





*b) Richterliche Ernennung einer Revisionsstelle; Auflösung einer nicht gesetzmässig organisierten AG*

Falls eine AG keine Revisionsstelle bestellt hat, kann eine solche durch den Richter ernannt werden (OR 727f). Die richterliche Ernennung kann in der Praxis daran scheitern, dass die betroffene Gesellschaft keinen Kostenvorschuss leistet.

Dieser Fall sei vom Gesetzgeber nicht vorgesehen worden, weshalb eine echte Lücke vorliege, die in richterlicher Rechtsfindung zu schliessen sei: Nach Ablauf einer Frist zur (Wieder-)Herstellung des gesetzmässigen Zustandes sei die säumige AG nach aktienrechtlichen Grundsätzen gerichtlich aufzulösen. Eine Konkureröffnung wegen Fehlens der Revisionsstelle sei dagegen nicht zulässig. (ZR 95 [1996] Nr. 41).

#### 4. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

*a) Mittelbarer und unmittelbarer Schaden*

Das Bundesgericht hat sich einmal mehr mit der Abgrenzung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht befasst. Nach bisheriger Lehre und Praxis ist massgeblich die Zuordnung des direkt entstehenden Schadens zum Vermögen der Gesellschaft bzw. des klagenden Gläubigers oder Aktionärs: Als unmittelbar wird die Schädigung eines Gläubigers oder Aktionärs dann betrachtet, wenn sie unabhängig von einer Schädigung der Gesellschaft eintritt, als mittelbar dagegen, wenn sich der Schaden von Gläubigern oder Aktionären lediglich aus einer bei der Gesellschaft eingetretenen Vermögenseinbusse ableitet.

Nach der neuesten Auffassung des Bundesgerichts ist dagegen darauf abzustellen, ob eine Pflicht gegenüber dem Gläubiger (Aktionärsklagen waren nicht zu beurteilen) oder gegenüber der Gesellschaft verletzt wurde. Im ersten Fall liege unmittelbarer Gläubigerschaden vor, im zweiten mittelbarer. (BGE 122 III 176 ff.).

Das Bundesgericht bestätigt im selben Entscheid auch die in BGE 117 II 432 ff. begründete (in der Lehre stark kritisierte) Rechtsprechung, wonach der Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft mit der Konkureröffnung abgelöst wird durch einen betragsmässig deckungsgleichen Anspruch der Gläubiger-gesamtheit, wobei die beiden Ansprüche hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen übereinstimmen, nicht aber hinsichtlich der Einreden.

*b) Differenzierte Solidarität; Übergangsrecht*

In einem Urteil vom 11. Juni 1996 hat das Bundesgericht die nun in OR 759 II verankerte *differenzierte Solidarität* (Berücksichtigung des leichten Verschuldens im Aussenverhältnis auch dann, wenn mehrere

Personen haftbar sind) ausdrücklich auch für *altrechtliche Verhältnisse* als anwendbar erklärt.

#### 5. Übernahmen

*Übernahme einer Kommanditgesellschaft durch eine neu gegründete Aktiengesellschaft*

Übernimmt eine neu gegründete AG Aktiven und Passiven einer Kommanditgesellschaft, so haftet sie gemäss OR 181 II solidarisch mit dieser während zwei Jahren. (BGE 121 III 324 ff., vgl. auch nachstehend Ziff. II. c).

## II. Übriges Gesellschaftsrecht

*a) Auflösung einer einfachen Gesellschaft*

Es gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit der Liquidation. Die Liquidation kann nicht auf einzelne Rechtsverhältnisse beschränkt werden. Aus diesem Grund kann ein ausscheidender Gesellschafter nicht isoliert die Rückerstattung seiner Einlage verlangen. Vielmehr muss zwingend die einfache Gesellschaft in ihrer Gesamtheit liquidiert werden. (SJ 117 [1995] 574 f.).

*b) Beitrag und Einlage der Gesellschafter bei der Kollektivgesellschaft; Rückerstattung beim Ausscheiden*

Das Recht der Kollektivgesellschaft (OR 557) verweist diesbezüglich auf die Normen der einfachen Gesellschaft. In der Literatur wird generell angenommen, dass alle Gesellschafter – vorbehaltlich anders lautender Abrede – eine Beitragspflicht treffe. Der Beitrag kann in beliebiger Form erbracht werden, sofern er dem Gesellschaftszweck dient. Bereits die Tatsache, dass jemand Gesellschafter wird und dadurch persönlich und solidarisch haftet, kann einen Beitrag darstellen, wenn dadurch die Aufnahme eines Kredits ermöglicht wird.

