtigen Gründen. Die Beschwerdeführerin bestritt das Vorliegen wichtiger Gründe und forderte *Auskunft über seine bisherigen Tätigkeiten* für die Gesellschaft, was vom Beschwerdegegner verweigert wurde.<sup>196</sup> Hierauf reichte die Beschwerdeführerin eine Klage beim Handelsgericht St. Gallen ein und forderte Auskunft über diverse Geschäftsvorgänge. Das Handelsgericht verneinte seine sachliche Zuständigkeit und trat auf die Klage nicht ein. Gegen diesen Entscheid reichte schliesslich die Beschwerdeführerin eine Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein.<sup>197</sup>

Einleitend ging es um die zivilprozessuale Frage der *sachlichen Handelsgerichtszuständigkeit* gemäss Art. 6 Abs. 4 Ziff. 2 ZPO.<sup>198</sup> In diesem Zusammenhang äusserte sich das Bundesgericht ebenfalls zu *gesellschaftsrechtlichen* Themen des *GmbH-Rechts*. Es erkannte (ähnlich wie im Aktienrecht), dass ein Geschäftsführer einer GmbH zu «seiner» Gesellschaft in einem *schuldrechtlichen sowie gesellschaftsrechtlichen «Doppelverhältnis»* stehe. Dies habe zur Folge, dass das Organ mit einem Einzelarbeitsvertrag sowohl die arbeitsrechtliche Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR) als auch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gemäss Art. 812 OR beachten müsse.<sup>199</sup>

Die Beschwerdeführerin räumte ein, dass Art. 812 OR eine Auskunftspflicht bzw. Rechenschaftspflicht nicht explizit vorsehe, machte indes eine Rechenschaftspflicht aufgrund der *allgemeinen Treuepflicht des Geschäftsführers* geltend. Das Bundesgericht sah dies anders. Es führte aus, dass zwar ein vertraglicher Anspruch<sup>200</sup> bestehe, wollte hingegen *keinen Auskunftsanspruch aus GmbH-Recht* erkennen. Die vom Gericht anerkannte Rechtsgrundlage (also: Art. 321a OR sowie Art. 400 OR) sprach betreffend Art. 6 Abs. 4 Ziff. 2 ZPO gegen die sachliche Handelsgerichtszuständigkeit.<sup>201</sup>

Diese Einschätzung zu Art. 812 OR überrascht und ist *abzulehnen*. Die höchstrichterliche Gesetzesauslegung erscheint *zu restriktiv*

---

196 BGE 140 III 410 Sachverhalt A.

197 BGE 140 III 410 f. Sachverhalt B. und C.

198 BGE 140 III 411 f. Erw. 3.1./Erw. 3.2. a.E.

199 BGE 140 III 412 Erw. 3.1.

200 BGE 140 III 413 f. Erw. 3.2.2.

201 BGE 140 III 414 f. Erw. 3.3.

und dürfte allenfalls pragmatisch und ergebnisorientiert sein.<sup>202</sup> Die «Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahren» (Art. 812 Abs. 1 OR),<sup>203</sup> muss – nicht zuletzt als *Kontrollmechanismus* – zu einer *Rechenschaftspflicht des Exekutivorgans* führen (notabene gleich verhält es sich beim VR einer AG). Wenn sich aus der Treuepflicht des Geschäftsführers sogar ein *Konkurrenzverbot* ergibt (Art. 812 Abs. 3 OR), muss *erst recht* eine Pflicht zur Auskunft bestehen.<sup>204</sup>

t) BGE 141 V 634 (Urteil 9C\_327/2015)

*Sozialversicherungsrecht betreffend GmbH: Abgrenzung zwischen Lohn und Dividende – Sparmöglichkeit(en) durch «Abgabearbitrage»?*

Bereits durch die amtliche Fundstelle (BGE 141 V 634) ist klar, dass es bei diesem Fall *nicht* um *Recht der GmbH*, sondern um *Sozialversicherungsrecht* geht – immerhin ist konkret eine GmbH betroffen. Die wirtschaftsrechtliche Rezension erfolgt primär vor einem praktischen Hintergrund: *Sensibilisierung* für die Thematik, welche Möglichkeiten für Unternehmen mit starken «Eigentümergeinschaftern» im Hinblick auf *öffentliche Abgaben* – Sozialversicherungsabgaben sowie Steuern – bestehen (oder eben auch nicht).

Bei Gesellschaften mit *Einzel- bzw. Grossgesellschaftern* als *Arbeitnehmer* wird regelmässig diskutiert, wie viel Lohn bezahlt und wie viel Dividende ausgeschüttet wird. Für den *Gesellschafter* spielt die konkrete «Aufteilung» steuerlich im Prinzip keine Rolle, weil beide Geldflüsse als Einkommen – wenn auch teils privilegiert – zu versteuern sind. In der Praxis ist die Perspektive der *Gesellschaft* besonders wichtig: Der *Lohn* ist Aufwand und folglich beim Gewinn abzugsfähig, bringt allerdings Sozialversicherungsabzüge mit sich;

---

202 Nicht nachvollziehbar ist beispielsweise die Argumentation, die als «systematisch» sowie «teleologisch» bezeichnet wird, verweist doch das Gericht einzig auf von der Beschwerdeführerin angeführte Beispiele von Rechenschaftspflichten (BGE 140 III 413 Erw. 3.2.2.); der unbefangene Leser zwischen den Zeilen erhält den Eindruck, dass ein gesellschaftsrechtlicher Anspruch in erster Linie abgelehnt wurde, weil ein *vertraglicher Anspruch unbestritten* war.

203 Generell: CHRISTOPH FEUZ, Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH (Diss. Bern 2017) N 309 ff.

204 Argument «a maiore ad minus».

die *Dividende* stellt Gewinnverwendung dar, sodass sie nicht beim Gewinn subtrahiert werden kann, hat hingegen keine Sozialversicherungspflichten zur Folge.

Durch die «Aufteilung» von Lohn und Dividende ist geradezu eine «*Abgabearbitrage*» möglich. Vor diesem Hintergrund lassen die Behörden – konkret: die Ausgleichskassen sowie die Steuerbehörden – den Unternehmen *nicht vollständige Freiheiten*, sondern geben zumindest gewisse Vorgaben, wie im vorliegenden Fall ersichtlich wird.

