

**Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Handelsgesellschaften und Genossenschaften)
und im Wertpapierrecht
Le point sur le droit des sociétés (sociétés commerciales et société coopérative)
et des papiers-valeurs**

*Prof. Dr. Peter Forstmoser (Zürich)**

Auch im dritten Jahr nach der Einführung des revidierten Aktienrechts hat die Diskussion über aktienrechtliche Themen Judikatur und Literatur dominiert. Durch eine Reihe von teils höchstrichterlichen Entscheidungen wurden praktisch bedeutsame und oft stark umstrittene Fragen des revidierten Rechts geklärt. Sodann sind zum neuen Recht zahlreiche Monographien und mehrere Standardwerke erschienen.

A. Rechtsprechung

I. Aktienrecht

1. Grundkapital und Grundkapitalschutz

a) Genehmigte und bedingte Kapitalerhöhung (OR 651 ff., 653 ff.)

In einem Grundsatzurteil vom 25. April 1995 in Sachen Schweiz. Bankgesellschaft gegen BK Vision AG nimmt das Bundesgericht insbesondere zu den

Schranken der Delegation von Kompetenzen an den Verwaltungsrat im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen Stellung: Der Entscheid über die Aufhebung oder Einschränkung des Bezugsrechts ist sowohl bei der genehmigten wie auch bei der bedingten Kapitalerhöhung grundsätzlich von der Generalversammlung zu treffen. Eine Delegation an den Verwaltungsrat ist jedoch entsprechend der Bundesgerichtspraxis zum alten Recht (BGE 117 II 290 ff. in Sachen Canes/Nestlé) weiterhin zulässig, sofern die Generalversammlung in ihrem Beschluss die wesentlichen Zwecke nennt und damit Grundsatz sowie Leitlinien markiert. Die genannten Gründe können der exemplarischen Aufzählung im Gesetz (OR 652b II) entsprechen.

Bei der bedingten Kapitalerhöhung ist der Kreis der Wandel- oder Optionsberechtigten in den Statuten anzugeben. Bestehen mehrere Gruppen (Mitarbeiter neben Aktionären), ist zahlenmässig zu bestimmen, welcher Anteil maximal für welche Gruppe zur Verfügung stehen soll (BGE 121 III 219 ff.).

b) Überschuldung einer AG, Konkursaufschub (OR 725 f.)

* Ich danke Frau Catrina Luchsinger Gähwiler für die Zusammenstellung des Materials.

Es stellt keinen überspitzten Formalismus dar, wenn der Konkursrichter von einer Gesellschaft mangels anderer rechtsgenügender Unterlagen eine von einer Revisionsstelle geprüfte Zwischenbilanz verlangt, bevor er den Konkursaufschub bewilligt.

Das Bundesgericht erinnert in diesem Fall auch daran, dass die Gesellschaft bei Demission der bisherigen Revisionsstelle während des Geschäftsjahres unverzüglich eine Neuwahl in einer ausserordentlichen Generalversammlung vorzunehmen hat (BGE 120 II 425 ff.).

Wird ein Konkursaufschub beantragt, dann sind die gemäss Sanierungsplan vorgesehenen organisatorischen und finanziellen Massnahmen daraufhin zu überprüfen, ob sie den Wiederaufbau der Gesellschaft mit grosser Wahrscheinlichkeit herbeizuführen vermögen. Bei der Beurteilung der Sanierungsfähigkeit hat der Richter auch die Interessen der Gläubiger, der Gesellschaft und der Allgemeinheit am Weiterbestand bzw. an der Liquidation der Gesellschaft in seine Entscheidung einzubeziehen (ZR 1995 Nr. 60 S. 184 ff.).

c) Überschuldungsanzeige (OR 725 II)

Zwei weitere in der ZR veröffentlichte Entscheide befassen sich mit der Überschuldungsanzeige:

Hat die Revisionsstelle dem Richter die Überschuldung angezeigt, weil keine oder eine mangelhafte Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates vorlag, ist ein Konkursaufschub auf Begehren des Verwaltungsrates nicht mehr möglich (ZR 1995 Nr. 50 S. 151 ff.).

Ein Willensvollstrecker ist grundsätzlich nicht legitimiert, anstelle eines verstorbenen Verwaltungsrates und Alleinaktionärs die Überschuldungsanzeige vorzunehmen (ZR 1995 Nr. 51 S. 154 ff.).