Wo einer Gesellschaft Gegenstände nur zum Gebrauch überlassen werden, kann beim Ausscheiden Naturalrestitution verlangt werden. Ansonsten erwirbt der Gesellschafter nur eine Geldforderung in Höhe des Gegenwertes der Einlage. (BGE vom 13. Juni 1995, publiziert in SJ 117 [1995] 724 f.).

*c) Übernahme einer Kommanditgesellschaft durch eine neu gegründete Aktiengesellschaft; Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft*

Übernimmt eine neu gegründete AG Aktiven und Passiven einer Kommanditgesellschaft, so haftet der Kommanditär solidarisch mit der AG für die Schulden der aufgelösten Kommanditgesellschaft, wobei seine Haftung auf den Betrag der Kommanditsumme beschränkt ist. Daraus ergibt sich, dass ein Gläubiger der

im Handelsregister gelöschten Kommanditgesellschaft kein Interesse an ihrer Wiedereintragung geltend machen kann. (BGE 121 III 324 ff.).

### III. Wertpapierrecht

#### a) Bedeutung der Kreuzungsvorschriften beim Check

Der Zweck der Kreuzung eines Checks besteht darin, das Risiko der Zahlung an einen Nichtberechtigten zu vermindern. Die Einreicherbank verstösst gegen OR 1124 III, wenn sie den gekreuzten Check eines Nichtkunden honoriert. Sie verstösst gegen diese Norm auch, wenn sie bezahlt, obwohl der Kunde erst unmittelbar vor der Checkeinlösung ein Konto eröffnet hat und seine Einlage (Fr. 150.–) in keinem Verhältnis zur Checksumme (Fr. 87 000.–) steht. Der Zweck der Kreuzungsvorschriften wird nicht erreicht, wenn ein rein formales Kriterium – die Eröffnung eines Kontos bei der Einreicherbank – in jedem Fall genügen soll.

Das Fehlverhalten der Einreicherbank kann der bezogenen haftungsrechtlich nicht zugerechnet werden: Nach OR 1124 V werden die einzelnen Verletzungshandlungen jener Bank zugerechnet, die sie begangen hat. Eine Solidarhaft der bezogenen und der Einreicherbank besteht nicht (BGE 122 III 26 ff.).

#### b) Abhanden gekommener Check

Die Bank hat grundsätzlich nur zu prüfen, ob sich der Einreicher eines Checks durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten als rechtmässiger Inhaber ausweisen kann. Sie hat jedoch dann weitere Auskünfte einzuholen, wenn sie auf Grund der Umstände an der Legitimation des Einreichers zweifeln muss. Solche Zweifel müssen aufkommen, wenn ein Angestellter Checks, die von Kunden zugunsten seines Arbeitgebers ausgestellt wurden, auf ein Konto bezahlen lässt, das offensichtlich privaten Zwecken dient. (BGE vom 16. März 1995, in SJ 117 [1995] 662).

### IV. Gesellschaftsrechtlich relevante Entscheide aus anderen Rechtsgebieten

#### 1. Strafrecht

##### a) Verhältnis von allgemeinem Strafrecht und Fiskalstrafrecht; Urkundenfälschung

Das Bundesgericht hat seine seit BGE 108 IV 27 bestehende Praxis betreffend Abgrenzung zwischen allgemeinem Strafrecht und Fiskalstrafrecht bestätigt: Wer mit einem Urkundenfälschungsdelikt ausschliesslich Steuervorschriften umgehen will und eine – objektiv mögliche – Verwendung des Dokuments im nicht-

fiskalischen Bereich auch nicht in Kauf nimmt, ist nur nach Steuerstrafrecht zu beurteilen. Ist dagegen nachgewiesen, dass der Täter mit seiner Fälschung oder Falschbeurkundung nicht nur einen steuerlichen Vorteil anstrebte, sondern auch eine Verwendung des Dokuments im nicht-fiskalischen Bereich beabsichtigte oder zumindest in Kauf nahm, so liegt Konkurrenz zwischen Steuerdelikt und Urkundenfälschung nach StGB vor.

Die Handelsbilanz einer AG hat stets die Funktion, nicht nur im Verhältnis zu den Steuerbehörden, sondern auch und vor allem gegenüber Dritten als Ausweis über die finanzielle Situation der Gesellschaft zu dienen. Wer eine inhaltlich unrichtige Handelsbilanz einer AG erstellt, nimmt deren Verwendung im nicht-fiskalischen Bereich daher regelmässig in Kauf. Dies genügt für die Anwendung von StGB 251. (BGE 122 IV 25 ff.).