B. war *einzigster Gesellschafter* und *Geschäftsführer* der A. GmbH (gemeinsam: Beschwerdeführer). Als die Ausgleichskasse Obwalden (Beschwerdegegnerin) eine Arbeitgeberkontrolle durchführte, gelangte sie zum Schluss, dass das *branchenübliche Gehalt* von B. hätte höher ausfallen müssen, und rechnete der Gesellschaft entsprechend einen Betrag der *Dividenden als Lohn* auf;<sup>205</sup> bedeutsam war dies, weil gemäss Art. 4 f. AHVG auf Erwerbseinkommen – im Gegensatz zu Dividenden – Sozialversicherungsabgaben erhoben werden,<sup>206</sup> und zudem werden Dividenden steuerlich privilegiert.<sup>207</sup>

Der Gesellschaft stand bei der *Gestaltung von Vergütungen* ein *erheblicher Ermessensspielraum* zu, und die Ausgleichskasse oder die Steuerbehörde haben nicht das Recht, die Angemessenheit des Lohnes bzw. der Dividende frei zu überprüfen:<sup>208</sup> «Von der durch die Gesellschaft gewählten Aufteilung ist nur dann abzuweichen, wenn ein *offensichtliches Missverhältnis* zwischen Arbeitsleistung und Lohn bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht (...). [Es] (...) ist dabei auf einen *Drittvergleich* abzustellen: Es ist zu prüfen, ob unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren die *gleiche Leistung* auch einem *aussenstehenden Dritten* erbracht worden wäre.»<sup>209</sup>

Um ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Lohn und Dividende zu bestimmen, ging das Bundesgericht von der sog. «*Nidwaldner Praxis*» aus: «Demnach werden deklariertes AHV-Einkommen und branchenübliches Gehalt einerseits und Dividendenzahlung und Aktienwert andererseits zueinander in Beziehung gesetzt, um zu

---

205 BGE 141 V 635 Sachverhalt A.

206 BGE 141 V 636 Erw. 2.1.

207 BGE 141 V 648 Erw. 2.3.

208 BGE 141 V 637 Erw. 2.2.1.

209 BGE 141 V 637 Erw. 2.2.1. (Hervorhebungen hinzugefügt).

bestimmen, ob ein Teil der ausgeschütteten Dividende als beitragsrechtlich massgebendes Einkommen aufzurechnen ist.»<sup>210</sup> Das Bundesgericht hat indes die Praxis *modifiziert* bzw. «insofern korrigiert (...), als die Angemessenheit des (beitragsfreien) Vermögensertrags nicht in Relation zum Nennwert (Nominalwert), sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien (Eigenkapital inkl. offene und stille Reserven) zu beurteilen ist»<sup>211</sup>.

Im vorliegenden Fall wurde vom Bundesgericht ein *offensichtliches Missverhältnis bejaht*, weshalb die Aufrechnung von Dividendenzahlungen als AHV-pflichtiger Lohn nicht beanstandet werden konnte. D. h., es mussten *Nachzahlungen* sowohl durch die Gesellschaft als auch durch den Gesellschafter bzw. Geschäftsführer erfolgen. Somit können «Abgabearbitragen» für alle Beteiligten teuer werden.

#### 4. *Genossenschaftsrecht*

##### u) BGE 140 III 206 (Urteil 4A\_363/2013)<sup>212</sup>

###### *Genossenschaftsrecht: Ausgabe von Partizipationsscheinen unzulässig*

Die *verbreitete mediale Rezeption* von Genossenschaften in der Schweiz kann, etwas trivialisiert, wohl zusammengefasst werden als «klein, fein, sympathisch und nicht dividendengeil». Dabei wird ausgeblendet, dass *Grossgenossenschaften* sowie *Genossenschaftskonzerne* in der Wirtschaftsrealität nicht selten vorkommen: Migros, Coop, Mobiliar, Raiffeisen, Fenaco etc. Insofern sollte nicht überraschen, dass *Unternehmensfinanzierungen* auch bei Genossenschaften wichtig sind. Beispielsweise wollte sich der Bankenkonzern Raiffeisen mittels *Partizipationsscheinen* (PS) als Eigenkapital finanzieren.

---

210 BGE 141 V 637 Erw. 2.2.2.

211 BGE 141 V 637 Erw. 2.2.2.

212 PETER FORSTMOSER/FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, Unzulässigkeit von Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften, Bundesgericht kippt Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter vom 14. Juli 2014, *passim*; ADRIANO R. HUBER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften, SZW 86 (2014) 445 ff.; Zusammenfassung: AJP 24 (2015) 952 f.; AJP 23 (2014) 1235; GesKR 2014, 413; REPRAX 3 (2014) 35 (ff.); SJZ 110 (2014) 329 f.; SZW 87 (2015) 152; SZW 86 (2014) 434.

In BGE 140 III 206 hatte das Bundesgericht über eine Statutenänderung der Genossenschaft X<sup>213</sup> (Beschwerdegegnerin) zu entscheiden, mit der «*Beteiligungsscheine*» eingeführt werden sollten. Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (Beschwerdeführerin) erachtete die vorgelegte Statutenänderung als unzulässig.<sup>214</sup> Das Bundesgericht hielt fest, dass die «*Beteiligungsscheine*» mehrere *Gemeinsamkeiten* mit den *aktienrechtlichen PS* gemäss Art. 656a ff. OR aufgewiesen hätten. Die «*Beteiligungsscheine*» hätten z. B. auf einen Nennwert gelautet, ein Recht auf Gewinnbeteiligung sowie auf Rückzahlung im Liquidationsfall, hingegen kein Stimmrecht, gewährt.<sup>215</sup> Deshalb stellte das Gericht die Grundsatzfrage, ob *PS bei Genossenschaften* überhaupt *rechtlich zulässig* seien.<sup>216</sup>

Im Gegensatz zum Aktienrecht besteht *keine (explizite) gesetzliche Regelung* betreffend *PS bei Genossenschaften*. Das Bundesgericht nahm für die Auslegung die Abgrenzung zwischen einem *qualifizierten Schweigen* einerseits sowie einer *echten Gesetzeslücke* andererseits vor – einzig im zweiten Fall ist es Sache des Richters, anstelle des Rechtssetzers eine Regelung zu schaffen:<sup>217</sup> «Als *lückenhaft* kann das Gesetz im zu beurteilenden Fall nur gelten, wenn sich ergibt, dass es hinsichtlich der Arten des *Eigenkapitals* der Genossenschaft *keine abschliessende Ordnung* aufgestellt, sondern der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen. Ist die gesetzliche Ordnung hinsichtlich der Struktur des Grundkapitals bei der Genossenschaft aufgrund der Auslegung demgegenüber als *abschliessend* zu betrachten, ist das Fehlen besonderer Bestimmungen zum Partizipationschein folgerichtig und es liegt *keine Gesetzeslücke* vor.»<sup>218</sup>

---

213 Interessanterweise wurde *Raiffeisen* im Urteilstext *anonymisiert*, was angesichts der Notorietät des Falles dem Verfasser etwas antiquiert erscheint.

214 Urteil 4A\_363/2013 vom 28. April 2014: Sachverhalt A.

215 Urteil 4A\_363/2013 vom 28. April 2014: Erw. 3.1.

216 BGE 140 III 207 Erw. 3.1 (sowie unveröffentlicht in Urteil 4A\_363/2013 vom 28. April 2014: Erw. 2.3: «Die Frage, ob bei der Genossenschaft eine besondere Art des Grundkapitals in Form eines Partizipationskapitals geschaffen werden kann, betrifft die Grundstruktur dieser Rechtsform und damit auch das öffentliche Interesse der Verkehrssicherheit.»)

