

# Das Gesellschaftsrecht 2020/2021

## Le droit des sociétés 2020/2021

Isabelle Chabloz | Irène Schilter\*

### Inhaltsübersicht/Table des matières

- I. Bemerkungen/Remarques
  - 1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit  
Responsabilité des organes
  - 2. Handelsregisterrecht  
Droit du registre du commerce
  - 3. Missachtung statutarischer Vorzugsrechte  
Non-respect de droits préférentiels statutaires
- II. Zusammenfassungen/Résumés
  - 1. Allgemeines  
Généralités
  - 2. Rechte und Pflichten der Aktionäre  
Droits et obligations des actionnaires
  - 3. Organisation  
Organisation
  - 4. Verantwortlichkeit  
Responsabilité
  - 5. Zwangsvollstreckung – Auflösung der Aktiengesellschaft  
Exécution forcée – dissolution de la société anonyme
  - 6. Übrige Handelsgesellschaften  
Autres sociétés commerciales

### I. Bemerkungen/Remarques

Auch dieses Jahr befassten sich die Gerichte wieder eingehend mit der Thematik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und brachten einige interessante Entscheide insbesondere im Zusammenhang mit der Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG zu Tage (1.). Eine weitere wesentliche Neuerung war die per 1. Januar 2021 in Kraft getretene Modernisierung des Handelsregisters, welche zur Folge hat, dass einige noch im letzten Jahr gefällte Gerichtsentscheide zwischenzeitlich bereits wieder etwas an Aktualität verloren haben (2.). Erwähnenswert ist im Weiteren die Klärung der

Rechtsprechung bezüglich der klageweisen Durchsetzung der Verletzung von statutarischen Vorzugsrechten (r20; BGer 4A\_98/2020 vom 21. Januar 2021) (3.).

### 1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit Responsabilité des organes

Im Jahr 2017 hat das Bundesgericht mit einem viel beachteten, nicht veröffentlichten Entscheid (BGer 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017) für grosse Unsicherheit bezüglich der Fragestellung gesorgt, inwieweit die Löschung einer konkursiten Gesellschaft im Handelsregister die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG beeinflusst. Diese Rechtsunsicherheit aus der Vergangenheit versuchte das Bundesgericht im Rahmen von zwei in diesem Jahr veröffentlichten Entscheiden abschliessend zu klären.

- 1.1 Löschung im Handelsregister und Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger (r26; BGE 146 III 441)  
Radiation du registre du commerce et qualité pour agir des créanciers cessionnaires (r26; ATF 146 III 441)

1. Am 23. April 2013 wurde über eine D. AG der Konkurs eröffnet. Im anschliessenden Konkursverfahren haben sich die Gläubigerinnen B. AG und C. AG nach Art. 260 SchKG die Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit abtreten lassen. Mit Urteil vom 12. November 2014 wurde das Konkursverfahren für abgeschlossen erklärt respektive am 17. November 2014 wurde die D. AG von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht. Ein Jahr später, am 17. November 2015, haben die Abtretungsgläubigerinnen eine Klage gegen A. aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit angehoben. Sie warfen A. sorgfaltswidrige Handlungen zum Nachteil der D. AG vor, insbesondere durch das Gewähren eines Darlehens über CHF 1 116 931 an die Firma E zur Realisierung von 960 Einfamilienhäusern in Usbekistan. Die Klage wurde mangels Aktivlegitimation der Klägerinnen vom erstinstanzlichen Gericht abgewiesen. Im darauffolgenden Berufungsverfahren wurde die zwischenzeitlich erfolgte Wiedereintragung der D. AG als echtes Novum berücksichtigt und die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubigerinnen als gegeben erachtet.

\* Isabelle Chabloz, Professorin an der Universität Freiburg/Professeure à l'Université de Fribourg. Irène Schilter, Rechtsanwältin und Notarin in Zug/Avocate et notaire à Zug. Nous remercions M<sup>lle</sup> Alexandra Vraca, assistante diplômée et doctorante à l'Université de Fribourg pour son aide dans la recherche des arrêts, la rédaction des résumés en français ainsi que pour la mise au point formelle du texte.

2. Beim anschliessenden Beschwerdeverfahren führte das Bundesgericht aus, dass zwischen der Abtretung von Ansprüchen gemäss Art. 757 Abs. 2 OR und einer basierend auf Art. 260 SchKG durchgeführten Abtretungsklage zu unterscheiden sei. Im Bundesgerichtsentscheid 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017 wurde betont, dass nur ein rechtskräftig kollozierter Gesellschaftsgläubiger zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage nach Art. 757 Abs. 2 OR befugt ist. Gemäss diesem früheren Urteil des Bundesgerichts gab die mangelnde Kollokation den Ausschlag, weshalb die Aktivlegitimation negiert wurde. Daher sei in einem solchen Fall die Wiedereintragung der Gesellschaft in das Handelsregister vonnöten, damit das Konkursverfahren durchgeführt werden kann und somit die Gläubiger ihre Forderung kollozieren lassen können.

3. Der Entscheid aus dem Jahr 2017 dürfe aber gemäss Bundesgericht nicht so verstanden werden, dass mit der Löschung der Gesellschaft auch die Forderungen untergehen. Die Löschung führe einzig dazu, dass die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit verliere. Damit falle die Vertretungsmacht des bisherigen Verwaltungsrates bzw. der Liquidatoren dahin. Eine basierend auf Art. 260 SchKG abgetretene Forderung könne aber auch ohne Wiedereintragung der Gesellschaft klageweise geltend gemacht werden.

4. In diesem Zusammenhang machte das Bundesgericht auch Ausführungen zur Rechtsnatur der Abtretung nach Art. 260 SchKG. Es handle sich hierbei um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut *sui generis*, mit dem die Prozessführungsbefugnis übertragen werde. Die Konkursmasse bzw. die konkursite Gesellschaft ist nicht Prozesspartei. Deshalb ist es für den Prozess der Abtretungsgläubiger auch nicht notwendig, dass die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen bleibt. Diese Auslegung von Art. 260 SchKG ist gemäss Bundesgericht im Übrigen im Einklang mit Art. 95 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911. Diese erlaubt, das Konkursverfahren zu schliessen, auch wenn die Prozesse nach Art. 260 SchKG noch nicht beendet wurden. Gemäss Bundesgericht würde die Bestimmung der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter keinen Sinn machen, falls ein Eintrag der Gesellschaft notwendig wäre, um die Ansprüche im Sinne von Art. 260 SchKG geltend zu machen.

5. Der vorliegende Entscheid BGE 146 III 441 (r26) ist zu begrüssen, da er die seit 2017 herrschen-

de Rechtsunsicherheit beendet. In der Praxis hat diese Unsicherheit zu einer deutlichen Zunahme von (unnötigen) Wiedereintragungsverfahren geführt, wie dies auch einige der hier zusammengefassten Entscheide aufzeigen (r6; KGer Basel-Landschaft 400 20 143 vom 4. August 2020, r7; BGer 4A\_527/2020 vom 22. April 2021 und r8; CJ Genève ACJC /155/2021 vom 8. Februar 2021). Aus rechtsdogmatischer Sicht ist diese Klarstellung auch sinnvoll. Da der Abtretungsgläubiger die Forderung als Prozessstandschafter geltend macht, ist es tatsächlich irrelevant, ob die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit noch hat oder eben zwischenzeitlich gelöscht wurde. Wichtig ist allein die Frage, ob die Forderung noch besteht und dass jemand in der Lage ist, diese Ansprüche auf dem Klageweg geltend zu machen. Fraglich ist allerdings, ob die rechtliche Unterscheidung zur Geltendmachung von Ansprüchen gemäss 757 Abs. 2 OR wirklich gerechtfertigt ist. Auch in solchen Fällen tritt der Gläubiger oder der Aktionär als Prozessstandschafter auf. Die Auffassung des Bundesgerichts, dass Art. 757 Abs. 2 OR zusätzlich zu Art. 260 SchKG zur Verfügung stehe, aber trotzdem eine Kollokation erforderlich sei, macht diese Bestimmung zu einem leeren Instrumentarium, was nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann. Das hat der Gesetzgeber vor Kurzem noch bestätigt, in dem er bei der Aktienrechtsrevision einen neuen Art. 678 Abs. 6 nOR (Rückerstattungsklage) angenommen hat, welcher lautet: «*Im Konkurs der Gesellschaft kommt Artikel 757 sinngemäss zur Anwendung*». Dieser Absatz wurde von der Nationalratskommission vorgeschlagen, um die Durchsetzung solcher Ansprüche zu verbessern (AB 2018 N 1091), wie Nationalrätin Christa Markwalder erklärt hat.

6. Immerhin hat sich mit der Modernisierung des Handelsregisters (siehe unten Bemerkung 2.1) das Problem der verfrühten Löschung etwas entschärft. Der neue Artikel 159a Abs. 1 lit. a HRegV sieht nun vor, dass bei einer Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven die Gesellschaft nicht wie bisher nach drei Monaten, sondern neu erst nach zwei Jahren gelöscht wird. Damit haben die Gläubiger mehr Zeit, sich zu entscheiden, ob sie ihre Forderung kollozieren und somit eine Abtretung der Forderung gemäss Art. 260 SchKG in die Wege leiten wollen mit der Folge, dass der hierfür erforderliche Kostenvorschuss an das Konkursamt zu leisten ist, oder ob man bevorzugt, von solchen Massnahmen abzusehen.

**1.2 Eine weitere erfolgreiche Verantwortlichkeitsklage (r27; BGer 4A\_251/2020)**  
**Une autre action en responsabilité couronnée de succès (r27; TF 4A\_251/2020)**

1. Ein Monat nach dem Entscheid BGE 146 III 441 (siehe oben Bemerkung 1.1) bestätigte das Bundesgericht seine (neue) Rechtsprechung zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen basierend auf Art. 260 SchKG. In diesem Urteil wurde erneut darauf hingewiesen, dass nach einer erfolgreichen Abtretung von Ansprüchen aus Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 260 SchKG eine spätere Löschung der Gesellschaft im Handelsregister keinen Einfluss mehr auf die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger hat.