2. Rechte und Pflichten der Aktionäre, Informationsrecht von Gläubigern

a) Vertretung der Aktienkategorien im Verwaltungsrat (altOR 708 IV, revOR 709 I und OR 762)

Das Recht jeder Aktienkategorie auf Vertretung im Verwaltungsrat wird als wohlervorben bezeichnet. Das Vorschlagsrecht der Stammaktionäre für einen Verwaltungsrat aus ihren Reihen ist jedoch dann kein wohlervorbenes Recht im Sinne von altOR 646 mehr, wenn seit längerer Zeit eine faktische Gleichstellung zwischen Prioritäts- und Stammaktionären bestanden hat.

Unterschiedliche Aktienkategorien liegen nur vor, wenn die Vorrechte in den Statuten ausdrücklich vorgesehen und festgelegt sind und sie einen tatsächlichen und länger dauernden Unterschied in der Rechtsstellung verursachen.

Das Entsendungsrecht des Gemeinwesens nach OR 762 begründet keine eigene Aktionärskategorie, weshalb dadurch den Privataktionären kein Anspruch auf ein Vorschlagsrecht verschafft wird (BGE 120 II 47 ff.).

b) Delegationsrecht von Körperschaften des öffentlichen Rechts (OR 762)

Voraussetzung dafür, dass Körperschaften des öffentlichen Rechts nach altOR 762 einen Vertreter in den Verwaltungsrat abordnen können, ist, dass sie entweder ein öffentliches Interesse an der betreffenden Gesellschaft haben oder dass sie sich am Aktienkapital beteiligt haben. Sodann muss das Delegationsrecht in den Statuten ausdrücklich erwähnt sein (ZWR 1993 270 ff.).

Vgl. auch den soeben in lit. a) erwähnten Entscheid.

c) Übernahme von Aktien ohne Börsenkurs durch die AG: Bestimmung des wirklichen Werts (altOR 686 IV, revOR 685b IV)

Der Liquidationswert ist nicht notwendig der tiefstmögliche wirkliche Wert. Vielmehr ist darauf nur dann abzustellen, wenn auf Grund der konkreten Situation anzunehmen ist, dass die Gesellschaft in naher Zukunft liquidiert wird. Ansonsten hat die Bewertung unter der Annahme der Fortführung des Unternehmens zu erfolgen. Massgebend ist dabei der Wille der Entscheidungsträger der Gesellschaft, auch wenn diese nicht den höchstmöglichen Ertrag anstreben. Das Bundesgericht bringt an diesen allgemeinen Regeln freilich Vorbehalte an, so etwa für den Fall, dass die Rentabilität absichtlich tief gehalten wird, und allgemein für Missbrauchsfälle (BGE 120 II 259 ff.).

d) Recht auf Sonderprüfung (OR 697a ff.)

Der Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers im Sinne von OR 697b ist ein selbständiges Mitgliedschaftsrecht, dessen Verletzung – bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – mit Berufung ans Bundesgericht angefochten werden kann.

Das Recht auf Sonderprüfung besteht auch dann, wenn sich die zu prüfenden Sachverhalte noch unter altem Recht ereignet haben.

Die Kläger haben als materielle Voraussetzung die Verletzung von Gesetz oder Statuten durch Gründer oder Gesellschaftsorgane sowohl bezüglich der Tat wie auch der Rechtsfragen glaubhaft zu machen. Dafür genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit (BGE 120 II 393 ff.).

e) Auskunfts- und Einsichtsrecht des Verwaltungsrates bzw. des Aktionärs (OR 715a, 697)

Ein umfassendes Auskunfts- und Einsichtsrecht steht lediglich dem Verwaltungsratsmitglied der AG,

nicht aber dem gewöhnlichen Aktionär zu. Mit dem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat erlöschen die spezifischen Informationsrechte als Verwaltungsratsmitglied, selbst wenn die Unterlagen, in die Einsicht verlangt wird, auf die Amtszeit zurückgehen (Handelsgerichtspräsident St. Gallen, GVP 1993 Nr. 37, SJZ 1995 218 f.).

f) Einsicht in die Jahresrechnung und den Revisionsbericht (OR 697h)

Der Bestimmung, wonach einem Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen (vgl. OR 697h II) der Revisionsbericht und die genehmigte Jahresrechnung vorzulegen sind, wird nicht damit Genüge getan, dass einem Gläubiger *irgendwelche* Unterlagen zur Einsicht vorgelegt werden. Vielmehr muss sich daraus Transparenz über die wirtschaftliche Situation der AG ergeben (ZR 1995 Nr. 41 S. 129 ff.).