217 BGE 140 III 213 Erw. 3.5.1.

218 BGE 140 III 213 Erw. 3.5.2. (Hervorhebungen hinzugefügt).

Ob eine echte Gesetzeslücke vorlag, die richterlich zu füllen wäre, hatte das Gericht durch *Gesetzesauslegung* zu ermitteln:<sup>219</sup> «Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (...). Bei der *Auslegung neuerer Bestimmungen* kommt den *Materialien* eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen.»<sup>220</sup>

Das Bundesgericht führte aus: «Die *Materialien* insbesondere zur GmbH-Revision bringen den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, Partizipationsscheine *nicht bei allen Gesellschaftsformen* zuzulassen, und ihre Ausgabe von besonderen Schutzmechanismen zugunsten der Partizipanten abhängig zu machen.»<sup>221</sup> Das Genossenschaftsrecht verfüge aber – ähnlich wie das GmbH-Recht – über *keine spezifischen Schutzmechanismen* zugunsten von Partizipanten (z. B. Sonderprüfung).<sup>222</sup> Aus diesen Überlegungen stehe es der Genossenschaft «[i]m Rahmen der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit (...) ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung über die Rechte der Partizipanten nicht frei, Eigenkapitalinstrumente *sui generis* in Form von Partizipationsscheinen (...) zu schaffen»<sup>223</sup>.

Das Bundesgericht schlussfolgerte, es sei «[n]ach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers sowie dem Zweck und der Systematik des Gesetzes (...) im Genossenschaftsrecht *kein Fehlen einer Regelung* auszumachen, welche die genossenschaftlichen Bestimmungen als planwidrig unvollständig erscheinen liesse. Eine *Lücke* liegt damit *nicht* vor»<sup>224</sup>. Bestehe ein Bedürfnis nach der «Schaffung einer zusätzlichen Kapitalkategorie in Form eines Partizipationskapitals auch bei der Genossenschaft»<sup>225</sup>, sei dies Sache der *Gesetzgebung*.

---

219 BGE 140 III 213 Erw. 3.5.3.

220 BGE 140 III 214 Erw. 3.5.4. (Hervorhebungen hinzugefügt).

221 BGE 140 III 217 Erw. 3.6.4. a. A. (Hervorhebung hinzugefügt).

222 BGE 140 III 216 Erw. 3.6.3.

223 BGE 140 III 217 Erw. 3.6.4 (Hervorhebung im Original).

224 BGE 140 III 219 f. Erw. 3.7. (Hervorhebungen hinzugefügt).

225 BGE 140 III 220 Erw. 3.7.

v) Urteil 4A\_370/2015<sup>226</sup>

*Genossenschaftsrecht: Mindestzahl von sieben Genossenschaftlern*

Gesellschaften als *Personenvereinigungen* müssen – als Prinzip – mindestens *zwei* Gesellschafter aufweisen. Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen, indem seit einigen Jahren auch *Einpersonengesellschaften* als AG sowie als GmbH möglich sind; die dritte Ausnahme betrifft die Genossenschaften, die – für den Verfasser nicht erklärbar – eine Mindestzahl von *sieben Genossenschaftlern* als Gesellschafter kennen.<sup>227</sup>

Die Milchgenossenschaft A. in Liq. (Beschwerdeführerin) bezweckt, den Milchbauern der Gemeinde A. die bestmögliche Verwertung der produzierten Kuhmilch zu ermöglichen.<sup>228</sup> Als viele Milchbetriebe schliessen mussten und in A. noch *vier Milchbauern* übrig blieben,<sup>229</sup> notabene die letzten Genossenschaftler, teilten sie dem Handelsregisteramt mit, dass sie ihre *vier Ehefrauen* als *neue Genossenschaftler(innen)* in die Milchgenossenschaft A. aufgenommen hätten. Schliesslich beschloss die Genossenschaft, sich aufzulösen und den Liquidationsgewinn unter den Genossenschaftlern aufzuteilen.<sup>230</sup> Dagegen wehrten sich mehrere ehemalige Genossenschaftler (Beschwerdegegner).<sup>231</sup>

Das Bundesgericht hatte darüber zu befinden, ob die vorinstanzliche Ansicht richtig war, dass beim *Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl* zwingend der Richter gemäss Art. 831 Abs. 2 OR i. V. m. Art. 731b OR hätte angerufen werden müssen.

Argumentiert wurde, dass die Beschwerdeführerin aufgrund dieses Mangels überhaupt *keine rechtmässigen Beschlüsse* habe fassen können – notabene die Wahl der Ehefrauen als neue Genossen-

226 MERENS CAHANNES/HANS CASPAR VON DER CRONE, Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl bei Genossenschaften, SZW 88 (2016) 340 ff.

227 Art. 831 OR: «<sup>1</sup>Bei der Gründung einer Genossenschaft müssen mindestens sieben Mitglieder beteiligt sein. <sup>2</sup>Sinkt in der Folge die Zahl der Genossenschaftler unter diese Mindestzahl, so sind die Vorschriften des Aktienrechts über Mängel in der Organisation der Gesellschaft entsprechend anwendbar.»

228 Urteil 4A\_370/2015 vom 16. Dezember 2015: Sachverhalt A. a.

229 Urteil 4A\_370/2015 vom 16. Dezember 2015: Sachverhalt A. b. und Erw. 2.8.

230 Urteil 4A\_370/2015 vom 16. Dezember 2015: Sachverhalt A. b.

231 Urteil 4A\_370/2015 vom 16. Dezember 2015: Sachverhalt B. a.

schafter(innen).<sup>232</sup> Das höchste Gericht widersprach der unteren Instanz: «Entgegen der Auffassung der Vorinstanz steht das Absinken der Genossenschafter unter die Mindestzahl von sieben einer *Aufnahme neuer Genossenschafter keineswegs entgegen*. Vielmehr obliegt es der Genossenschaft in einer solchen Situation gerade, neue Genossenschafter aufzunehmen, um die Mindestmitgliederzahl wieder herzustellen.»<sup>233</sup>

## 5. Konzernrecht

w) BGE 140 III 533: «Swisscargo» (Urteil 4A\_138/2014)<sup>234</sup>

*Aktienrecht: Zulässigkeit betreffend konzerninterne Darlehen sowie Cash Pooling?*

Das berühmt-berüchtigte *Urteil* «Swisscargo» hat Unruhe in Teilen der Wirtschaft (und insbesondere in Teilen der Juristenzunft) ausgelöst. Der Sachverhalt dürfte den meisten wirtschaftsrechtlich interessierten Lesern der ZBJV bekannt sein, sodass der *Sachverhalt nicht umfassend dargestellt* werden muss. Das Bundesgericht hatte in diesem Leading Case drei aktien- und konzernrechtliche Grundsatzfragen zu beantworten: das Verhältnis der Rückerstattungsklage zur Verantwortlichkeitsklage,<sup>235</sup> die Ausschüttungsfähigkeit von Agio<sup>236</sup> sowie die Zulässigkeit von *konzerninternen Darlehen* (inklusive Cash Pooling) – einzig auf die letzte Fragestellung soll eingegangen werden.<sup>237</sup>

232 Urteil 4A\_370/2015 vom 16. Dezember 2015: Erw. 2.7.

233 Urteil 4A\_370/2015 vom 16. Dezember 2015: Erw. 2.8. a. A. (Hervorhebungen hinzugefügt); insofern konnte auf ein Verfahren gemäss Art. 731b OR verzichtet werden.