2. Im vorliegenden Fall wurde die D. AG für Arbeiten zwischen Juni 2004 und Januar 2007 bezüglich des Baus des Lötschbergtunnels mit CHF 3 878 859.60 entschädigt. Am 16. Dezember 2008 wurde über die D. AG der Konkurs eröffnet. Im anschliessenden Konkursverfahren haben sich einige Gläubiger verschiedene Ansprüche aus der Konkursmasse der D. AG nach Art. 260 SchKG abtreten lassen.

3. Eine basierend auf Art. 260 SchKG abgetretene Verantwortlichkeitsklage wurde durch den Umstand begründet, dass Ende 2005 zwei Verwaltungsratsmitglieder der D. AG (A. und B.), welche auch gleichzeitig Angestellte der D. AG waren, die I. AG gründeten. Im Rahmen eines Werkvertrages haben A. und B. im Namen der D. AG Auftragsnachträge an die I. AG weitergeleitet und ihr für diese Arbeiten insgesamt CHF 1 980 348.10 überwiesen. Strittig war, ob diese Auftragsnachträge effektiv durch die I. AG ausgeführt wurden oder ob die Arbeiten nicht doch die D. AG erfüllte.

4. Das Obergericht des Kantons Schaffhausen stellte diesbezüglich im Urteil vom 31. März 2020 fest, dass diese Zahlungen auf einem simulierten Rechtsgeschäft basierten und somit ein pflichtwidriges Handeln im Sinne von Art. 717 Abs. 1 i.V.m. Art. 754 Abs. 1 OR darstellten.

5. Im anschliessenden Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht machten die Anwälte von A. und B. wohl nochmals geltend, dass die Klage eigentlich hätte abgewiesen werden müssen, weil die D. AG im Dezember 2014 aus dem Handelsregister gelöscht wurde. Aber analog zur Rechtsprechung in BGE 146 III 441 (r26) bestätigte das Bundesgericht, dass die Ab-

tretungsgläubiger ihre Aktivlegitimation durch das Löschen der D. AG gerade nicht verloren haben.

6. Der vorliegende Entscheid ist nicht nur wegen den Ausführungen zur Abtretung von Ansprüchen gemäss Art. 260 SchKG interessant, sondern auch aufgrund des Umstands, dass innerhalb von wenigen Wochen zweimal eine Klage aus Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR gutgeheissen wurde.

## **2. Handelsregisterrecht** **Droit du registre du commerce**

### **2.1 Revision** **Révision**

Auf Gesetzgebungsebene nennenswert ist die Modernisierung des Handelsregisterrechts per 1. Januar 2021. Neue Bestimmungen in der Handelsregisterverordnung (HRegV) sowie im Obligationenrecht (OR) und der Gebührenverordnung zum Handelsregister (GebV-HReg) sollten den Bedürfnissen der Benutzer des Handelsregisters mehr gerecht werden. Diese Revision hat zur Folge, dass einige der hier aus dem Jahr 2020 zusammengefassten Entscheide bereits nicht mehr aktuell sind.

#### **2.1.1 Abschaffung Art. 162 und 163 aHRegV** **(Registersperre)** **Suppression des art. 162 et 163 aORC** **(blocage du registre du commerce)**

1. Auch im vergangenen Jahr hatten sich die Gerichte mehrfach mit der Registersperre zu befassen (r4; BGer 4A\_392/2020 vom 27. August 2020 und r16; HGer Bern HG 20 95 vom 23. Oktober 2020). Heute ist diese Rechtsprechung bereits überholt. Denn eine der wichtigsten Änderungen der Handelsregisterverordnung war die Abschaffung der Registersperre auf Verordnungsstufe (Art. 162 und 163 aHRegV).

2. Bis Ende 2020 konnte noch, ohne das Gericht anzurufen, durch ein einfaches Gesuch beim Handelsregisteramt das Register für bis zu 10 Tage blockiert werden.

3. Seit dem 1. Januar 2021 kann die Registersperre ausschliesslich noch als vorsorgliche Massnahme beim Gericht klageweise geltend gemacht werden (Art. 261 ff. ZPO). Dabei erhält die betroffene Gesellschaft, ausser bei superprovisorischen Massnahmen, Gelegenheit zur Stellungnahme, bevor eine Registersperre verfügt wird. Gegen eine superprovisorische Anordnung kann sich im Übrigen die

Gesellschaft durch die Hinterlegung einer Schutzschrift proaktiv zur Wehr setzen (Art. 270 ZPO).

4. Die Registersperre gemäss Art. 162 f. aHRegV war manchmal in der Praxis ein nicht unerhebliches Druckmittel, um eintragungspflichtige Transaktionen auf missbräuchliche Weise zu verzögern, weshalb sie auch entsprechend umstritten war und häufig kritisiert wurde. Ferner gibt es seit dem Inkrafttreten der ZPO mit Art. 262 lit. c ZPO eine gesetzliche Grundlage, womit der vergleichbare Rechtsbehelf auf Verordnungsstufe obsolet wurde (Erläuternder Bericht vom 20. Februar 2019, S. 14).

#### 2.1.2 Wiedereintragungsverfahren einer gelöschten Rechtseinheit Réinscription d'une entité juridique radiée

1. Die zahlreiche Rechtsprechung zum Wiedereintragungsverfahren (r6; KGer Basel-Landschaft 400 20 143 vom 4. August 2020, r7; BGer 4A\_527/2020 vom 22. April 2021 und r8; CJ Genève ACJC/155/2021 vom 8. Februar 2021) zeigt deren Bedeutung in der Praxis. Trotz seiner Relevanz war dieses Verfahren bisher einzig in Art. 164 aHRegV geregelt. Mit der Modernisierung des Handelsregisters sollte hierfür eine bessere formelle gesetzliche Grundlage geschaffen werden, weshalb neu die Grundzüge auf Gesetzesstufe (Art. 935 OR) geregelt werden. Ferner sind neu die Gerichte am bisherigen Sitz der gelöschten Rechtseinheit für die Wiedereintragung zuständig (Art. 40 Abs. 2 ZPO).

2. Materiellrechtlich bedarf ein Gesuch um Wiedereintragung weiterhin der Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses. Dabei genügt es nach ständiger Rechtsprechung, dass ein Gläubiger eine Forderung glaubhaft macht. Ein strikter Beweis ist nicht erforderlich, sondern bleibt dem Hauptprozess vorbehalten. Im Übrigen wird trotz des Grundsatzes der Subsidiarität auch nicht vorausgesetzt, dass die beim Wiedereintragungsverfahren geltend gemachten Forderungen neu sein müssen (r7; BGer 4A\_527/2020 vom 22. April 2021).

3. Im Rahmen der Modernisierung des Handelsregisters wurde die Aufzählung der Gründe für die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit von Art. 164 Abs. 1 lit. a–d aHRegV materiell unverändert auf Art. 935 Abs. 2 Ziff. 1–4 OR übertragen. Allerdings ist die Liste nicht mehr abschliessend formuliert.

4. Trotz dieser regen Praxis in der Vergangenheit ist zu vermuten, dass mit der neuen Rechtsprechung

des Bundesgerichts zu Art. 260 SchKG (siehe oben Bemerkung 1) und der Verlängerung der Frist für die Löschung (siehe oben Bemerkung 1.1 Ziff. 6) die Gerichte nicht mehr derart oft mit einem Ersuchen um Wiedereintragung der Gesellschaft konfrontiert werden.

#### 2.1.3 Fehlendes Rechtsdomizil als Organisationsmangel Société sans domicile comme carence dans l'organisation

1. Seit dem 1. Januar 2021 stellt ein fehlendes Rechtsdomizil einen Mangel in der zwingenden Organisation einer Gesellschaft dar. Demzufolge wird neu Art. 731b Abs. 1 OR mit einer Ziff. 5 ergänzt, wonach ein Aktionär oder ein Gläubiger beim Gericht ein Organisationsmangelverfahren einleiten kann, falls die Gesellschaft über kein Rechtsdomizil mehr verfügt (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR).

2. Zeitgleich wurden die Bestimmungen zum Verfahren des Handelsregisteramtes beim Fehlen eines Rechtsdomizils gemäss Art. 153a f. aHRegV aufgehoben und die Rechtsprechung hierzu obsolet (r9; VerwGer, Zürich, 8. September 2020, VB.2020.00125). Stellt das Handelsregisteramt Mängel in der gesetzlich als zwingend vorgeschriebenen Organisation fest, so fordert es die betreffende Rechtseinheit auf, den Mangel zu beheben und setzt ihr dazu eine Frist. Wird der Mangel nicht innerhalb der Frist behoben, so überweist es die Angelegenheit neu direkt an das Gericht. Dieses ergreift die erforderlichen Massnahmen (Art. 939 OR).

#### 2.1.4 Weitere Neuerungen Autres nouveautés

1. Mit der Revision des Handelsregisterrechts sind weitere wichtige Neuerungen eingeführt worden, welche wohl ohne unmittelbaren Einfluss auf die Rechtsprechung im vergangenen Jahr waren, jedoch für die Praxis von elementarer Bedeutung sind. So verwendet beispielsweise das Handelsregisteramt neu zur Identifizierung von natürlichen Personen systematisch die AHV-Versicherungsnummer (Art. 928c OR). Diese Identifikation der natürlichen Personen läuft im Hintergrund durch einen automatischen Abgleich zwischen den zentralen Datenbanken. Von den anmeldenden Parteien muss die AHV-Versicherungsnummer dem Handelsregisteramt nicht mitgeteilt werden.



2. Ferner wurde auch die «Stampa-Erklärung» als separater Beleg, d.h. die Erklärung, dass keine anderen Sacheinlagen, Sachübernahmen und beabsichtigten Sachübernahmen, Verrechnungstatbestände oder besonderen Vorteile bestehen als die in den Belegen genannten, abgeschafft. Die entsprechende Erklärung muss neu direkt in der jeweiligen öffentlichen Urkunde enthalten sein.

3. Eine Erleichterung gibt es im Weiteren bezüglich der Abtretung von Gesellschaftsanteilen bei einer GmbH. Bislang musste der Abtretungsvertrag Hinweise bezüglich der statutarischen Rechte und Pflichten der Gesellschafter enthalten. Da in der Praxis dieser Verweis regelmässig vergessen ging, wurde die entsprechende Bestimmung in Art. 785 OR vereinfacht, indem der Hinweis weggelassen werden darf, falls der Erwerber bereits Gesellschafter ist.