##### b) Strafprozessuales Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht von Revisoren

StGB 321 Ziff. 1 sieht ein Berufsgeheimnis für die Angehörigen bestimmter Berufe vor. Dazu gehören auch die nach OR zur Verschwiegenheit verpflichteten Revisoren. Es sind dies insbesondere die aktienrechtlichen Revisoren, nicht aber die bankengesetzlichen (für die BankG 47 massgebend ist) oder Prüfer, die auf Grund eines Schuldvertrages tätig sind.

Die Kantone können in ihrer Prozessgesetzgebung Zeugnis- und Editionspflichten als Ausnahmen vom Berufsgeheimnis statuieren. Dabei sind sie grundsätzlich frei. Aus dem Bundesstrafrecht lässt sich namentlich kein strafprozessuales Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht von Revisoren ableiten. (BGE vom 31. Januar 1996, in SZW 68 [1996] 134 ff.).

#### 2. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

##### a) Konkurseinstellung mangels Aktiven: Auswirkung aufhängige Prozesse

Wird der Konkurs über eine juristische Person mangels Aktiven definitiv eingestellt, diese jedoch wegen einer Spezialliquidation noch nicht im Handelsregister gelöscht, ist entgegen ZR 77 (1978) Nr. 125 S. 313 der Prozess nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Vielmehr muss er nach der definitiven Einstellung des Konkurses mangels Aktiven normal fortgeführt werden. Die juristische Person kann, solange sie im Handelsregister eingetragen ist, auch noch betrieben werden. (ZR 95 [1996] Nr. 29 S. 93 ff.).

##### b) Zustellung des Zahlungsbefehls an eine AG

Eine AG, die am Ort ihres statutarischen Sitzes kein Geschäftsbüro hat, muss im Handelsregister eintragen lassen, bei wem sich an diesem Ort das Domizil

befindet. Liegt dieses Domizil seinerseits bei einer AG, ist die Zustellung des Zahlungsbefehls an ein Mitglied der Verwaltung der Domizilhalterin gesetzeskonform. (Pra. 85 [1996] Nr. 55 S. 144 ff.).

### 3. Personalvorsorge

*Bedeutung des Handelsregistereintrages bei Personengesellschaften für die AHV-Beitragspflicht von Teilhabern*

Lässt die Eintragung im Handelsregister klar auf die Verfolgung eines Erwerbszwecks schliessen, bedarf es zur Umstossung der daraus fliessenden Vermutung, es handle sich um eine Erwerbsgesellschaft und die von den Gesellschaftern bezogenen Zahlungen bildeten Erwerbseinkommen (und nicht Vermögensertrag), des Nachweises, dass der Eintrag im Handelsregister offensichtlich und seit längerer Zeit nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. (BGE 121 V 80 ff.).

### 4. Staatsrecht

*Verbot der Übernahme eines Verwaltungsratsmandates durch einen Bezirksanwalt*

Es ist nicht verfassungswidrig, einem Bezirksanwalt für Wirtschaftsdelikte die Übernahme eines Verwaltungsratsmandates zu untersagen, um das Ansehen der Beamten und das öffentliche Vertrauen in ihre Unparteilichkeit sicherzustellen. (BGE 121 I 326).

### 5. Steuerrecht

*Besteuerung des Verwaltungsrats honorars*

Entscheidend für die Frage, ob eine Tätigkeit als selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, ist das Mass der persönlichen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit, das dem Erwerbstätigen bei der Erfüllung seiner Aufgabe zusteht.

Aus steuerrechtlicher Sicht ist das Verwaltungsrats honorar grundsätzlich als *unselbständiger Erwerb* zu qualifizieren. Dem Verwaltungsrat kommt weder in persönlicher Hinsicht (er ist meist Mitglied eines Kollektivgremiums, welches gesetzlichen Vorschriften unterworfen und der Generalversammlung Rechenschaft schuldig ist) noch nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten (der Verwaltungsrat stellt nicht Rechnung für seine Bemühungen) die Freiheit eines Selbständigerwerbenden zu. (BGE 121 I 259 ff.).

## B. Literatur

Während in den Jahren 1994 und 1995 eine Reihe von Gesamtdarstellungen zum Aktienrecht sowie zum Gesellschaftsrecht allgemein erschienen ist (vgl. SJZ

91 [1995] 454), waren die letzten Monate durch die Publikation von Monographien – erneut mit einem Schwergewicht im Aktienrecht – geprägt.