234 PATRIC A. BRAND/THOMAS S. MÜLLER, Konzerninterne Darlehen, Jusletter vom 15. Dezember 2014, *passim*; PATRIC A. BRAND, Swissair Cash Pool (...), AJP 24 (2015) 135 ff.; LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen (...), ST 3/2015, 131 ff.; JEAN NICOLAS DRUEY, Cash Pool – Verdeckte Gewinnausschüttung und verdecktes Konzernrecht, SZW 87 (2015) 64 ff.

235 BGE 140 III 538 ff. Erw. 3.

236 BGE 140 III 546 ff. Erw. 6.

237 Zur Ausschüttbarkeit von Agio statt aller: OLIVER BLUM, Die Wirkung von Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit, GesKR 2014, 463 ff.; MATTHIAS STAEHELIN, Die gesetzliche Kapitalreserve, ST 1-2/2015, 14 ff.; zum Verhältnis von Rückerstattungsklage und Verantwortlichkeitsklage statt vieler: HANS CASPAR VON DER CRONE/YVES MAUHLÉ, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, SZW 87 (2015) 199 ff.



Die *Swisscargo AG* (Klägerin und Beschwerdegegnerin) war ehemals in die Unternehmensgruppe «Swissair» integriert, und zwar als eine indirekte, vollständig beherrschte *Tochtergesellschaft* der Gruppe.<sup>238</sup> Der Konzern hatte ein *Cash Pooling* zum konzerninternen Liquiditätsmanagement institutionalisiert, an dem die Klägerin beteiligt war. Der Zahlungsverkehr wurde über die niederländische *SAir-Group Finance (NL) BV* als Pool-Leaderin abgewickelt, ebenfalls eine vollständige indirekte Tochter der *SAirGroup AG* (Muttergesellschaft). Die Geldflüsse der *Swisscargo AG* an die *SAirGroup Finance (NL) BV* waren sog. *Side-stream-Darlehen* (CHF 16,45 Mio.). Zusätzliche Forderungen aus «Festgeld-Anlagen» der *Swisscargo AG* gegenüber der *SAirGroup AG* (CHF 7,2 Mio.) stellten sog. *Up-stream-Darlehen* dar.

Die Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 754 ff./755 OR richtete sich gegen die A. AG (Beklagte und Beschwerdeführerin), notabene die *Revisionsstelle*, die entsprechende Aktivierungen dieser gruppeninternen Darlehensforderungen testiert hatte. Die Prozessgeschichte und ihre Irrungen und Wirrungen in der causa «Swisscargo» waren lang und intensiv; verschiedene Gerichtsinstanzen wurden mehrfach involviert, ebenso das Bundesgericht.

Das höchste Gericht hielt fest, dass der *Kapitalschutz* eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts sei,<sup>239</sup> und dass zu den aktienrechtlichen Kapitalschutzbestimmungen u. a. das Verbot der Einlagenrückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) sowie die Vorschriften über die Dividendenausschüttung gehörten.<sup>240</sup> Diese Vorschriften gelangten bei *Cross-stream-Darlehen* sowie bei *Up-stream-Darlehen* ebenfalls zur Anwendung und setzten damit der Gewährung von Darlehen unter Konzerngesellschaften rechtliche Grenzen.<sup>241</sup>

Unter Bezugnahme u. a. auf eine Publikation des Verfassers<sup>242</sup> führte das Bundesgericht aus: «Nach herrschender Lehre stellt ein Darlehen an eine Mutter- oder Schwestergesellschaft dann eine kapi-

---

238 BGE 140 III 533, Sachverhalt A. a.

239 Generell: PETER V. KUNZ, Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhaltung, GesKR 2014, 52 ff.

240 BGE 140 III 541 Erw. 4.1.

241 BGE 140 III 542 Erw. 4.2.

242 PETER V. KUNZ, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V (Bern 2010) 45 ff.

talschutzrechtlich relevante Ausschüttung dar, wenn das Darlehen *nicht zu Markt- bzw. Drittbedingungen* ausgerichtet worden ist (...). Solange das durch Art. 680 Abs. 2 OR geschützte Kapital durch die Ausschüttung nicht berührt ist, d. h. der nicht zu Marktbedingungen geleistete Darlehensbetrag nicht aus dem geschützten, sondern aus dem freien Eigenkapital herrührt, liegt zwar kein Verstoss gegen das *Verbot der Einlagenrückgewähr* vor; im Ergebnis führt eine solche Ausschüttung mit Blick auf die Dividendenausschüttung aber zu einer *faktischen Sperrung des freien Eigenkapitals* im Umfang des ausgerichteten Darlehensbetrages.»<sup>243</sup>

Das Gericht prüfte, ob die von der *Swisscargo AG* gewährten *Darlehen* – einerseits beim Cash Pooling an die SAirGroup Finance (NL) BV (Schwester) sowie andererseits bei den «Festgeld-Anlagen» an die SAirGroup AG (Grossmutter) – einem «*Drittmannstest*» standhalten. Grundsätzlich hielt das Bundesgericht in Bezug auf die Side-stream-Darlehen (sc. Cash Pooling) fest, dass es «bereits *im Ansatz fragwürdig* [ist], ob die *Teilnahme* an einem Cash Pool, bei der die Teilnehmerin – wie hier die Beschwerdegegnerin – über ihre Liquidität verfügt, *als solche überhaupt* einem *Drittmannstest* standhält»<sup>244</sup>.

Letztlich liess das Gericht diese konzernrechtliche(n) Frage(n) *offen*, denn es lag ein klarer Fall vor; die Thematik spielt in der Konzernpraxis jedoch eine herausragende Rolle betreffend Konzernfinanzierungen. Konkret stellte die A. AG nicht in Abrede, dass die *Darlehen* «gegen oben» sowie «seitwärts» *nicht besichert* gewesen waren. Ausserdem hatte sich die Revisionsstelle hinsichtlich der aktivierten Forderungen in keiner Weise mit der *Bonität der Schuldnerinnen* auseinandergesetzt. Aufgrund dieser Umstände konnten vollkommen ungesicherte Darlehen in der Höhe von CHF 16,45 Mio. bzw. von CHF 7,2 Mio. *nicht als den Marktbedingungen* entsprechend bezeichnet werden.<sup>245</sup>

Das Urteil «Swisscargo» ist ein weiterer Teil der Vergangenheitsbewältigung betreffend «Swissair». Der Entscheid wurde zügig – und teils überrissen – verrissen von praxisorientierten Rezensenten. Im Zusammenhang mit dem Cash Pooling hat das Bundesgericht durch