4. Für die Praxis ebenfalls eine wesentliche Neuierung ist der Personenkreis, welcher ermächtigt ist, die Handelsregisteranmeldung zu unterzeichnen. Neu dürfen gemäss Art. 17 f. HRegV auch bevollmächtigte Dritte, wie beispielsweise Anwälte oder Treuhänder, die Handelsregisteranmeldung unterzeichnen.

## 2.2 Publizitätswirkung bei Vermögensübertragung (r10; BGer 4A\_601/2019) Effet de publicité en cas de transfert de patrimoine (r10; TF 4A\_601/2019)

1. In einem Entscheid auf Französisch im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung nach FusG hält das Bundesgericht fest, dass die Publizitätswirkung im SHAB sowie im Handelsregister bei einer Vermögensübertragung einzig den Rechtsakt betrifft.

2. Es darf keine Obliegenheit eines bisherigen Schuldners abgeleitet werden, sich anhand der Belege zu informieren, ob er künftig weiterhin an den bisherigen Gläubiger leisten darf oder allenfalls mittels der Vermögensübertragung ein neuer Gläubiger Inhaber dieser Forderung geworden ist.

3. Solange der bisherige Schuldner gutgläubig ist, darf er weiterhin mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten, dies trotz öffentlich gemachter Vermögensübertragung.

## 3. Missachtung statutarischer Vorzugsrechte (r20; BGer 4A\_98/2020) Non-respect de droits préférentiels statutaires (r20; TF 4A\_98/2020)

1. Zur in der Lehre umstrittenen Frage bezüglich der gerichtlichen Durchsetzung von statutarischen Vorzugsrechten hat sich das Bundesgericht im Entscheid 4A\_98/2020 vom 21. Januar 2021 geäussert (r20). Dieser Entscheid ist zur Publikation vorgesehen. Er steht in Abkehr zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 29 II 452 und 53 II 230). Zu klären war die Frage, ob die statutarischen Vorzugsrechte von den berechtigten Parteien direkt aufgrund von Art. 656 OR mittels Leistungsklage gegen die Gesellschaft durchgesetzt werden können oder zuerst der Generalversammlungsbeschluss angefochten werden muss, welcher die statutarischen Vorzugsrechte missachtete.

2. Das Aktienkapital der B. AG von CHF 750 000 ist eingeteilt in 180 660 Namenaktien zu CHF 3 und 6390 400 Namenaktien zu CHF 0.30 (Stimmrechtsaktien). Daneben besteht ein Partizipationskapital von CHF 702 000 eingeteilt in 234 000 Inhaber-Partizipationsscheine zu CHF 3. Im Jahr 1987 wurden für die Aktiengesellschaft Partizipations-scheine mit einem Nennwert von CHF 20 eingeführt.

3. Seit einer partiellen Statutenrevision im Jahr 1996 wird 5% des Jahresgewinnes den allgemeinen Reserven zugewiesen, bis die Höhe von 20% des Aktienkapitals erreicht wird. Vom restlichen Jahresgewinn erhalten die Partizipanten eine Vorzugsdividende von bis zu 5% des Nominalwertes der Partizipationsscheine. Der übrige Gewinn wird gleichmässig im Verhältnis zum Nennwert der Wertpapiere an die Aktionäre und die Partizipanten ausgeschüttet.

4. Am 30. April 2018 fand die ordentliche Generalversammlung der B. AG bezüglich des Geschäftsjahrs 2017 statt. Der Kläger A. beantragte in Bezug auf das Traktandum 4 «*Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017*» zusätzlich zu der vorgesehenen Ausschüttung einer Dividende von CHF 5 pro Partizipationsschein eine Vorzugsdividende von CHF 0.15 pro Partizipationsschein. Dieser Antrag wurde vom Verwaltungsrat weder zur Beratung noch zur Abstimmung zugelassen.

5. Mit Klage vom 2. Juni 2018 focht A. den Beschluss vom 30. April 2018 beim Handelsgericht Bern an und verlangte von der Aktiengesellschaft die Bezahlung von CHF 152 504 sowie CHF 472 762.30

(Betrag gemäss Replik). Eventualiter sei die Aktiengesellschaft zu verpflichten, Generalversammlungsbeschlüsse zu fassen, wonach für die Geschäftsjahre 2012, 2013, 2014 und 2016 eine jeweils betraglich pro Partizipationsschein festgesetzte Vorzugsdividende auszuschütten sei.

6. Mit Entscheid vom 4. Oktober 2019 hob das Handelsgericht den unter Traktandum 4 gefassten Beschluss bezüglich der Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017 auf. Bezüglich der weiteren Begehren wies das Handelsgericht die Klage ab. Dagegen erhob A. Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.

7. Das Bundesgericht musste die Frage beantworten, ob die Partizipanten aufgrund von Art. 656 OR einen direkten statutarischen Anspruch auf Zahlung einer Vorzugsdividende haben oder ob eine Anfechtung des statutenwidrigen Entscheids nötig sei. In der bisherigen Rechtsprechung (BGE 29 II 452, E. 5 und 53 II 250, E. 5) wurde die Auffassung vertreten, das Dividendenvorrecht konkretisiere sich mit dem Gewinnverwendungsbeschluss als Forderung, sofern die Statuten die Verteilung des Bilanzgewinnes und den Umfang der Vorrechte regeln. Ein Teil der Lehre vertritt demgegenüber die Ansicht, dass sich diese frühere Praxis mit dem heute geltenden Recht nicht mehr vereinbaren lasse. Gemäss dieser Lehre ist die Festsetzung der Dividenden eine unübertragbare Kompetenz der Generalversammlung.

8. Die Partizipanten bilden mit den Aktionären grundsätzlich eine Schicksalsgemeinschaft. Zwar stehen den Partizipanten begriffsnotwendig keine Stimmrechte zu. Sie verfügen aber gemäss Art. 656a Abs. 2 i.V.m. Art. 706 OR über die gleichen Anfechtungsrechte wie ein Aktionär.

9. Wohl befinden sich die Partizipanten in einer schlechteren Situation als die Aktionäre, da diese formell keinen statutenkonformen Beschluss der Generalversammlung erzwingen können. Jedoch hat nach Treu und Glauben die Generalversammlung nach erfolgreicher Anfechtung zügig einen statutenkonformen Beschluss zu fassen. Nur und erst wenn die Generalversammlung von der ihr einzuräumenden Möglichkeit, einen statutenkonformen Beschluss zu fassen, innert angemessener Frist keinen Gebrauch macht, ist den Partizipanten, die selbst keinen Einfluss auf die Generalversammlung nehmen können, der ihr zustehende Betrag zufolge treuwidrigen Verhaltens der Aktionäre direkt zuzusprechen. Ein endloses Hin und Her, das durch die Anerkennung eines direkten Anspruches vermieden werden sollte, lässt

sich so verhindern. Von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten war vorliegend jedoch nicht die Rede, womit die Beschwerde von A. abgewiesen wurde.

10. Der vorliegende Entscheid betrifft wohl die Geltendmachung von Ansprüchen durch Partizipanten. Er ist allerdings relevant für die Geltendmachung aller Vorzugsrechte. Nur bei einer Pflicht zur Anfechtung ist gewährleistet, dass die pflichtwidrige Missachtung von Privilegien bei allen Betroffenen gleichermassen beseitigt wird. An dieser Sicht ist gemäss Bundesgericht auch in Bezug auf Partizipanten festzuhalten. Im Allgemeinen kann gesagt werden, dass keine Ausschüttung sich direkt aus den Statuten ergeben kann. Einzig Tantiemen (Art. 677 OR) können gemäss Bundesgericht mittels direkter Forderungsklage durchgesetzt werden. Diese Ausnahme rechtfertigt sich, da die Verwaltungsratsmitglieder im Gegensatz zu den Aktionären und Partizipanten in einem individuell geregelten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft stehen.

11. Massgebendes Argument für das Bundesgericht war schlussendlich der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre und Partizipanten. Weniger von Bedeutung war demgegenüber die Kompetenzregelung der Generalversammlung zur Festlegung der Dividenden. So macht es keinen grossen Unterschied, ob die Ansprüche in den Statuten geregelt werden oder auf einem Generalversammlungsbeschluss basieren. Der Generalversammlungsbeschluss führt einzig dazu, dass die in den Statuten vorgesehene Forderung fällig wird. Nach unserem Dafürhalten ist es richtig, dass das Bundesgericht bei dessen Interessenabwägung den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Gleichbehandlungsgebot an einem einheitlichen Kapitalausschüttungsregime höher gewichtet als die Interessen der einzelnen Partizipanten (Gl. Meinung *Fischer*, AJP 5/2021, S. 678).

## II. Zusammenfassungen/Résumés

### 1. Allgemeines Généralités

#### **r1** Protection des raisons de commerce – concurrence déloyale; Schutz von Firmennamen – unlauterer Wettbewerb.

1. En droit des marques ainsi qu'en matière de concurrence déloyale, un risque de confusion est de nature à engendrer une perturbation du marché et d'autres dommages de nature immatérielle (art. 951 CO, art. 3 let. d LCD). 2. Lorsqu'une partie de la raison sociale d'une société est identique à une partie de la raison sociale d'une autre société, que celles-ci s'adressent à la même clientèle et que l'administrateur de l'une a travaillé, même brièvement, comme sous-traitant dans une filiale de l'autre, les circonstances justifient une distinction nette entre les deux raisons sociales. 3. Par conséquent, si la seule différence entre les deux réside dans des mots fréquemment utilisés, dépourvus d'originalité et non susceptibles de laisser un souvenir particulier et durable dans l'esprit de clients potentiels, un risque de confusion contraire à l'art. 951 CO doit être admis. 4. La possibilité d'utiliser un logo à titre complémentaire n'affecte en rien la règle figurant à l'art. 951 CO.

CJ, Genève, 21 décembre 2020, ACJC/1846/2020 (A. SA contre B. SA).

#### **r2** Firma; raison de commerce.

1. Firmen einer Handelsgesellschaft oder einer Genossenschaft müssen sich voneinander deutlich unterscheiden (Art. 951 und 956 Abs. 1 OR). 2. Ob zwei Firmen ähnlich sind bzw. sich hinreichend deutlich voneinander unterscheiden, beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den die Firmen in der Erinnerung des Publikums hinterlassen. 3. Der einzige nennenswerte Unterschied zwischen den Firmen bestand vorliegend darin, dass die Beklagte den Begriff «FLUGHAFEN» statt «Airport» verwendete. 4. Diese Abweichungen in Wortklang und Schriftbild stellten keine individualisierenden Elemente dar und führten nicht zu einer ausreichenden Unterscheidbarkeit der beiden Firmen.