3. Organe und Organisation

a) Haftung für unerlaubte Handlungen eines Organs (OR 722)

Nach altOR 718 III (bzw. revOR 722) haftet die AG für die unerlaubten Handlungen eines Organs. Massgebend ist dabei der *materielle Organbegriff*, wonach Organ ist, wer selbständig grundlegende Entscheidungen treffen und damit tatsächlich Geschäftsführungsfunktionen wahrnehmen kann. Ob die betreffende Person die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft hat, ist nicht entscheidend. Auch wird eine Haftung nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Organ im eigenen Interesse und nicht in demjenigen der Gesellschaft gehandelt hat.

Die Gesellschaft wird allenfalls selbst dann für unerlaubte Handlungen eines Organs haftbar, wenn der Geschädigte nicht gutgläubig im Sinne von ZGB 3 II war. Doch ist dieser Umstand bei der Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes zu berücksichtigen (BGE 121 II 176 ff.).

b) Einberufung einer Generalversammlung (OR 699)

Die Einladung zu einer Universalversammlung ohne Bekanntgabe der Traktanden erfüllt das Recht des Aktionärs auf Einberufung einer Generalversammlung im Sinne von OR 699 III nicht und ist daher als Verweigerung des Begehrens im Sinne von OR 699 IV zu betrachten (ZR 1995 Nr. 43 S. 135 ff.).

c) Ernennung der Revisionsstelle durch den Richter (OR 727f)

Verhindert eine Gesellschaft die richterliche Ernennung einer Revisionsstelle (durch Nichtbezahlung des verlangten Vorschusses), dann rechtfertigt sich als

schärfste Zwangsmassnahme die Auflösung der Gesellschaft. Aus Gläubigerschutzgründen hat die Liquidation im konkursamtlichen Verfahren zu erfolgen (ZR 1995 Nr. 42 S. 132 ff.).

Die Prüfung der Voraussetzungen zur Ernennung der Revisionsstelle durch den Richter (OR 727f) fällt in die abschliessende Kompetenz des Handelsregisterführers. Der Gesellschaft steht kein Vorschlags- oder Wahlrecht mehr zu, sie kann lediglich noch beschränkte Einwendungen gegen die seitens des Richters vorgeschlagene Revisionsstelle (etwa wegen mangelnder Befähigung) vorbringen (AGVE 1993 Nr. 8).

d) Einsicht in Arbeitspapiere der Revisionsstelle

Es besteht kein klares Recht im Sinne von Zürcher ZPO § 222 Ziff. 2., wonach die Kontroll- bzw. Revisionsstelle einer AG oder eine mit Überprüfungen, Bewertungen und der Erarbeitung von Bilanzierungsrichtlinien und der Prüfung von Jahresabschlüssen Beauftragte dem Auftraggeber Einsicht in «sämtliche» (mit dem Auftrag zusammenhängende) «Arbeitspapiere», einschliesslich der Korrespondenzen, Besprechungsprotokolle und Handnotizen, zu gewähren hätte (ZR 1994 Nr. 7 S. 25 ff.).

e) Beistandschaft für eine AG

Nur wem aus der fehlenden Vertretung einer juristischen Person ein Nachteil erwachsen kann, ist berechtigt, die Ernennung eines Beistandes zu verlangen (BGE 120 II 5 ff.).

4. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

a) Verantwortlichkeit allgemein und Haftung der Revisionsstelle insbesondere

Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle beurteilt sich nach altem Aktienrecht, wenn die vorgeworfenen Pflichtverletzungen in der Zeit vor dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts begangen wurden.

Im konkreten Fall waren die Aktiven überbewertet, was jedoch dem Verwaltungsrat und der Generalversammlung bekannt war. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass der Umstand, dass etwaige Mängel in der Buchhaltung den Organen bekannt sind, die Revisionsstelle nicht von ihren Pflichten entlastet. Andernfalls wäre die Revisionsstelle in der Einmann-AG eine Farce und würden die Gläubiger ihres Schutzes beraubt (Entscheid des Bundesgerichts vom 15. August 1994 in *Revue jurassienne de jurisprudence* 1994 182 ff.).

b) Revisionsstelle als faktisches Organ

Eine Revisionsstelle, die ihr Mandat ausübt, ohne dafür von der Generalversammlung gewählt worden zu sein, ist als faktisches Organ jedenfalls dann zu

betrachten, wenn sie während Jahren Revisionen durchgeführt und Berichte erstattet hat, die der Generalversammlung als Grundlage für die ihr zustehenden Beschlüsse dienen. Offengelassen wird die Frage, ob die Beauftragung der Revisionsstelle durch den Alleinaktionär einer Wahl durch die Universalversammlung im Sinne von OR 703 gleichkomme (BGE 119 II 255 ff.).