---

243 BGE 140 III 542 Erw. 4.2. (Hervorhebungen hinzugefügt).

244 BGE 140 III 544 Erw. 4.5. a. A. (Hervorhebungen hinzugefügt).

245 BGE 140 III 544 Erw. 4.5.

sein obiter dictum zwar *Rechtsunsicherheiten* geschaffen, die für Praktiker unangenehm sein mögen.<sup>246</sup> Unbesehen dessen ist für den Verfasser nicht ersichtlich, inwiefern bundesgerichtliche Alternativen vorhanden gewesen wären – möglicherweise handelte es sich um einen *höchstrichterlichen* «Weckruf». Die *Massgeblichkeit des Drittvergleichs* im Konzerninnenverhältnis kann sicher nicht zur Diskussion stehen.<sup>247</sup>

x) Urteil 4A\_100/2015<sup>248</sup>

*Umstrukturierungsrecht (sowie verstecktes Konzernrecht):  
keine Passivlegitimation der Obergesellschaft bei Klagen  
gemäss Art. 105 Abs. 1 FusG*

Der vorliegende Fall betrifft an sich das *Umstrukturierungsrecht*, enthält jedoch auch Aspekte von *konzernrechtlichem* Interesse. Die D. AG (Beschwerdegegnerin 2) erwarb durch ein öffentliches Kaufangebot total 92,8% des Aktienkapitals und der Stimmrechte der F. Holding AG, die damit zu ihrer *Tochtergesellschaft* wurde. Die D. AG hatte eine weitere *Tochtergesellschaft*, nämlich E. D. AG (Beschwerdegegnerin 1), an der sie mit 100% beteiligt war. In der Folge sollte einer *Schwesternfusion* vollzogen werden.

Die E. D. AG (als übernehmende Gesellschaft) schloss nämlich mit der F. Holding AG (als übertragende Gesellschaft) einen sog. *Ab-sorptionsfusionsvertrag*, aufgrund dessen sie den Minderheitsgesellschaftern der F. Holding AG zwar nicht eine Gesellschafterstellung (Stichwort: «mitgliedschaftliche Kontinuität») bei der E. D. AG einräumen wollte, sondern vielmehr eine finanzielle *Abfindung* anbot.<sup>249</sup> Minderheitsgesellschafter der F. Holding AG (Beschwerdeführer) erachteten die Abfindungszahlung als zu tief<sup>250</sup> und klagten gemäss

---

246 Hinweise: PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz (Bern 2016) N 748 ff.

247 PETER V. KUNZ, Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken, GesKR 2017, 181 f. m. w. H.

248 OLIVIER HARI, Offre publique d'acquisition, fusion squeeze-out et action en examen des parts sociales (...), GesKR 2015, 556 ff.

249 Urteil 4A\_100/2015 vom 17. August 2015: Sachverhalt A.

250 Urteil 4A\_100/2015 vom 17. August 2015: Sachverhalt B.

Art. 105 FusG<sup>251</sup> gegen die Beschwerdegegnerin 1 (Schwestergesellschaft der F. Holding AG) sowie gegen die Beschwerdegegnerin 2 (Muttergesellschaft).

Gemäss Bundesgericht ergibt sich aus Art. 105 Abs. 1 FusG ausdrücklich einzig die *Aktivlegitimation*, hingegen *nicht* die *Passivlegitimation* für die Klage betreffend Überprüfung der Ausgleichszahlung. Werde hingegen «die Kostentragsregelung von Art. 105 Abs. 3 FusG [herangezogen, werde deutlich] (...), dass grundsätzlich nur der *übernehmende* Rechtsträger *passivlegitimiert* ist. In der Lehre wird [dies] denn auch mehrheitlich vertreten (...)»<sup>252</sup>. Der Beschwerdegegnerin 2 als Alleinaktionärin (und damit als *Muttergesellschaft* der Beschwerdegegnerin 1) kam *keine* Passivlegitimation zu.<sup>253</sup>

Der vorliegende Fall dürfte *fusionsrechtlich* korrekt entschieden worden sein. Doch *konzernrechtlich* wäre – nach Ansicht des Verfassers – ein anderes Ergebnis wohl naheliegender gewesen,<sup>254</sup> nämlich die zusätzliche *Passivlegitimation* der *Obergesellschaft*. Aufgrund des sog. konzernrechtlichen Trennungsprinzips gelangen zwar meist Einzelbetrachtungen zur Anwendung, es gibt indes zahlreiche *Gesamtbetrachtungen im Konzern* (nicht zuletzt durch die Rechtsanwendung)<sup>255</sup> – hier wäre wohl ein Anwendungsfall gewesen.<sup>256</sup>

---

251 Art. 105 Abs. 1 FusG: «Wenn bei einer Fusion (...) die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht angemessen gewahrt sind oder die Abfindung nicht angemessen ist, kann jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung des [Fusionsbeschlusses] verlangen, dass das Gericht eine angemessene Ausgleichzahlung festsetzt. (...)»

252 Urteil 4A\_100/2015 vom 17. August 2015: Erw. 3.2. (Hervorhebungen hinzugefügt).

253 Urteil 4A\_100/2015 vom 17. August 2015: Erw. 3.3.

254 Vermutlich haben die Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren schlicht *nicht konzernrechtlich argumentiert*, zumindest finden sich keine Hinweise darauf im Entscheid.

255 Beispiele: Durchgriffshaftung, Einsichtsrecht des Aktionärs der Muttergesellschaft bei abhängigen Unternehmungen, Wissenszurechnungen im Konzern etc.

256 Bei einer *konzernrechtlichen Schwesternfusion* im Rahmen von Art. 23 f. FusG treten die Gesellschaften zwar als rechtlich selbständige Unternehmen (sc. übertragend sowie übernehmend) auf, doch sind sie nicht realiter frei, sondern vielmehr in die *Konzernleitung der Muttergesellschaft* eingebunden, d. h., es werden einfach deren Wünsche erfüllt – systematisch sowie teleologisch hätte die Interpretation von Art. 105 FusG i. V. m. Art. 23 f. FusG dazu geführt, dass bei *konzerninternen Fusionen* ebenfalls die *Obergesellschaft passivlegitimiert* ist.

## B. Finanzmarktrecht

### 1. Bankprivatrecht

#### a) Urteil 4A\_336/2014<sup>257</sup>

*Bankprivatrecht: Abgrenzung bei Investmentverträgen – kein Ersatz für Anlageschaden, der bei korrekter Anlageberatung entstand*

Die Praxis sowie die Lehre<sup>258</sup> unterscheiden im Wesentlichen drei Formen von «Investmentverträgen», nämlich die Konto-/Depotverträge, die Anlageberatungsverträge sowie die Vermögensverwaltungsverträge. Im vorliegenden Fall, der – medial aufmerksam beobachtet – die UBS Bankgruppe sowie den Swatch-Konzern betraf,<sup>259</sup> stellte das Bundesgericht die entsprechenden *Abgrenzungen* sowie die *Rechtsfolgen* daraus dar.