HGer, Zürich, 18. August 2020, HG200048 (Airport Taxi Zürich Kloten AG gegen FLUGHAFEN TAXI ZÜRICH AG); INGRESnews 2021, Nr. 53.

#### **r3** Firma; raison de commerce.

1. Die Anforderungen an die Unterscheidbarkeit der Firmen sind strenger, wenn zwei Unternehmen aufgrund der statutarischen Bestimmungen im Wettbewerb stehen können oder sich aus einem anderen Grund zumindest teilweise an den gleichen Kundenkreis wenden, da in diesem Fall eine erhöhte Verwechslungsgefahr besteht. 2. Resultiert durch den

Gebrauch einer stark ähnelnden Firma eine firmenrechtliche Verwechslungsgefahr, besteht ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch. 3. Mit der Klage gestützt auf Art. 956 Abs. 2 OR kann die Unterlassung des weiteren Gebrauchs bzw. der weiteren Führung der Firma oder der prägenden Firmenbestandteile und die Verpflichtung zur Mitteilung der Änderung an das Handelsregisteramt (bei Bedarf unter Androhung einer Ordnungsbusse im Unterlassungsfall) beantragt werden. 4. Für den Fall, dass es nicht gelingt, innert dreier Monate seit der Fristansetzung eine andere Firma im Handelsregister einzutragen, wird das Handelsregisteramt angewiesen, beim zuständigen Vollstreckungsgericht die Anordnung des Liquidationsverfahrens zu verlangen.

AppGer, Basel-Stadt, 16. Januar 2020, ZK.2019.3 (AG.2020.65) (AVIA AG und AVIA Vereinigung unabhängiger Schweizer Importeure von Erdölprodukten, Genossenschaft gegen Lavia GmbH); sic! 7–8/2020, S. 418 ff.

#### **r4** Blocage du registre du commerce; Register-sperre.

1. Contrairement aux mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 lit. b et 319 lit. a CPC), les actes de l'office régis par l'art. 162 aORC n'étaient pas – et ne supposaient pas non plus, même implicitement – une décision susceptible de recours selon les art. 4 al. 3 et 165 al. 1 aORC. 2. L'art. 162 aORC a été abrogé sans remplacement au 1<sup>er</sup> janvier 2021 (voir remarque 2.1 ci-dessus); par conséquent, un blocage du registre ne peut plus être obtenu que par des mesures (super-) provisionnelles (art. 261 ss CPC).

TF, 27 août 2020, 4A\_392/2020 (F.A. contre Office du Registre du commerce du canton de Vaud); GesKR 4/2020, S. 554; ius.focus 11/2020, Nr. 281.

#### **r5** Inscription d'office au registre du commerce; Handelsregistereintrag von Amtes wegen.

1. Lorsqu'un jugement prononce la faillite d'une société alors que les conditions de celle-ci ne sont pas réalisées, il est erroné sur le fond mais non frappé de nullité. 2. Une telle décision est d'abord communiquée au registre du commerce qui inscrit un fait erroné mais existant conformément à la loi. 3. L'effacement n'est pas prévu par la loi, et le biffage (la radiation) est la seule manière de procéder à la modification d'une inscription erronée du registre. 4. La modification d'une inscription fautive au registre du commerce se fait ainsi par l'ajout d'une nouvelle information,

l'ancienne inscription étant radiée par biffage, que la fausseté de l'information radiée soit apparue postérieurement ou qu'elle ait été fausse initialement.

*CJ, Genève, 25 août 2020, DAS/140/2020 (A. SA contre registre du commerce du canton de Genève).*

**r6 Wiedereintragung nach Art. 164 aHRegV bzw. 935 OR; réinscription selon l'art. 164 ORC resp. 935 CO.**

1. Die Wiedereintragung einer bereits gelöschten Rechtseinheit gestützt auf Art. 164 aHRegV (vgl. Art. 935 OR) ist zum Zweck der Beendigung einer unvollständig durchgeführten Liquidation vorgesehen. 2. Der materielle Bestand des Anspruches aus Verantwortlichkeit ist hingegen im Verantwortlichkeitsprozess zu prüfen und von den Berufungsklägern auch in diesem zu bestreiten. 3. Angesichts der Subsidiarität war *in casu* eine Wiedereintragung nicht angezeigt.

*KGer, Basel-Landschaft, 4. August 2020, 400 20 143 (A. und B. AG gegen Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West).*

**r7 Wiedereintragung im Handelsregister – Wiedereröffnung des Konkurses; réinscription au registre du commerce – réouverture de la faillite.**

1. Das Gericht kann auf Antrag die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit ins Handelsregister unter anderem dann anordnen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Wiedereintragung für die Beendigung des Konkursverfahrens der gelöschten Rechtseinheit erforderlich ist (Art. 164 Abs. 2 lit. d aHRegV; vgl. Art. 935 OR). 2. Die Gesuchstellerin ersucht um Wiedereintragung der Gesellschaft aufgrund einer Forderung, um sich dann im Konkursverfahren diese Forderung abtreten zu lassen bzw. um nach Art. 757 Abs. 2 OR vorzugehen. 3. Beim Eintragsverfahren handelt es sich um ein unstrittiges Einparteienverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.S.v. Art. 1 lit. b ZPO, bei welchem eine Teilnahme der einzutragenden Gesellschaft gerade nicht vorgesehen ist. 4. Folglich kann niemand gegen die Wiedereintragung mittels Berufung opponieren. 5. Trotz des Grundsatzes der Subsidiarität des Wiedereintragungsverfahrens setzt dies nicht voraus, dass es sich beim die Wiedereintragung rechtfertigenden Anspruch um einen neuen Anspruch handelt. 6. Die Glaubhaftmachung eines Aktivums genügt. 7. Dies war vorliegend der Fall, als festgestellt wurde, dass im Konkursinventar der Beschwerdegegnerin unter anderem Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber allen mit der Verwaltung und Geschäftsführung beauftragten Personen *pro memoria* vermerkt waren, auch wenn die Ansprüche mit Null bewertet wurden.

*BGer, 22. April 2021, 4A\_527/2020 (A. AG gegen B. GmbH in Liq. und C.).*

**r8 Réinscription d'une société au registre du commerce; Wiedereintragung einer Gesellschaft im Handelsregister.**

1. La radiation d'une personne morale entraîne son défaut d'être partie, y compris si elle survient en cours de procès. 2. La réinscription d'une société au registre du commerce conduit toutefois au rétablissement du *status quo ante* avec un effet *ex nunc*; partant, il n'y a pas d'effet rétroactif du rétablissement de la personnalité juridique. 3. En l'espèce, la réinscription de la société au registre du commerce, postérieurement au jugement attaqué qui n'a qu'un effet *ex nunc*, ne change rien au fait qu'au moment où celui-ci a été rendu, la société était radiée. 4. La réinscription postérieure constitue cependant un fait nouveau recevable qui a pour conséquence que, dans la mesure où la société n'est plus radiée du registre du commerce, elle dispose de la capacité d'être partie.

*CJ, Genève, 8 février 2021, ACJC/155/2021 (SIA. SA contre B. en Liq.).*

**r9 Fehlendes Zustellungsdomizil – Anspruch auf rechtliches Gehör bei neuen Hinweisen; absence de domicile de notification – droit d'être entendu en cas de nouveaux indices.**

1. Wird dem Handelsregisteramt von Dritten mitgeteilt, dass eine Rechtseinheit angeblich über kein Rechtsdomizil mehr verfügt, so fordert es deren oberstes Leitungs- und Verwaltungsorgan auf, innert 30 Tagen ein neues Rechtsdomizil am Ort des Sitzes zur Eintragung anzumelden (Art. 153a Abs. 1 Satz 1 aHRegV). 2. Erfolgt keine Anmeldung oder Bestätigung innert Frist, veröffentlicht das Handelsregisteramt die Aufforderung im Schweizerischen Handelsamtsblatt. 3. Wird auch dieser Aufforderung nicht innerhalb der Frist Folge geleistet, verfügt das Handelsregisteramt die Auflösung der Rechtseinheit, die Einsetzung der Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans als Liquidatoren sowie gegebenenfalls eine Ordnungsbusse gemäss Art. 943 aOR. 4. Das Verwaltungsgericht ist nach ständiger Praxis für Beschwerden gegen Anordnungen des Handelsregisteramtes Zürich zuständig (Art. 165 Abs. 2 aHRegV). 5. Teilt die Beschwerdeführerin dem Handelsregisteramt mit, dass ihr Briefkasten beschädigt worden sei, ist die Zustellung abschliessend aber wiederum nicht möglich, so stellt sich die Frage, ob auf den ursprünglichen Entscheid hätte zurückgekommen werden dürfen oder erneut ein Verfahren gemäss Art. 153a f. aHRegV hätte eingeleitet werden müssen. 6. In jedem Fall hätte der Beschwerdeführerin jedoch vor Erlass der Verfügung über ihre Auflösung das rechtliche Gehör gewährt werden bzw. sie im Sinne einer ergänzenden Sachverhaltsabklärung erneut zur Feststellung der mangelhaften Erreichbarkeit angehört werden müssen.

*VerwGer, Zürich, 8. September 2020, VB.2020.00125 (A. und B. gegen Handelsregisteramt des Kantons Zürich).*

Anmerkung: Seit dem 1. Januar 2021 stellt das Fehlen eines Rechtsdomizils einen Organisationsmangel gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR dar. Zuständig zur Behebung des Mangels ist neu der Richter. Das Verfahren gemäss Art. 153a f. aHRegV wurde abgeschafft (siehe Bemerkung 2.1.3).