c) Verantwortlichkeit bei einer ausländischen Gesellschaft, die in der Schweiz aktiv ist

Wenn eine unter ausländischem Recht gegründete Gesellschaft in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig ist, beurteilt sich die Verantwortlichkeit der im Namen der Gesellschaft handelnden Personen nach schweizerischem Recht (IPRG 159). Die Anwendung von IPRG 159 setzt im Falle einer Gesellschaft, die in der Schweiz Geschäfte tätigt, voraus, dass der Vertragspartner der Gesellschaft in gutem Glauben davon ausgehen durfte, dass es sich um eine schweizerische Gesellschaft handle. (Entscheid des Bundesgerichts vom 13. Juni 1994, SJ 1994 687 ff.).

II. Übriges Gesellschaftsrecht

a) Vgl. dazu auch das Referat Riemer in dieser Nummer

b) Persönliche Haftung des Kollektivgesellschafters

Werden in Firmendokumenten (Briefkopf eines Arbeitsvertrages und Fusszeile der Lohnabrechnung) zwei natürliche Personen aufgeführt, dann ist von einer Kollektivgesellschaft auszugehen, wenn die wirtschaftliche Zweckverfolgung mittels des Betriebs eines kaufmännischen Unternehmens erfolgt und die Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist.

Durch den Konkurs eines Gesellschafters wird die Kollektivgesellschaft aufgelöst, weshalb sich die Klage gegen den anderen Gesellschafter richten kann (ZR 1994 Nr. 41 S. 156 f.).

III. Wertpapierrecht

Tragweite des checkrechtlichen Akzeptverbots (OR 1104)

Nach OR 1104 gilt ein auf den Check gesetzter Annahmevermerk als nicht geschrieben. Dieses Akzeptverbot ist jedoch rein wertpapierrechtlich zu verstehen und schliesst nicht aus, dass sich die bezogene Bank nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln gegenüber dem Checkinhaber zur Zahlung verpflichtet hat (BGE 120 II 128 ff.).

IV. Gesellschaftsrechtlich relevante Entscheide aus anderen Rechtsgebieten

1. Strafrecht

a) Protokoll einer Generalversammlung als Urkunde

Das Protokoll einer Universalversammlung hat insoweit Urkundeneigenschaft, als es Grundlage für eine Eintragung im Handelsregister bildet. Wer an einer Universalversammlung die Erklärung des Vorsitzenden, es seien sämtliche Aktien vertreten, im Wissen um deren Unwahrheit protokolliert, ist – sofern nebst dem Vorsatz auch die Schädigungs- oder Vorteilsabsicht gegeben ist – wegen Falschbeurkundung strafbar (BGE 120 IV 199 ff.).

b) Emissionsprospekt als Urkunde

Die Herausgabe eines inhaltlich unwahren Emissionsprospekts erfüllt den Tatbestand der Falschbeurkundung. Wer inhaltlich falsche Bilanzen an der Generalversammlung präsentiert und als Präsident des Verwaltungsrates deren Publikation gestattet, macht sie den Getäuschten zugänglich und erfüllt den Tatbestand des Gebrauchs falscher Urkunden (BGE 120 IV 122 ff.).

2. Verfahrens- und Betreibungsrecht

a) Eine Zweigniederlassung kann nicht betrieben werden (BGE 120 III 11 ff.)

b) Die Betreibungsbehörden haben nicht zu prüfen, ob die im Handelsregister erfolgten Eintragungen und Löschungen gerechtfertigt sind oder nicht. Gegen den Rekurrenten, der im Zeitpunkt der Fortsetzung der Betreibung als Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft im Handelsregister eingetragen war, ist die Betreibung gemäss SchKG 39 I Ziff. 2. auf Konkurs fortzusetzen, auch wenn das Konkursverfahren über die Gesellschaft bereits vor dem Fortsetzungsbegehren mangels Aktiven eingestellt worden ist (BGE 120 III 4 ff.).

c) Der Aktionär einer konkursiten AG ist – anders als der Gläubiger der Gesellschaft – zur betreibungsrechtlichen Beschwerde nicht legitimiert (ZWR 1993 312 ff.).

d) Wenn ein im summarischen Verfahren gefällter kantonaler Entscheid kraft Bundesrechts materielle Rechtskraft hat – wie der Entscheid über das Einsichtsrecht gemäss OR 697h II –, hat der Richter eine umfassende Prüfungsbefugnis in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (BGE 120 II 354 f.).