Die A. SICAF-SIF (Klägerin, Beschwerdeführerin) war eine luxemburgische Gesellschaft, die zur A.-Gruppe gehörte und deren flüssige Mittel bewirtschaftete. Die B. AG mit Doppelsitz (sic!)<sup>260</sup> «in Zürich und Basel» (Beklagte, Beschwerdegegnerin) bezweckte den Betrieb einer Bank.<sup>261</sup> Die Beschwerdeführerin erwarb Anteile am Anlagefonds «B. (Lux) Institutional Fund – Absolute Return Bond (EUR)» im Gesamtwert von ca. CHF 47 Mio. Nachdem die Anlage im Zuge der globalen Finanzkrise *stetig an Wert eingebüsst* hatte, kündigte die Beschwerdeführerin das Mandat mit der Beschwerdegegnerin, und der Fonds wurde liquidiert; der auf die Beschwerdeführerin entfallende Liquidationsanteil belief sich auf gesamthaft noch knapp CHF 22 Mio.<sup>262</sup>

Die Beschwerdeführerin klagte die Beschwerdegegnerin in der Folge auf Schadenersatz für den Anlageverlust von knapp CHF 25 Mio.

257 KASPAR PROJER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Kundensegmentierung in der Anlageberatung, SZW 87 (2015) 156 ff.

258 Statt aller: PETER V. KUNZ, Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht (Bern 2014) 117 ff.

259 KATHARINA FONTANA, Bundesgericht: Swatch verliert gegen UBS – Kein Schadenersatz wegen Anlageverlusten, NZZ Nr. 6 vom 9. Januar 2015, 21.

260 Die *Anonymisierung* der UBS AG durch B. AG wird durch solche Hinweise *ad absurdum* geführt.

261 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Sachverhalt A.

262 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Sachverhalt A.

nebst Zinsen ein.<sup>263</sup> Das *Handelsgericht Zürich* wies die Klage mit einem 107 Seiten umfassenden Urteil ab,<sup>264</sup> nachdem es das Vertragsverhältnis als «Anlageberatungsvertrag auf Dauer»<sup>265</sup> qualifiziert und keine Vertragsverletzung festgestellt hatte. Schliesslich hatte das *Bundesgericht* zu entscheiden.<sup>266</sup>

Es differenzierte zwischen der Vermögensverwaltung, der Anlageberatung sowie der Execution-only-Beziehung,<sup>267</sup> denn «die *Qualifikation* des zwischen der Bank und dem Kunden bestehenden Vertragsverhältnisses beeinflusst den Bestand und den Umfang der *vertraglichen Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten* (...)»<sup>268</sup>. Dabei schloss es sich der Argumentation des *Handelsgerichts Zürich* an:<sup>269</sup> «Die Vorinstanz hob damit als entscheidendes Qualifikationselement hervor, dass die Beschwerdeführerin für den *Anlageentscheid zuständig* war und ihr die Beschwerdegegnerin dabei *lediglich beratend* zur Seite stand, ohne dass ihr aber ein irgendwie gearteter Spielraum für die Vermögensanlagen eingeräumt worden wäre. Vielmehr entschied die Beschwerdeführerin stets selbst. Die Zuständigkeit der Beschwerdeführerin für den *Anlageentscheid* durfte den wesentlichen Ausschlag für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als *Anlageberatungsvertrag* geben.»<sup>270</sup>

Im Anschluss setzte sich das *Bundesgericht* mit der Frage auseinander, ob die Beschwerdegegnerin ihre vertraglichen Pflichten verletzt habe, indem sie der Beschwerdeführerin eine *unangemessene Empfehlung* abgegeben hatte. Es hielt fest, dass die von der Bank empfohlene Anlage den persönlichen und finanziellen *Verhältnissen des Kunden angemessen* zu sein hat: «Die Bank muss sich demnach über die persönliche Situation des Kunden informieren und namentlich dessen Risikofähigkeit und -bereitschaft abklären. Die Angemessen-

---

263 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Sachverhalt B.

264 HGer ZH HG110039-0 vom 14. April 2014.

265 HGer ZH HG110039-0 vom 14. April 2014, Erw. III.3.4.5.

266 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Sachverhalt C.

267 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 4.1.

268 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 4.2. (Hervorhebungen hinzugefügt).

269 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 4.3. f.

270 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 4.4. (Hervorhebungen hinzugefügt).

heit der empfohlenen Anlage beurteilt sich mithin in Relation zur persönlichen Situation des Kunden und dessen Risikoprofil.»<sup>271</sup>

Eine *beratende* Bank hafte dem Kunden nur, aber immerhin, für solche Empfehlungen, die im Zeitpunkt derselben *offensichtlich unvernünftig* waren. Im Übrigen hat der Kunde das Risiko zu tragen, wenn er dem Ratschlag der Bank gefolgt ist. Auf einen Rat betreffend *zukünftige* und *unsichere* Ereignisse könne kein sicherer Verlass sein.<sup>272</sup>

Basierend auf diesen Grundlagen verglich das Bundesgericht die *Anlageziele* der Beschwerdeführerin auf der einen Seite mit der von der Beschwerdegegnerin empfohlenen *Anlagestrategie* auf der anderen Seite. Es kam zum Schluss, dass der Beschwerdegegnerin unter diesem Gesichtspunkt *keine Pflichtverletzung* vorgeworfen werden konnte.<sup>273</sup>

Schliesslich prüfte das Gericht, ob eine *umfassende Risikoauflklärung* im Rahmen der Anlageberatung stattgefunden habe. Es folgte auch in diesem Punkt der Argumentation der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin sei *sachkundig* und *erfahren* gewesen, sodass sich die Vertragsparteien «auf Augenhöhe begegneten»<sup>274</sup>. Im Ergebnis wurde die *Beschwerde abgewiesen* und das Urteil des Handelsgerichts Zürich bestätigt.

## 2. *Öffentliches Bankrecht/Bankenaufsicht*

### b) Urteil 2C\_122/2014<sup>275</sup>

*Bankrecht: (unerlaubte) Entgegennahme von Publikums-einlagen – Publikation von Verfügungen der FINMA gemäss Art. 34 FINMAG*

Der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) stehen *zahlreiche Aufsichtsinstrumente* bzw. «Sanktionsmöglichkeiten» zur Verfügung (Art. 24 ff. FINMAG). Als besonders wirksam – und in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen eingreifend – erweist sich

271 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 5.2.

272 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 5.2.

273 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 5.5.

274 Urteil 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 6.1.

275 PETER NOBEL, *Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht/Le point sur le droit bancaire et des marchés capitaux*, SJZ 112 (2016) 15.

die *Veröffentlichung* aufsichtsrechtlicher Verfügungen: «Liegt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor, so kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen» (Art. 34 Abs. 1 FINMAG).