**r10 Effet de publicité de l'inscription d'un transfert de patrimoine au registre du commerce ; *Publizitätswirkung der Vermögensübertragung im Handelsregister.***

1. Lors d'un transfert de patrimoine, seule est inscrite au registre du commerce et publiée dans la FOSC la valeur totale des actifs et des passifs transférés selon l'inventaire (art. 139 let. c ORC), et non le contrat de transfert de patrimoine et la liste des actifs et des passifs telles que les créances ou relations contractuelles qui figurent dans l'inventaire (art. 71 al. 1 let. b LFus). 2. Par conséquent, les effets de publicité (art. 933 aCO) ne s'étendant qu'à l'existence du transfert de patrimoine et non aux objets du patrimoine désignés dans l'inventaire contenu dans le contrat de transfert, les débiteurs de bonne foi (art. 3 al. 1 CC) qui ne sont pas informés des détails du transfert peuvent valablement exécuter leur prestation auprès du transférant et ouvrir action contre celui-ci. 3. Il ne peut pas être mis à charge du débiteur l'incombance de consulter, avant d'effectuer toute prestation, l'inventaire du contrat de transfert et toutes les pièces justificatives relatives aux inscriptions contenues dans le registre du commerce.

TF, 25 novembre 2020, 4A\_601/2019 (A. SA et B. contre C. AG) ; SJ 2021 I, p. 121 ; ius.focus 1/2021, Nr. 9.

## 2. Rechte und Pflichten der Aktionäre Droits et obligations des actionnaires

**r11 Légitimation active – lien de causalité – action en annulation et en constatation de la nullité des décisions de l'assemblée générale ; *Aktivlegitimation – Kausalzusammenhang – Anfechtung und Feststellung der Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen.***

1. Une convocation à l'assemblée générale ne comprenant pas un ordre du jour complet présente un défaut formel pouvant entraîner l'annulabilité de la décision de l'assemblée générale (art. 706 s. CO ; ATF 136 III 174, consid. 5.1 ; ATF 116 II 713, consid. 3 ; TF 5A\_760/2011 du 18 mai 2012, consid. 3.2.3). 2. Un vice de procédure formel grave entraîne la nullité d'une décision (art. 706b CO) uniquement si un déroulement correct de la procédure aurait abouti à une décision (hypothétique) différente. 3. Lorsque le demandeur détient des actions en indivision, qu'aucun représentant commun n'est désigné (art. 690 al. 1 CO) et qu'aucune action en justice commune n'est entreprise, la légitimation active fait défaut et l'action en annulation doit être rejetée (TF 4A\_516/2016 du 28 août 2017, consid. 8). 4. La nullité des décisions de l'assemblée générale exige quant à elle un lien de causalité entre les vices invoqués (l'absence de référence à la révocation des membres du conseil d'administration ou la simple mention de « l'élection du conseil d'administration » dans l'ordre du jour) et l'adoption de la décision (la révocation effective du membre du conseil d'administration). 5. En l'es-

pèce, il ressort de l'état de fait établi par l'autorité cantonale que le demandeur n'aurait de toute façon pas fait désigner un représentant commun si la révocation avait été explicitement portée à l'ordre du jour et donc que le vice de procédure formel ne peut entraîner la nullité.

TF, 4 septembre 2020, 4A\_141/2020 (D.A. contre SI X. et SA Y.) ; GesKR 4/2020, S. 554 f. ; ius.focus 11/2020, Nr. 282.

**r12 Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse – Antrag auf Abschluss nach anerkanntem Rechnungslegungsstandard ; *annulation des décisions de l'assemblée générale – requête d'établissement d'états financiers selon une norme recon-***

**nue.**

1. Ein Aktionär hat gemäss Art. 696 Abs. 1 OR den Anspruch, dass diesem der Geschäfts- und Revisionsbericht 20 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung zugestellt wird. 2. Ferner können gemäss Art. 962 Abs. 2 OR Aktionäre, die 20% des Aktienkapitals vertreten, beim obersten Verwaltungsorgan einen Abschluss nach einem anerkannten Rechnungslegungsstandard verlangen. 3. *In casu* wäre es gemäss Handelsgericht an der Klägerin gewesen, zu belegen, dass anders abgestimmt worden wäre, wenn der ordentliche Revisionsbericht den Aktionären rechtzeitig zugestellt worden wäre. 4. Der Antrag auf Abschluss nach einem anerkannten Rechnungslegungsstandard kam im Übrigen verspätet. 5. Der Antrag muss so gestellt werden, dass es dem Verwaltungsrat möglich ist, den Geschäftsbericht innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss eines Geschäftsjahres zu erstellen und der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen.

HGer, Zürich, 7. April 2020, HG1900043 (A. gegen B. Liegenschaften AG).

**r13 Nichtigkeit von Beschlüssen der Generalversammlung und des Verwaltungsrates – Feststellungsinteresse ; *nullité des décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration – intérêt au constat.***

1. Nach einer Klage auf Nichtigkeit infolge fehlender Zuständigkeit, Beschlussfähigkeit sowie Vertretung werden sämtliche Auflösungsbeschlüsse widerrufen. 2. Die beklagte Gesellschaft beantragt in der Folge, das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben. 3. Die Klägerin hält demgegenüber an den Anträgen auf Feststellung der Nichtigkeit fest, da nach dem Dafürhalten der Klägerin ein nichtiger Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschluss rechtlich überhaupt nicht zustande gekommen und deshalb ein Widerruf ausgeschlossen sei. 4. Ferner habe die Gesellschaft phasenweise zwischen dem Regime der Nichtigkeit gelebt. 5. Die Beschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen, da die Beschwerdeführerin nicht dargetan habe, inwiefern ein aktuelles, selbständiges Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit bestehe.

BGer, 5. August 2020, 4A\_282/2020 (A. gegen B. AG, C. AG, D. AG, E. AG und F. AG); SZWP 6/2020, S. 528.

**r14 Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung; convocation d'une assemblée extraordinaire.**

1. Die Erwerber von Inhaberaktien waren bislang verpflichtet, sich fristgerecht gemäss Art. 697i aOR bei der Gesellschaft zu melden. 2. Für das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung im Sinne von Art. 699 Abs. 4 OR genügt es, wenn der Geschwister dem Richter glaubhaft macht, dass er Aktionär ist. 3. Das verspätete Melden des Erwerbs von Inhaberaktien ändert nichts an den entsprechenden Mitgliedschaftsrechten.

BGer, 15. Juni 2020, 4A\_134/2020 (A. AG gegen B.).

Anmerkung: Inhaberaktien sind seit dem 1. Mai 2021 nur noch zulässig, wenn sie an einer Börse kotiert oder als Bucheffekten ausgestaltet sind. Für alle übrigen Gesellschaften wurden die Inhaberaktien per Ende April 2021 automatisch in Namenaktien umgewandelt.

**r15 Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung – Revisionsgesuch; convocation d'une assemblée extraordinaire – requête de révision.**

1. Gegen die Abweisung der Beschwerde in Zivilsachen in Bundesgerichtsurteil 4A\_134/2020 vom 15. Juni 2020 erhob die A. AG mit Eingabe vom 24. August 2020 beim Bundesgericht ein Revisionsgesuch basierend auf Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG, wonach sie nachträglich (im Strafverfahren) erhebliche Tatsachen und Beweismittel entdeckt habe, die sie im früheren Verfahren nicht habe beibringen können. 2. Die Revisionsgesuchstellerin bringt vor, dass sich die strittigen 2,9 Mio. Inhaberaktien bereits im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides nicht mehr im Depot des Revisionsgesuchgegners befunden hätten. 3. Bei der Einberufung einer Generalversammlung im Sinne von Art. 699 Abs. 4 OR durch den Richter gehört die Aktionärseigenschaft zu den Voraussetzungen der Aktivlegitimation, die nicht bloss im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs beim Gericht, sondern bis zur Urteilsfällung vorliegen müssen. 4. Das Revisionsgesuch wurde gutgeheissen und das Urteil des Bundesgerichts 4A\_134/2020 vom 15. Juni 2020 aufgehoben.

BGer, 22. Februar 2021, 4F\_7/2020 (A. AG gegen B.), zur Publikation vorgesehen; Revisionsgesuch gegen das Urteil 4A\_134/2020 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Juni 2020; Anwaltsrevue 4/2021, S. 186 f.

**r16 Vertretung einer Stiftung an der Universalversammlung einer AG – Aufrechterhaltung der Registersperre; représentation d'une fondation à une assemblée générale d'une SA – maintien du blocage du registre.**

1. Bei der Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft bemisst sich der Streitwert am Interesse der Aktiengesellschaft an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Beschlüsse. 2. Dieses ist in der Regel höher als das persönliche Interesse des klagenden Aktionärs. 3. Dabei kann sich die Streitwertberechnung am Aktienkapital orientieren, wenn die Aufhebung sämtlicher Beschlüsse angebeht wird und es schliesslich um die Kontrolle über die Gesellschaft geht. 4. Der Beschluss einer Universalversammlung, an welcher nicht alle Aktionäre teilgenommen haben oder vertreten waren, ist nichtig. 5. Juristische Personen werden in der Generalversammlung durch ihre gesetzlichen Organe vertreten. 6. Bei einer Stiftung sind sämtliche im Handelsregister eingetragenen Stiftungsratsmitglieder sowohl Träger der Vertretungsbefugnis als auch der Vertretungsmacht. 7. Der Umfang der Vertretungsmacht kann aber durch eine im Handelsregister eingetragene Kollektivzeichnungsberechtigung eingeschränkt werden. 8. Mangels Präsenz eines zweiten kollektivzeichnungsberechtigten Stiftungsratsmitglieds ist von einer Ungültigkeit der Universalversammlung und somit von einer günstigen Hauptsachenprognose auszugehen, womit die Aufrechterhaltung der Registersperre verfügt wurde.

HGer, Bern, 23. Oktober 2020, HG 20 95 (A. gegen C. AG).

**r17 Übertragung von vinkulierten Namenaktien, die nicht in Wertpapierform ausgegeben wurden; transfert d'actions nominatives liées non émises sous la forme d'un papier-valeur.**

1. Die Übertragung von Namenaktien, die nicht in Wertpapierform ausgegeben wurden, erfolgt nach den Vorschriften über die Forderungszession. 2. Die Statuten können dabei Vinkulierungsbestimmungen vorsehen, wonach das Eigentum an den Aktien beim Veräusserer verbleibt, solange der Verwaltungsrat die Zustimmung zur Übertragung nicht erteilt (Art. 685a OR). 3. Durch die Teilnahme an einer Generalversammlung wird zumindest implizit ein entsprechendes Gesuch um Genehmigung eines Aktienkaufes gestellt. 4. Bezüglich des tatsächlichen Verhaltens der Verwaltungsräte konnte man *in casu* von deren (stillschweigender) Genehmigung des Aktienkaufes

ausgehen. **5.** Beim hierfür erforderlichen Eintrag im Aktienbuch gemäss Art. 686 OR handelt es sich nicht um ein Dokument, dessen Fehlen zu einer qualifizierten Widerrechtlichkeit und damit zur Nichtigkeit des entsprechenden Verwaltungsratsbeschlusses führt.