3. Personalvorsorge

Der Alleinaktionär, der sich von seiner Gesellschaft anstellen lässt, wird hinsichtlich der Personalvorsorge als Arbeitnehmer behandelt. Dies gebietet das Kollektivitätsprinzip, wonach die Personalwohlfahrt alle Arbeitnehmer des Unternehmens umfasst. Der Einzelanschluss des Alleinaktionärs an die Sammelstiftung einer Lebensversicherungsgesellschaft bildet eine individuelle Vorsorge, die dem Prinzip der Kollektivität nicht genügt (BGE 120 Ib 199 ff.).

B. Literatur

a) Das gesamte Gesellschafts- und Wertpapierrecht wird behandelt im Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR (Basel 1994, Hg: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter). Als umfassende Gesamtdarstellungen des Aktienrechts sind soeben erschienen *Peter Böckli*: Schweizer Aktienrecht (2. A. Zürich) sowie *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*: Schweizerisches Aktienrecht (Bern). Auch an juristische Laien richten sich *Robert Meier*: Die Aktiengesellschaft (2. A. Zürich 1994) sowie *Montavon/Wermelinger*: Droit et pratique de la société anonyme (2 Bände, Lausanne 1994). Die Grundzüge des schweizerischen Aktienrechts werden dargestellt in einem von *Jean Nicolas Druey* verfassten Separatum aus dem Nachdruck 1995 von *Guhl/Koller/Druey*.

b) Neben die bewährten wirtschaftsrechtlich orientierten *Schriftenreihen* – namentlich «Berner Beiträge zum Steuer- und Wirtschaftsrecht», «Schweizer Schriften zum Bankrecht», «Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht» – sind die «Schriften zum neuen Aktienrecht» getreten, in denen kleinere Monographien veröffentlicht werden.

c) Zahlreiche Dissertationen der letzten Zeit sind aktienrechtlichen Fragen gewidmet. Zwei Habilitationsschriften ragen unter den übrigen *Monographien* heraus: *Lukas Handschin*: Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht (Zürich 1994¹) sowie

¹ Vgl. dazu ergänzend die beiden 1993 in Bern erschienenen Arbeiten von Marc Amstutz (Konzernorganisationsrecht) und Wolfgang Zürcher (Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern).

Claire Huguenin Jacobs: Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht (Zürich 1994).

d) Für *Einzelfragen* besonders ergiebig ist die Recherche in der Schweiz. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und im Schweizer Treuhänder, ferner im Jahrbuch des Handelsregisters (Zürich).

C. Rechtssetzung

a) Am 1. Januar 1995 ist ein total revidiertes *Anlagefondsrecht* in Kraft getreten. Das Gesetz ist als Rahmengesetz konzipiert. Es wird ergänzt durch je eine Verordnung des Bundesrates und der Eidg. Bankkommission.

b) Mitte 1996 (oder allenfalls gestaffelt ab Mitte 1996) soll ein neues *BG über die Börsen und den Effektenhandel* (BEHG) in Kraft treten. Dieses Gesetz und die ergänzenden Erlasse, die weitgehend von den Privaten im Wege der Selbstregulierung zu schaffen sind, werden für Publikumsgesellschaften von grosser Bedeutung sein und insbesondere deren Transparenz verbessern. Das BEHG enthält Meldepflichten für Grossaktionäre und auch eine Regelung für öffentliche Kaufangebote.

c) In einem früheren Stadium – dem der Beendigung des Vorentwurfs, der im Sommer 1996 zur Vernehmlassung freigegeben werden soll – steht ein *BG über die Fusion, Spaltung und Umwandlung*, das die durch die Praxis bereits angebahnte Flexibilisierung für Umstrukturierungen unter Vermeidung von Liquidation und Neugründung privatrechtlich regeln und steuerrechtlich ausgestalten soll.

Gleichsam als Gegenstück zu dieser Erleichterung von Fusionen soll im künftigen *Kartellgesetz*, das am 6. Oktober 1995 von der Bundesversammlung verabschiedet worden ist, eine *Kontrolle für grössere Unternehmenszusammenschlüsse* eingeführt werden (Art. 9 ff.).

d) Beabsichtigt ist sodann die Neuordnung des *Rechnungslegungsrechts*, durch welche die Vorschriften für die verschiedenen Gesellschaften harmonisiert werden sollen.

e) Im Hinblick auf das neu erwachte Interesse an der *GmbH* (vgl. SJZ 1995 123) soll diese Rechtsform – vorerst durch eine kleine Expertengruppe – überarbeitet werden.