Stellvertretend für viele seien erwähnt: Zur *Aktionärsstellung*: Jürg H. Appenzeller: Stimmbindungsab-sprachen in Kapitalgesellschaften (SSHW 173), Felix Horber: Die Informationsrechte des Aktionärs (Zürich 1995), Mathias A. Leuenberger: Die Anonymität des Inhaberaktionärs (ASR 576), Ulysses von Salis: Die Gestaltung des Stimm- und des Vertretungsrechts im schweiz. Aktienrecht (SSHW 174), Beat Spörri: Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht (SSHW 171); zu *Kapitalschutz und Kapitalveränderung*: Ernst Giger: Der Erwerb eigener Aktien (BBSW 9), Thomas F. Ladner: Das Vorwegzeichnungsrecht des Aktionärs... (SSHW 167), Michael W. Widmer: Das Vorwegzeichnungsrecht bei Options- und Wandelanleihen (SSB 35), Daniel Strazzer: Die Festübernahme bei der Kapitalerhöhung der AG (SSB 36).

Zur *einfachen Gesellschaft* vgl. Martin Furrer: Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium... (SSHW 164); zum *Handelsrecht allgemein* Clemens Meisterhans: Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde (SSHW 175).

Eine Sammlung von Referaten anlässlich eines Kolloquiums für Alain Hirsch wurde von Gérard Hertig unter dem Titel «Die Führung der Gesellschaften und die Einhaltung der Regeln» (Zürich 1996) herausgegeben.

## C. Rechtsetzung

a) Das am 1.7.1996 in Kraft getretene *Kartellgesetz* ist gesellschaftsrechtlich insofern relevant, als eine *Kontrolle* von volkswirtschaftlich bedeutsamen *Unternehmenszusammenschlüssen* eingeführt wurde.

b) Das *Börsengesetz*, dessen Einführung nun ab 1. Januar 1997 erwartet wird, enthält bedeutsame Modifikationen und Ergänzungen des Aktienrechts für kotierte Gesellschaften (vgl. dazu von Büren/Bähler: Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, AJP 5 [1996] 391 ff.).

c) Zu erwähnen sind die folgenden *gesetzgeberischen Projekte*:

aa) Ein BG über die *Fusion, Spaltung und Umwandlung*, das die durch die Praxis bereits angebahnte Flexibilisierung von Umstrukturierungen privatrechtlich regeln und steuerrechtlich neutral ausgestalten soll, ist noch dieses Jahr für die Vernehmlassung vorgesehen.

bb) Eine Expertenkommission will vor Jahresende den Vorschlag für eine Totalrevision des Rechts der *GmbH* dem Bundesamt für Justiz einreichen.

cc) Eine Arbeitsgruppe, die das *Rechnungslegungsrecht* überarbeiten soll, hat einen Zwischenbericht über Grundsatzfragen zuhanden des EJPD abgeschlossen.

#### ***D. Hinweise zur Praxis***

##### ***1. Vormarsch der GmbH***

Der seit dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts festzustellende markante Zuwachs bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung (bei gleichzeitiger zahlenmässiger Stagnierung der Aktiengesellschaften) setzt sich weiter fort: Gab es Ende 1992 noch weniger als 3000 GmbH's, betrug ihre Zahl Ende 1994 6600 und Ende 1995 10 705.

##### ***2. Diskussion über die Zielsetzungen der Aktiengesellschaften und die Pflichten des Verwaltungsrates***

Vorwiegend in der Finanz- und Wirtschaftspresse, teils aber auch in wissenschaftlichen Publikationen wurde und wird die Diskussion über die Frage, ob sich die Organe einer Publikums-AG ausschliesslich auf die Schaffung von *Shareholder value* zu konzentrieren

oder ob sie auch die Interessen weiterer *Stakeholders* zu berücksichtigen haben, intensiv geführt. Mehrheitlich wird eine Ausrichtung der Strategie auf die mittel- und langfristige Steigerung des Shareholder value postuliert, wobei meist betont wird, dass diese Ausrichtung allen Beteiligten und nicht zuletzt auch den Mitarbeitern nütze.

Die Streitfrage spielt auch eine Rolle in der andauernden Auseinandersetzung zwischen der BZ-Gruppe (Dr. Martin Ebner) und der Schweiz. Bankgesellschaft.

##### ***3. Anpassung der Statuten an das revidierte Aktienrecht***

In Erinnerung gerufen sei schliesslich, dass Ende Juni 1997 die fünfjährige Frist für die Anpassung der Statuten an das revidierte Aktienrecht ausläuft. Zu den Anpassungserfordernissen vgl. SJZ 88 (1992) 137 ff., 157 ff. und insb. 167 ff. Viersprachige Musterstatuten nach neuem Recht finden sich in der Publikation von Zindel/Honegger/Isler/Benz: Statuten nach neuem Aktienrecht. Die zweite, dem neuesten Erfahrungsstand angepasste und durch eine Diskette mit Statutentexten ergänzte Auflage wird vor Jahresende erscheinen.