BGer, 3. September 2020, 4A\_188/2020 (A. gegen B. AG); ius. focus 12/2020, Nr. 309.

**r18 Sonderprüfung – Rechtsschutzinteresse – Glaubhaftmachung – Rechtsmissbrauchsverbot; contrôle spécial – intérêt juridiquement protégé – vraisemblance – abus de droit.**

**1.** Jeder Aktionär kann bei 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 auf Einsicht bereits ausgeübt hat (Art. 679a Abs. 1 OR). **2.** Die Beschwerdegegner wollten vorliegend abgeklärt haben, ob die Organe der Beschwerdeführerin übersetzte Leistungen bezogen haben. **3.** Gegenstand der Klage nach Art. 678 Abs. 2 OR können – neben Verträgen mit einem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung – namentlich stark übersetzte, klar marktunübliche Saläre oder andere direkte oder indirekte Vergütungen sein (BGer 4A\_195/2014 und 4A\_197/2014 vom 27. November 2014, E. 6.2, nicht publiziert in: BGE 140 III 602). **4.** Die Beschwerdegegner verlangen eine Sonderprüfung betreffend die Zusammensetzung des Personalaufwands beziehungsweise die Gründe für dessen Zunahme. Dass diese Angaben – zumindest nach dem Massstab eines vernünftigen Durchschnittsaktionärs – für eine allfällige Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR erforderlich sind, liegt auf der Hand. **5.** Unerheblich ist dagegen der Umstand, dass diese Informationen nicht von Gesetzes wegen im Geschäftsbericht zu publizieren sind.

BGer, 15. Oktober 2020, 4A\_312/2020 (A. AG gegen B.B. und C.B.); GesKR 1/2021, S. 131; ius. focus 1/2021, Nr. 11.

**r19 Contrôle spécial – rémunération des administrateurs; Sonderprüfung – Vergütung der Verwaltungsratsmitglieder.**

**1.** Le refus d'inscrire le contrôle spécial à l'ordre du jour de l'assemblée générale et le refus de soumettre la proposition au vote de celle-ci équivalent à un refus dudit contrôle qui ouvre la voie au juge. **2.** Lorsqu'une requête de contrôle spécial ne vise pas à obtenir des renseignements mais à faire constater une violation

des obligations de la société en relation avec une rémunération, elle excède le cadre admissible du contrôle spécial, lequel ne peut ni tendre à obtenir des appréciations ou des jugements de valeur ni servir à des fins purement exploratoires dans l'espoir de découvrir des irrégularités. **3.** En effet, aucun contrôle spécial ne peut être ordonné afin de savoir si l'augmentation de la rémunération des administrateurs est fondée sur de justes motifs, si elle correspond à la norme ou quelle serait la quotité de rémunération admissible. **4.** Dans le cas présent, les informations sur la proportion d'augmentation de la rémunération des administrateurs et le montant des salaires suffisent pour permettre l'exercice des droits d'actionnaire. **5.** A noter qu'un contrôleur spécial a tout de même été nommé car le requérant a rendu vraisemblable un risque de conflit d'intérêts susceptible de causer un dommage à la société et une diminution de la valeur des actions du requérant.

CJ, Genève, 17 novembre 2020, ACJC/1625/2020 (A. contre B. SA); RR-VR 2/2021, S. 11 f.

**r20 Partizipationsschein – statutarische Vorzugsrechte; bons de participation – privilèges statutaires.**

**1.** Die Vorzugsaktien geniessen gegenüber den Stammaktien Vorrechte, die ihnen in den ursprünglichen Statuten oder Statutenänderungen ausdrücklich eingeräumt werden. Das Gleiche gilt für das Partizipationskapital. **2.** Strittig war vorliegend, ob eine Anfechtung des statutenwidrigen Generalversammlungsbeschlusses nötig ist, damit die berechnete Person die ihr statutarisch zustehenden Rechte geltend machen kann. **3.** Gemäss früherer Rechtsprechung wurden Dividendenvorrechte im Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses der Generalversammlung in Form einer Forderung konkretisiert. **4.** Es bedurfte keiner besonderen Beschlussfassung, solange die Statuten die Verteilung des Bilanzgewinnes sowie den Umfang der Vorrechte ausreichend regelten. **5.** Nach vorliegender neuer Rechtsprechung wird demgegenüber eine Anfechtung des Beschlusses vorausgesetzt. **6.** Denn nur bei einer Pflicht zur Anfechtung ist gewährleistet, dass die pflichtwidrige Missachtung von Privilegien bei allen Betroffenen gleichermassen beseitigt wird. **7.** Dem Partizipanten stehen nach Art. 656a Abs. 2 i.V.m. Art. 706 OR die gleichen Anfechtungsrechte wie dem Aktionär zu.

BGer, 21. Januar 2021, 4A\_98/2020 (A. gegen B. AG), zur Publikation vorgesehen; AJP 5/2021, S. 678 ff.; LawInside Droit des sociétés, 14 mai 2021, n° 1054; ius.focus 4/2021, Nr. 90.

### 3. Organisation Organisation

#### **r21 Organisationsmangel; carence dans l'organisation.**

1. Die Vorinstanz stellte fest, dass bei der Beschwerdegegnerin Organisationsmängel im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR bestehen. Es fehle der Gesellschaft sowohl an (gültig gewählten) Mitgliedern des Verwaltungsrates als auch an einer (gültig gewählten) Revisionsstelle. 2. Indes wurde nicht ein Sachwalter ernannt, sondern es rechtfertigte sich, C. als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift einzusetzen und die (bereits im Handelsregister eingetragene, allerdings nicht gültig gewählte) D. AG als Revisionsstelle zu bestätigen. 3. Der Beschwerdeführer führte an, dass gegen das eingesetzte Verwaltungsratsmitglied ein Strafverfahren laufe und dieses im Übrigen die Interessen der Gesellschaft unzureichend wahrnehme. 4. Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass es beim Organisationsmangelverfahren grundsätzlich nicht darum gehen kann, die wirtschaftliche Richtigkeit von Geschäftsentscheiden der Gesellschaftsorgane zu überprüfen. 5. Bei mangelhafter Aufgabenerledigung eines Organs stünden andere Behelfe, wie beispielsweise die Verantwortlichkeitsklage, zur Verfügung.

BGer, 16. September 2020, 4A\_412/2020 (A. gegen B. AG); GesKR 4/2020, S. 554; SZW 5/2020, S. 577 ff.; ius.focus 11/2020, Nr. 280.

#### **r22 Organisationsmängel – Verhältnismässigkeit; carence dans l'organisation – principe de proportionnalité.**

1. Infolge schwerwiegender Organisationsmängel wurde vom Einzelrichter bei der Beschwerdeführerin eine einmalige Frist zur Behebung des Mangels angesetzt. 2. Die Beschwerdeführerin stellte den Antrag, Herr B. durch das Gericht als Verwaltungsrat für ein Jahr einzusetzen, *eventualiter* sei durch das Gericht eine Generalversammlung zwecks Wahl eines Verwaltungsrates anzusetzen. 3. Der Einzelrichter löste die Beschwerdeführerin mit Urteil auf und ordnete ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an. 4. Zur Begründung führt er im Wesentlichen an, dass es nicht Sache des Gerichtes sei, Organisationsmängel zu beheben, welche die Aktionäre ohne

weiteres selbst beseitigen könnten. 5. Dieser Entscheidung wurde vom Bundesgericht bestätigt, da vorliegend kein zerstreuter Aktienbesitz vorlag, welcher eine Universalversammlung praktisch verunmöglichte oder das Aktionariat einer Pattsituation bzw. einer Blockade unterstand.

BGer, 5. Oktober 2020, 4A\_439/2020 (A. AG gegen Handelsregisteramt des Kantons Zürich); GesKR 4/2020, S. 555; BR 6/2020, S. 344; RR-VR 6/2020, S. 11; SZW 5/2020, S. 577; AJP 2/2021, S. 168 ff.; ius.focus 12/2020, Nr. 308.

#### **r23 Organisationsmangel – Streitwert; carence dans l'organisation – valeur litigieuse.**

1. In der Rechtsprechung besteht eine Tendenz, den Streitwert im Organisationsmangelverfahren nach dem nominalen Gesellschaftskapital zu bemessen. 2. In anderen Entscheidungen hat das Bundesgericht demgegenüber auf die wirtschaftliche Auswirkung der möglichen Massnahmen nach Art. 731b OR abgestellt. 3. Wie es sich verhält, konnte vorliegend dahingestellt bleiben. 4. Denn: Soll ein höherer als der im kantonalen Entscheid angegebene Streitwert massgebend sein, obliegt es der beschwerdeführenden Partei, zum Erreichen des Mindestwertes nähere Angaben zu machen, die dem Bundesgericht eine Festsetzung des Streitwertes nach Ermessen gestatten würde. 5. Der Beschwerdeführer legt demgegenüber seine Sicht der Vorgänge unter dem Titel «Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung» dar. 6. In der Sache wurde eine unrichtige Anwendung von Art. 731b OR beanstandet. 7. Dabei unterlässt es der Beschwerdeführer, hinreichend auf Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG und die zu dieser Bestimmung entwickelten Voraussetzungen Bezug zu nehmen. 8. Auf die Beschwerde in Zivilsachen wurde nicht eingetreten.

BGer, 17. September 2020, 4A\_387/2020 (A. gegen B. GmbH); AJP 2/2021, S. 168 ff.

#### **r24 Organisationsmangel – Streitwert; carence dans l'organisation – valeur litigieuse.**

1. Dass der Streitwert des vorliegenden Organisationsmangelverfahrens unabhängig von der konkret klagenden Person und deren konkreten Interessen einheitlich festgesetzt werden muss, drängt sich insbesondere auch deshalb auf, weil sich im *erga omnes* wirkenden Organisationsmangelverfahren nachträglich auch noch weitere Personen als streitgenössische Nebenintervenienten selbständig am Verfahren beteiligen können. 2. Darin besteht letztlich ein zentraler Unterschied zum Verfahren auf Wiedereintragung einer aus dem Handelsregister gelöschten Gesellschaft gemäss Art. 164 aHRegV, bei welchem sich der Streitwert nach dem konkreten wirtschaftlichen Interesse der gesuchstellenden Partei bemisst. 3. Zusammengefasst ist der Streitwert in einem Organisationsmangelverfahren stets pauschalisiert zu bestimmen, nämlich nach dem jeweils höchsten (bekannten) Wert aus den drei relevanten Kenngrössen von (i) no-



minellem Grundkapital, (ii) tatsächlichem Jahresumsatz und (iii) tatsächlich vorhandenen Aktiven.