Während C. sich als einziges Mitglied des VR der B. Holding AG betätigte und 25% ihrer Aktien hielt, war D. der Geschäftsführer und als Aktionär mit 75% beteiligt. C. und D. (gemeinsam: Beschwerdeführer) erhielten eine *Feststellungsverfügung*, wonach sie *ohne Bewilligung* rund 200 Publikumseinlagen in der Höhe von über CHF 4 Mio. entgegengenommen und bankrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hätten. Die FINMA ordnete die *Konkurseröffnung* der überschuldeten B. Holding AG an und *verbot* den Beschwerdeführern u. a. die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen. Diese Verfügung sollte auf der *Homepage der FINMA* im Anschluss *veröffentlicht* werden.<sup>276</sup>

Das Bundesgericht bestätigte zum *Tätigwerden als «Gruppe»* seine Praxis,<sup>277</sup> wonach die unzulässige Entgegennahme von Publikumseinlagen mittels eines *arbeitsteiligen Verhaltens* möglich sei, ohne dass alle Betroffenen sämtliche Voraussetzungen erfüllten, sofern das Verhalten *koordiniert* sei.<sup>278</sup> Aufgrund der *dominanten Stellung* der beiden Beschwerdeführer in der B. Holding AG erachtete das Bundesgericht die Funktion von A. als Gruppenmitglied für unerheblich; die Beschwerdeführer hätten unabhängig davon gegen Art. 1 Abs. 2 BankG i. V. m. Art. 3a Abs. 2 BankV verstossen.<sup>279</sup>

Die Veröffentlichung der FINMA-Verfügung wurde von den Beschwerdeführern als *unverhältnismässig* kritisiert.<sup>280</sup> Doch die Kritik ging fehl, dienten doch diese Verfügungen einerseits als «individuelle repressive verwaltungsrechtliche Sanktion»<sup>281</sup> sowie andererseits als «präventive Massnahme zum Schutz des Publikums»<sup>282</sup>. Unbesehen dessen müssen Veröffentlichungen dem *Verhältnismässigkeitsprinzip* entsprechen.

---

276 Urteil 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014: Sachverhalt A. b.

277 BGE 136 II 49 f. Erw. 4.3.1.

278 Urteil 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014: Erw. 2.3.

279 Urteil 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014: Erw. 5.

280 Urteil 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014: Erw. 6.

281 Urteil 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014: Erw. 6.1.

282 Urteil 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014: Erw. 6.1.



Während eine «einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten»<sup>283</sup> kaum schwerwiegend genug sei, müsse «bei einer unerlaubten gewerbsmässigen *Entgegennahme von Publikumseinlagen* (...) regelmässig schon von der Sache her von einer gewissen Schwere der Verletzung [ausgegangen werden], die zum Schutze des Publikums eine Veröffentlichung *grundsätzlich rechtfertigt*, sofern eine *Wiederholungsgefahr* nicht ausgeschlossen werden kann»<sup>284</sup>. Im konkreten Fall (ca. 200 Anleger, rund CHF 4 Mio.) hatte das Bundesgericht keinerlei Zweifel.<sup>285</sup>

c) Urteil 2C\_671/2014<sup>286</sup>

*Bankrecht: Entgegennahme- und Werbeverbote mit Publikation (Art. 34 FINMAG) sowie Sorgfaltspflichten des VR (z. B. Art. 716a Abs. 1 OR)*

Im vorliegenden Fall ging es um die *Veröffentlichung einer Verfügung* der FINMA auf der Grundlage von Art. 34 FINMAG (sc. Verbote betreffend Entgegennahme von Publikumsgeldern und Werbung). Interessant erscheint u. a., dass das Bundesgericht hinsichtlich der Aufsichtstätigkeit der FINMA – und damit bei der Auslegung des FINMAG – *aktienrechtlich argumentierte*, und zwar im Hinblick auf die Pflichten von Mitgliedern des VR (Stichwort: «Legal Compliance» im Rahmen von Art. 716a OR).<sup>287</sup>

Z. (Beschwerdeführer), der als Präsident des VR der X. AG sowie der Y. AG tätig war, wurde durch die FINMA vorgeworfen, von der (bewilligungspflichtigen) Entgegennahme von Publikumseinlagen – ohne Bewilligung – *gewusst* zu haben. Die FINMA verfügte Entgegennahme- und Werbeverbote gegen Z. Auf der Webpage der FINMA sollte diese *Verfügung veröffentlicht* werden, und zwar für die Dauer von fünf Jahren.

---

283 Urteil 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014: Erw. 6.1.

284 Urteil 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014: Erw. 6.1. (Hervorhebungen hinzugefügt).

285 Urteil 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014: Erw. 6.2.

286 Zusammenfassung: GesKR 2015, 304.

287 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR: «Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben: (...) die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (...)».

Die X. AG und die Y. AG nahmen gemäss Feststellung der Vorinstanz von mindestens 20 Kunden 90 Einzahlungen in der Gesamthöhe von mindestens CHF 400 000.– entgegen, wobei diese Gelder fast ausschliesslich für private Zwecke und nicht für die in den Werbeprospekten angepriesenen Immobilienvorhaben eingesetzt wurden.<sup>288</sup> Der Beschwerdeführer machte *keine Bestreitungen* betreffend die unerlaubte Entgegennahme der Publikumseinlagen oder die Zweckentfremdung. Hingegen brachte er vor, er habe davon schlicht *nichts gewusst* und sei folglich *nicht verantwortlich* dafür.

Das Bundesgericht stützte sich argumentativ insbesondere auf Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR, wonach es zu den unübertragbaren und unentziehbaren *Aufgaben des VR* gehöre, die *Oberaufsicht* über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen wahrzunehmen. Ein Mitglied des VR müsse zwar nicht jedes einzelne Geschäft kennen, habe jedoch die *Tätigkeit der Geschäftsleitung* und den *Geschäftsgang regelmässig* zu überwachen.<sup>289</sup> Bei Verdacht über falsche oder unsorgfältige Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse treffe den VR die Pflicht, *Abklärungen* vorzunehmen.<sup>290</sup> Daran ändere die *fehlende Vollmacht* auf vielen Gesellschaftskonten nichts.<sup>291</sup>

Im Hinblick auf die beiden *Verbote* der FINMA, künftig Publikumseinlagen entgegenzunehmen sowie entsprechende Werbung zu machen, führte das Gericht aus, dass damit «dem Betroffenen lediglich in Erinnerung gerufen [werde], was bereits von Gesetzes wegen gilt»<sup>292</sup>, dass nämlich bewilligungspflichtige Tätigkeiten ohne Bewilligung zu unterlassen seien. Zur verfügbaren *Veröffentlichung* hielt das Bundesgericht fest:

«Die Veröffentlichung gemäss Art. 34 FINMAG stellt eine verwaltungsrechtliche Sanktion dar und bezweckt als solche eine abschreckende und generalpräventive Wirkung (...).»<sup>293</sup> Im konkreten Fall liege ein *schwerer Verstoss* gegen das Aufsichtsrecht vor.<sup>294</sup> Mangels jeglicher Einsicht könne zudem eine Wiederholung nicht ausgeschlossen