*OGer, Zürich, 15. März 2021, HE210053 (A. gegen B. AG).*

**r25 Indépendance de l'organe de révision – non-respect de l'obligation de ne pas contrôler ses propres travaux – proportionnalité – retrait de l'agrément d'expert-réviseur; Unabhängigkeit der Revisionsstelle – Nichteinhaltung des Gebotes der Nicht-Überprüfung eigener Arbeiten – Verhältnismässigkeit – Entzug der Zulassung als Revisor.**

1. Dans le cadre du contrôle restreint, l'art. 729 al. 2 CO autorise la collaboration à la tenue de la comptabilité ainsi que la fourniture d'autres prestations (p. ex. l'établissement de décomptes TVA ou de déclarations fiscales) à la société soumise au contrôle, à condition que le risque de contrôle de son propre travail soit atténué par la mise en place de mesures appropriées sur le plan de l'organisation et du personnel (cf. art. 729b al. 1 ch. 3 CO). 2. La co-signature d'un rapport d'audit par un réviseur impliqué dans la comptabilité en l'absence de documentation adéquate est contraire à la garantie d'indépendance du contrôle restreint (art. 729 CO) et aux règles déontologiques pertinentes. 3. Les directives internes illégales du cabinet d'audit à l'instar d'une éventuelle organisation interne défectueuse de celui-ci ne sont pas de nature à atténuer ou éliminer la violation du devoir du réviseur responsable. 4. Compte tenu de l'importance des exigences d'indépendance en matière de révision ainsi que de la surveillance non systématique de l'ASR, le retrait de l'agrément de réviseur en cas de manquements graves est une mesure nécessaire et proportionnée car ce retrait n'entraîne qu'une limitation des activités et non une interdiction d'exercer la profession.

*TAF, 8 juin 2020, B-3781/2018 (X. contre ASR); GesKR 3/2020, S. 453.*

#### 4. Verantwortlichkeit Responsabilité

**r26 Verantwortlichkeit – Löschung der Gesellschaft im Handelsregister; responsabilité – radiation de la société du registre du commerce.**

1. Klage wegen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit aufgrund diverser sorgfaltswidriger Handlungen zum Nachteil der Gesellschaft und deren Gläubigern, namentlich die Gewährung eines Darlehens ohne Si-

cherheiten im Umfang von 87,65% aller Aktiven in ein Hochrisikogeschäft zur Realisierung von 960 Einfamilienhäusern in Usbekistan. 2. Bei der «Abtretung» nach Art. 260 SchKG handelt es sich nicht um eine Abtretung im zivilrechtlichen Sinne, sondern vielmehr um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut *sui generis*. 3. Die Löschung der Gesellschaft hat mithin in Bezug auf die Möglichkeit, eine nach Art. 260 SchKG abgetretene Forderung durchzusetzen, keine Auswirkung. 4. Eine effektive Wiedereintragung ist hierfür nicht erforderlich. 5. Die Verantwortlichkeitsklage wurde gutgeheissen, eine Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz vom Bundesgericht abgewiesen.

*BGer, 19. August 2020, 4A\_19/2020 (A. gegen B. AG und C. AG); BGE 146 III 441; GesKR 4/2020, S. 555; GesKR 1/2021, S. 114; ZZZ 52/2020, S. 325; AJP 12/2020, S. 1619; ZBJV 157/2021, S. 43; RR-VR 6/2020, S. 11; LawInside Droit des sociétés, LP, 16 octobre 2020, n° 976; ius.focus 10/2020, Nr. 255.*

**r27 Verantwortlichkeit – Abtretung gemäss Art. 260 SchKG; responsabilité – cession selon l'art. 260 LP.**

1. Nach erfolgter Abtretung gemäss Art. 260 SchKG hat die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister keinen Einfluss mehr auf die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger. 2. Entscheidend ist, dass in tatsächlicher Hinsicht im Zusammenhang mit dem Bau des Lötschbergtunnels von einer Auftragsausführung durch die D. AG auszugehen ist, die Entschädigung dafür aber teilweise nicht bei der D. AG verblieb, sondern bei einer neu gegründeten Firma der verantwortlichen Organe eingegangen ist (Simulation des Vertrages). 3. Durch die Verschleierung der tatsächlichen Ausführung der Auftragsnachträge sowie zu hohen Lohnforderungen/Bonuszahlungen/Reisespesen erachtete auch das Bundesgericht die Voraussetzungen für ein pflichtwidriges Handeln im Sinne von Art. 717 Abs. 1 i.V.m. Art. 754 OR als erfüllt.

*BGer, 29. September 2020, 4A\_251/2020 (A. und B. gegen C. AG); GesKR 1/2021, S. 114; ius.focus 1/2021, Nr. 10.*

**r28 Verantwortlichkeitsklage – Revisionshaftung; action en responsabilité – responsabilité dans la révision.**

1. Aufgrund einer für die Beklagte erkennbaren offensichtlichen Überschuldung hätte diese gemäss Art. 729c OR als Revisionsstelle anstelle des Verwaltungsrates ersatzweise das Gericht benachrichtigen müssen. 2. Ist ein Schaden ziffernmässig nicht nachweisbar, wie regelmässig bei der Revisionshaftung der Fall, ist dieser laut Art. 42 Abs. 2 OR nach gerichtlichem Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Die Beweislast verbleibt

beim Kläger, die Behauptungs- und Substanziierungslast ist indes eingeschränkt. **3.** Grundsätzlich sind Tatsachenbehauptungen mit den entsprechenden Beweismitteln respektive Beweisansprüchen gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO in den Rechtsschriften selbst vorzubringen. **4.** Ein Verweis auf Beilagen zur Sachbehauptung ist nur ganz ausnahmsweise zulässig. **5.** Es ist weder am Gericht noch an der Gegenpartei, aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammenzusuchen. **6.** Den vom Kläger geltend gemachten Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung konnte das Gericht nur schätzen, womit dieser unzureichend dargetan wurde.

*HGer, Zürich, 31. März 2020, HG180035 (A1. Ltd und B. sowie Abtretungsgläubiger der Konkursmasse der C. AG in Liq. bestehend aus: A1. Ltd, A2. Ltd, D. und E. AG als Abtretungsgläubiger der Konkursmasse der F. SA in Liq. gegen G. AG).*

#### **r29 Revisionshaftung; responsabilité dans la révision.**

**1.** Gemäss Bundesgericht durfte die Vorinstanz (vorstehende r28; HGer Zürich HG180035 vom 31. März 2020) ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, dass die Beschwerdeführer die Höhe der geltend gemachten Überschuldung nicht hinreichend substantiierten. **2.** Der Verzicht auf die Einholung des beantragten Gutachtens verletze nicht Art. 152 ZPO sowie die Instruktionspflicht gemäss Art. 185 ZPO. **3.** Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus.

*BGer, 19. Januar 2021, 4A\_218/2020 (A1. Ltd und B. sowie Abtretungsgläubiger der Konkursmasse der C. AG in Liq. bestehend aus: A1. Ltd, A2. Ltd, D. und E. AG als Abtretungsgläubiger der Konkursmasse der F. SA in Liq. gegen G. AG); ius.focus 4/2021, Nr. 92.*

### **5. Zwangsvollstreckung – Auflösung der Aktiengesellschaft Exécution forcée – dissolution de la société anonyme**

#### **r30 Paulianische Anfechtungsklage – Sanierung einer Aktiengesellschaft mittels Stillhaltevereinbarung; action révocatoire – assainissement de la société au moyen d'un accord de moratoire.**

**1.** Die Verlängerung von Kreditlimiten verbunden mit der Zustimmung zu einem Asset Deal samt Abschlagszahlungen zwischen einer Bauunternehmung und fünf Banken wird als Sanierungsdarlehen qualifiziert, solange zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung die Durchführung einer ordentlichen Liquidation mit Befriedung aller nicht rücktrittsbelasteten Forderungen als realistisch erachtet werden durfte. **2.** Die Schädigungsabsicht der Absichtspauliana fehlt, wenn der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpft und diese erfolgsversprechend erscheint. **3.** Erscheinen die Sanierungsbemühungen hinreichend erfolgsversprechend, so nimmt der

Schuldner keine Gläubigerbegünstigung bzw. -schädigung in Kauf.

*BGer, 8. September 2020, 5A\_671/2018 (A. AG Bauunternehmung in Nachlassliquidation vertreten durch die Liquidatorin H. AG gegen Bank B., Bank C., Bank D., Bank E. und Bank F.); GesKR 1/2021, S. 132; ZZZ 52/2020, S. 359; ZZZ 53/2020, S. 430; AJP 3/2021, S. 412; RR-VR 1/2021, S. 12; SZW 5/2020, S. 519 ff.; SZW 1/2021, S. 93; ius.focus 12/2020, Nr. 317; SZZP 1/2021, S. 60.*

#### **r31 Surendettement d'une start-up – gestion fautive; Überschuldung eines Start-up – Misswirtschaft.**

**1.** En l'espèce, selon l'état de fait retenu par le juge de la faillite, un surendettement (art. 725 al. 2 CO) dès l'origine de la société devait être admis – lequel ne disparaît d'ailleurs à aucun moment –, et il existait un doute que le capital-actions n'ait jamais été libéré; par conséquent le conseil d'administration était en principe tenu d'en aviser le juge. **2.** Le fait que la société soit une « start-up » ne l'exonère pas des règles légales, et les art. 165 CP (gestion fautive) et 725 CO s'appliquent, en principe, à elle. **3.** En l'absence de toute mesure d'instruction, le Ministère public ne pouvait exclure une violation grave de l'art. 725 al. 2 CO et l'ordonnance de non-entrée en matière a donc été annulée.