---

288 Urteil 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 3.1.

289 Urteil 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 3.2.1.

290 Urteil 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 3.2.1.

291 Urteil 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 3.2.2.

292 Urteil 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 3.3.1.

293 Urteil 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 3.3.2.

294 Urteil 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 3.3.3.

sen werden, und es folgte: «Die Publikation des Entgegennahme- und Werbeverbots erweisen sich demnach als *verhältnismässig*, namentlich zum *Schutz des Publikums*.»<sup>295</sup>

### 3. *Geldwäschereirecht*

#### d) Urteil 2C\_1184/2013<sup>296</sup>

*Geldwäschereirecht: Änderung des Reglements einer SRO – briefliche «Empfehlungen» der FINMA sind nicht überprüfbar*

Das Geldwäschereirecht hat neben strafrechtlichen Aspekten (Art. 305<sup>bis</sup> StGB) finanzmarktrechtliche Aspekte, die sich primär aus dem Geldwäschereigesetz (GwG) ergeben. Im *finanzmarktrechtlichen Geldwäschereirecht* – wie im Finanzmarktrecht generell – spielen die Selbstregulierung sowie spezifisch die *Selbstregulierungsorganisationen* (SRO) gemäss Art. 24 ff. GwG eine wichtige Rolle. Vor diesem Hintergrund werden die SRO durch die *FINMA beaufsichtigt* im Rahmen von Art. 18 GwG.<sup>297</sup>

A. (Beschwerdeführer), eine anerkannte SRO, wurde von der *FINMA* (Beschwerdegegnerin) *empfohlen*, sein Reglement – aufgrund etlicher Abweichungen von der GwV-FINMA – anzupassen. A. teilte der *FINMA* daraufhin mit, er werde einen Handlungsbedarf nach erfolgter Revision der Geldwäschereigesetzgebung prüfen. In einem weiteren Schreiben *forderte* die *FINMA* nunmehr A. *auf*, sein Reglement in sieben Punkten anzupassen und das revidierte Reglement *innert sechs Wochen einzureichen*. In diesem Schreiben erwähnte ausserdem die *FINMA*, sie habe für die Wiederherstellung des ordnungsmässigen Zustandes zu sorgen, wenn ein Beaufchtigter die Finanzmarktgesetzgebung missachte.<sup>298</sup> Gegen das *zweite Schreiben* gelangte A. an das Bundesverwaltungsgericht, das auf die Beschwer-

---

<sup>295</sup> Urteil 2C\_671/2014 vom 18. Dezember 2014: Erw. 3.3.3. (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>296</sup> Zusammenfassung: GesKR 2014, 547 f.

<sup>297</sup> U. a. hat die *FINMA* die *Reglemente der SRO* zu genehmigen (Art. 18 Abs. 1 lit. c GwG i. V. m. Art. 25 GwG), d. h., es handelt sich somit um eine sog. *unechte Selbstregulierung*.

<sup>298</sup> Urteil 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014: Sachverhalt A.; die *FINMA* behielt sich die Überweisung des Falles an den Geschäftsbereich Enforcement ausdrücklich vor (a. a. O.).

de nicht eintrat mit dem Argument, beim Schreiben handle es sich um *keine Verfügung*, sodass *kein Anfechtungsobjekt* vorliege.<sup>299</sup> Gegen diesen Nichteintretensentscheid erhob A. schliesslich Beschwerde beim Bundesgericht.<sup>300</sup>

Als *Verfügungen* gälten, so das Bundesgericht, autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf *Rechtswirkungen* ausgerichtet sowie *verbindlich* und *erzwingbar* seien.<sup>301</sup> Wenn sich die FINMA in einem Schreiben an eine SRO richte und in diesem Schreiben den Anpassungsbedarf des Reglements inklusive die Folgen einer allfälligen Nichtanpassung erwähne, handle die Behörde *hoheitlich, einseitig, individuell-konkret* und in *Anwendung von Bundesrecht* (Art. 25 GwG). Für die Qualifikation des Schreibens als Verfügung bleibe noch zu prüfen, ob es sich dabei um einen *verbindlichen* und *erzwingbaren*, auf das *Erzielen von Rechtswirkungen* ausgerichteten Akt handelte.<sup>302</sup>

Konkret erfolgte das Schreiben in der *Phase der Vorabklärung* sowie im Rahmen der *formfreien Aufsichtstätigkeit* der FINMA. Dieser Umstand sei indes nur ein Indiz für die Abgrenzung zwischen dem informellen Vorabklärungsverfahren und dem eingreifenden Verwaltungsverfahren (Art. 30 FINMAG). Massgeblich für die *Qualifikation* sei *nicht* das *Verfahrensstadium*, sondern die Frage, ob sämtliche Strukturmerkmale der Verfügung gemäss Art. 5 VwVG erfüllt seien.<sup>303</sup> Dem Schreiben komme jedoch keine Rechtswirksamkeit zu, weil die FINMA die Reglementsanpassungen *nicht autoritativ angeordnet*, sondern den Beschwerdeführer lediglich – wenn auch eindringlich – dazu aufgefordert habe, die Anpassungen selbst vorzunehmen. Zudem wäre das Schreiben *nicht vollstreckbar* gewesen.<sup>304</sup> Es liege m. a. W. keine Verfügung vor.<sup>305</sup> Die Beschwerde wurde abgewiesen.

---

299 Urteil 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014: Sachverhalt B.

300 Urteil 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014: Sachverhalt C.

301 Urteil 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014: Erw. 2.1.

302 Urteil 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014: Erw. 2.2.

303 Urteil 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014: Erw. 3.2. f.

304 Urteil 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014: Erw. 3.4.

305 Urteil 2C\_1184/2013 vom 17. Juli 2014: Erw. 3.4. a. E.

Das Urteil erscheint dem Verfasser *rechtsstaatlich bedenklich*. Einer Behörde – beispielsweise der FINMA – wird ein (zu) grosser «Spielraum» eingeräumt, wenn bei der Auslegung von Art. 5 VwVG die *Macht des Faktischen ignoriert* wird. Die SRO (und auch die Finanzintermediäre) können es sich realiter nicht erlauben, «Empfehlungen», «Hinweisen», «Wünschen» etc. (Motto: «wink wink») nicht nachzukommen. Die Rechtsstaatlichkeit muss bei *Rechtssetzungen* einerseits<sup>306</sup> und bei *Rechtsanwendungen* andererseits hochgehalten werden, und das Bundesgericht sollte dies etwas realistischer handhaben.

---

306 Der Verfasser zeigt sich seit Jahren – unter rechtsstaatlichen Aspekten – kritisch gegenüber der ausufernden *Finanzmarktregulierungen der FINMA* (z. B. betreffend FINMA-Mitteilungen). PETER V. KUNZ, *Finanzmarktregulierung* (Basel 2016) N 229 ff. sowie N 254 ff. m. w. H.