*CJ, Genève, 5 février 2021, ACPR/73/2021 (A. contre Ministère public de la République et canton de Genève).*

### **6. Übrige Handelsgesellschaften Autres sociétés commerciales**

#### **r32 GmbH – vorsorgliche Massnahmen – Grundbuchsperrre bei Pattsituation; Sàrl – mesures provisionnelles – blocage du registre foncier en cas de situation de blocage.**

**1.** Da vorliegend die B. GmbH (die Gesuchgegnerin) vollkommen paritätisch organisiert war, d.h. die beiden Gesellschafter stimmenmässig mit je 50% gleichberechtigt und zugleich mit Einzelunterschrift als Geschäftsführer tätig waren, lag zufolge des Zerwürfnisses zwischen den Parteien (noch Ehegatten) eine systematische Blockade/Pattsituation vor. **2.** Die Gesuchstellerin vermochte Pflichtverletzungen nachvollziehbar und plausibel darzulegen (Überweisung von Mietzinsen auf Privatkonto), worauf die Gefahr eines künftig weiteren Entzuges von Vermögenswerten respektive einer Schädigung der Gesellschaft glaubhaft gemacht werden konnte. **3.** Das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen wurde gutgeheissen. **4.** Das Grundbuch wurde insbesondere angewiesen, bezüglich der sich im Ge-

schäftsvermögen befindenden Liegenschaft eine Grundbuchsperre anzumerken.

OGer, Bern, 28. April 2020, HG 20 24 (A. gegen B. GmbH); AJP 2/2021, S. 168 ff.

**r33 Stiftung – Aufsichtsmaßnahmen – Einsetzung eines Sachwalters; *fondation – mesures de surveillance – nomination d'un commissaire.***

1. Zur Stiftungsaufsicht gehört die Prüfung einer allfälligen Zweckgefährdung oder Zweckentfremdung unter Einbezug von Organisationsfragen. 2. Nachdem nur ein kleiner Teil der Hilfeleistungen an die Destinatäre ausgeschüttet wurde, untersagte die Stiftungsaufsicht der Beschwerdeführerin ab sofort bis zum Vorliegen eines von der Vorinstanz geprüften Konzeptes der Mittelaquisition und -verwendung das Sammeln von Spenden in der Schweiz und die Mittelzuweisung an Empfänger in der Ukraine sowie weiterer Regionen gemäss Stiftungszweck. 3. Die Verwaltung der Stiftung durch einen Sachwalter gemäss Art. 83d ZGB erscheint angesichts der dargelegten Umstände angezeigt, zumal die Beschwerdeführerin offenbar selbst nicht in der Lage ist, die anstehenden Aufgaben zu bewältigen.

BVGer, 29. Oktober 2020, B-5915/2019 (X. Stiftung gegen EDI).

**r34 Stiftung – Aufsichtsmaßnahmen; *fondation – mesures de surveillance.***

1. Stiftungen bedürfen der Eintragung im Handelsregister (Art. 52 Abs. 1 und 81 Abs. 2 ZGB). 2. Der Eintrag im Handelsregister umfasst unter anderem auch die Stiftungsaufsichtsbehörde (Art. 96 HRegV). 3. Wurde eine Tatsache im Handelsregister eingetragen, so kann gemäss Art. 936b OR niemand einwenden, er habe sie nicht gekannt. 4. Der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (ESA) hat ein Handelsregistereintrag vorgelegen, der die AS-SO als zuständige Stiftungsaufsichtsbehörde ausweist und sich auf eine unangefochten gebliebene Übernahmeverfügung stützt. 5. Es kann deshalb nicht beanstandet werden, dass die ESA ihre Zuständigkeit abgelehnt hat. 6. Gemäss Bundesgericht hat der Beschwerdeführer übersehen, dass der ESA keine Oberaufsicht über die kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden zukommt. Die Aufsichtsbehörden sind koordiniert, nicht subordiniert.

BVGer, 11. März 2021, 5A\_840/2020 (A. gegen EDI, ESA und GS-EDI).

**r35 Einfache Gesellschaft – Wahl des Verwertungsmodus durch die Aufsichtsbehörde; *société simple – choix du mode de réalisation par l'autorité de surveillance.***

1. Gegen einen Ehegatten der Eheleute A., als Gesamteigentümer zufolge einfacher Gesellschaft eines Grundstückes in U., sind diverse Betreibungen hän-

gig. 2. Wird die Verwertung eines Anteilsrechtes an einem Gemeinschaftsvermögen verlangt, so versucht das Betreibungsamt in einem ersten Schritt, zwischen den pfändenden Gläubigern, dem Schuldner und den anderen Teilhabern der Gemeinschaft eine gütliche Einigung herbeizuführen. 3. Falls keine Einigung gefunden werden kann, wird die Angelegenheit an die betreibungsrechtliche Aufsichtsbehörde weitergeleitet. 4. Bei dieser Etappe der Verwertung bleibt kein Platz mehr für das Aushandeln einer Vereinbarung. 5. Welche Anordnung die Aufsichtsbehörde für angebracht hält, entscheidet sie aufgrund der gesetzlichen Möglichkeiten des Zwangsvollstreckungsrechts. Ordnet die Aufsichtsbehörde die Auflösung der einfachen Gesellschaft an, so sind die diesbezüglichen Abmachungen im Gesellschaftsvertrag nicht mehr von Belang. 6. Ob und unter welchen Voraussetzungen im Rahmen der Auflösung der einfachen Gesellschaft und Liquidation des Gesamtvermögens ein Zuweisungsanspruch des Ehegatten geltend gemacht werden kann, war vorliegend nicht zu klären.

BGer, 3. August 2020, 5A\_1010/2019 (A. gegen B. AG, C. AG, D. AG, E. AG, F. GmbH und G.A.); GesKR 4/2020, S. 554; ius.focus 11/2020, Nr. 291.

**r36 Société simple – prêt paritaire; *einfache Gesellschaft – partiarisches Darlehen.***

1. Un prêt paritaire se caractérise par le fait qu'un bailleur de fonds se voit promettre, en sus ou non d'intérêts, une participation au gain aléatoire qui dépend du succès d'une entreprise ou d'une opération déterminée de l'emprunteur. 2. Même si le prêteur a le droit de surveiller l'activité de l'emprunteur, il n'en devient pas pour autant l'associé car l'*animus societatis*, élément caractéristique de la société simple, lui fait défaut. 3. Cependant, lorsque le bailleur de fonds se réserve le droit d'être consulté sur l'activité de l'entreprise voire d'y collaborer, il existe un fort indice de société simple (p. ex. tacite). 4. Le fait de participer aux risques et aux pertes constitue également un indice de société simple permettant de démarquer celle-ci d'un prêt paritaire, mais la jurisprudence ne lui accorde toutefois pas de poids décisif.

TF, 26 février 2021, 4A\_276/2020 (A. contre E. SA); ius.focus 5/2021, Nr. 119.

**r37** *Société simple – renonciation à une prestation comme apport – distinction fait/droit; einfache Gesellschaft – Verzicht auf eine Leistung als Einlage – Unterscheidung Tatbestand/Recht.*

1. Le fait qu'une renonciation à des prestations constitue un apport est difficile à démontrer lorsque l'accord découle d'actes concluants et non d'un contrat formalisé définissant les apports à effectuer. 2. L'apport constituant une notion juridique (cf. art. 531 al. 1 CO), il incombe à l'associé d'établir les circonstances factuelles permettant d'inférer en droit que la renonciation constitue un sacrifice auquel il s'est obligé afin de favoriser le but social commun (ici : valoriser un hôtel pour réaliser un bénéfice lors de sa vente). 3. En présence d'une société simple convenue par actes concluants, il convient effectivement d'établir l'ensemble des actes indices et autres circonstances pertinentes permettant de déduire que les parties auraient exprimé la volonté de poursuivre un but commun et de constituer une société simple par actes concluants, et des facilités de preuve ne peuvent être concédées.

TF, 26 février 2021, 4A\_421/2020 (A. contre Z.) ; *ius.focus* 5/2021, Nr. 118.

Il a été tenu compte des publications suivantes (avec l'abréviation retenue):

Folgende Publikationen sind bearbeitet worden (mit Abkürzungsliste):

**AJP** (Aktuelle Juristische Praxis = PJA): 2020 (1–12) 2021 (1–5). **Anwaltsrevue** (Praxismagazin des Schweizerischen Anwaltsverbandes = Revue de l'avocat): 2020 (1–12) 2021 (1–4). **ATAF** (Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral = BVGE): 2020–2021. **ATF** (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral = BGE): 146 I (1–19), II (1–30), III (1–47), IV (1–39), V (1–34), 147 III (1–6), IV (1–

7), V (1–11). **BGE** (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts): cf. ATF. **BR** (Baurecht = DC): 2020 (1–6) 2021 (1–2). **BVGE** (Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts): cf. ATAF. **DC** (Droit de la construction): cf. BR. **GesKR** (Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierung): 2020 (1–4) 2021 (1). **INGRESnews** (Institut für gewerblichen Rechtsschutz): 2020 (1–206) 2021 (1–64). **ius.focus** (Aktuelle Rechtsprechung kompakt): 2020 (1–12) 2021 (1–5). **KGEBL** (Entscheide des Kantonsgerichts Basel-Landschaft): 2020, 2021. **LawInside.ch** (Résumés gratuits des arrêts du Tribunal fédéral destinés à la publication): Droit des sociétés 2020, 2021. **PCEF** (Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée): cf. ZZZ. **PJA** (Pratique juridique actuelle): cf. AJP. **Revue de l'avocat**: cf. Anwaltsrevue. **RJB** (Revue de la Société des juristes bernois): cf. ZBJV. **RR-VR** (Recht relevant für Verwaltungsräte): 2020 (1–6) 2021 (1–2). **RSDA** (Revue suisse du droit des affaires et du marché financier): cf. SZW. **RSPC** (Revue suisse de procédure civile): cf. SZWP. **sic!** (Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht = Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence): 2020 (1–12) 2021 (1–5). **SJI** (La Semaine judiciaire – jurisprudence): 2020 (1–40) 2021 (1–18). **SZW** (Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht = RSDA): 2020 (1–6) 2021 (1). **SZZP** (Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht = RSPC): 2020 (1–5) 2021 (1–2). **ZBJV** (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins = RJB): 2020 (1–12) 2021 (1–4). **ZZZ** (Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht = PCEF): 2020 (49–52) 2021 (53).