

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht – Handelsgesellschaften und Genossenschaften – und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés – sociétés commerciales et sociétés coopératives – et des papiers-valeurs

Prof. Dr. Peter Forstmoser (Zürich) und lic. iur. Oliver Untersander (Zürich)

Das Schwergewicht der publizierten *Entscheidungen* lag auch in den letzten zwölf Monaten im *Aktienrecht*. Neben «traditionellen» waren insbesondere Rechtsfragen zu klären, die sich aus dem revidierten Recht oder aus dem Übergang zu diesem ergaben. Dauerbrenner waren das Verantwortlichkeitsrecht und das Firmenrecht. Im Hinblick auf Umstrukturierungen wurde die Grundlage zu einer Liberalisierung schon unter geltendem Recht gelegt¹.

Die – gewichtigen – hängigen *gesetzgeberischen Projekte* wurden weitergeführt.

In der Praxis hat die *GmbH* ihren Siegeszug fortgesetzt. Im Zuge der Privatisierung haben *Fragen an der Schnittstelle zwischen privatem und öffentlichem Recht* stark an Bedeutung gewonnen.

A. Rechtsprechung

I. Aktienrecht

1. Gründung

Sachübernahmegründung

Der Umstand, dass die kurz nach der Gründung von einem (Mit-)Gründer übernommenen Exklusivlizenzen nach bilanzrechtlichen Kriterien nicht aktiviert werden dürfen, dispensiert nicht von den Formalien einer qualifizierten (Sachübernahme-) Gründung. Das Argument, dass nur dann eine Sach-

übernahmegründung vorliege, wenn von der AG übernommene Gegenstände aktivierungsfähig sind, wird verworfen. Ein an der Gründung mitwirkender Anwalt wurde auf Grund der Missachtung dieser Regeln wegen mehrfacher Urkundenfälschung (StGB 251) und mehrfacher Erschleichung einer falschen Beurkundung (StGB 253) verurteilt.

Für die Verbindlichkeit der Vorschriften zur Sachübernahmegründung ist eine rechtlich durchsetzbare Pflicht der AG, nach der Gründung bestimmte Vermögenswerte zu übernehmen, nicht notwendig. Ausreichend sind die «einigermassen feste Absicht» und die «fast sichere Aussicht auf Verwirklichung» (OGer ZH vom 16. Januar 1996, ZBGR 1999 160).

2. Grundkapital und Grundkapitalschutz

a) *Schaffung von Stimmrechtsaktien*
Das revidierte Aktienrecht lässt die Privilegierung von Stimmrechtsaktien nur noch im Maximalumfang des Zehnfachen zu (vgl. OR 693 II). Schon vor der Aktienrechtsreform eingeführte weitergehende Privilegierungen dürfen beibehalten werden (sog. Grandfathering-Klausel). Neue Aktien, die dem in OR 693 II vorgeschriebenen Verhältnis widersprechen, dürfen jedoch auch von solchen Gesellschaf-

ten nicht ausgegeben werden (SchlBest 5). Das Verbot erfasst nicht nur die Neuausgabe von Stimmrechtsaktien, die ein Verhältnis von 1:10 der Nennwerte missachtet, sondern auch die Neustückelung des Aktienkapitals, ohne dieses zu erhöhen. Der Handelsregisterführer hat deshalb zu Recht die Eintragung eines entsprechenden GV-Beschlusses verweigert (BGE vom 12. Februar 1998, Urteil 4A.12/1997, Pra 1998 Nr. 120; vgl. auch BN 1998 346 ff.).

b) *Vinkulierung*

Die Umwandlung aller Inhaberaktien in Namenaktien – siehe OR 622 III – und deren Vinkulierung ist im Hinblick auf die befürchtete Übernahme durch einen Aktionär zulässig. Da ein solches Vorgehen das einzige Mittel für die Gesellschaft ist, ihre wirtschaftliche Selbständigkeit zu bewahren und von der Umwandlung (und besonders der Vinkulierung) alle Aktien bzw. Aktionäre erfasst werden, sind sowohl das Erforderlichkeits- als auch das Gleichbehandlungsprinzip gewahrt (Tribunal cantonal VD vom 30. Juni 1997, SJZ 1999 254).

¹ Für die Zukunft soll eine liberale Regelung durch das sog. Fusionsgesetz erfolgen, dazu hinten lit. C. Ziff. 1.

3. Organe

a) Selbstkontrahieren

Schliesst ein Verwaltungsratsmitglied als Vertreter der AG mit sich selber einen Arbeitsvertrag ab, so ist dieses Selbstkontrahieren vermutungsweise unzulässig. Falls nicht der Nachweis gelingt, dass das Geschäft formell richtig zustande kam – bspw. durch Genehmigung eines übergeordneten Organs – oder dass es inhaltlich angemessen war, ist es ungültig bzw. nicht zustande gekommen. Bezüglich der inhaltlichen Angemessenheit des Geschäftes sind strenge Massstäbe – siehe BGE 98 II 328 – anzulegen (KGer SG vom 11. Dezember 1996, SJZ 1999 328).

b) Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsrats

Die Amtszeit des Verwaltungsrates dauert bis zu jener ordentlichen Generalversammlung, die nach Ablauf der statutarischen Amtsdauer stattfindet. Wenn eine solche Generalversammlung nicht oder verspätet durchgeführt wird, bleibt der Verwaltungsrat im Amt. Dieses Resultat entspricht der Lösung des Bundesgerichts – BGE 86 II 171 – hinsichtlich der Revisionsstelle. Eine abweichende Regelung für den Verwaltungsrat drängt sich nicht auf; Funktion und Verantwortlichkeit dauern deshalb weiter (KassGer/ZH vom 6. Oktober 1997, ZR 1998 Nr. 38).

c) Generalversammlung: Folgen einer ungenügenden Traktandierung

Über Anträge zu nicht gehörig angekündigten Verhandlungsgegenständen können keine Beschlüsse gefasst werden, OR 700 III. Eine Verwaltungsratswahl, die unter dem Traktandum «Varia» erfolgt, ist aber in der Regel nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar (KassGer/ZH vom 6. Oktober 1997, ZR 1998 Nr. 38).

4. Offenlegungspflicht

Aktiengesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, müssen bedeutende Aktionäre und deren Beteiligungen im Anhang angeben, OR 663c. BankV 25c I Ziff. 3.10.2 schreibt diese Offenlegungsvorschrift für sämtliche Banken vor, also insbesondere auch für Bank-Aktiengesellschaften, deren Aktien nicht kotiert sind. Das BGER entschied, dass der Bundesrat mit dieser Verordnungsbestimmung den ihm durch BankG 6 V eingeräumten Delegationsrahmen nicht überschritten hat (BGE 124 II 581).

5. Umwandlung einer GmbH in eine AG, Abschied vom Numerus clausus für Umwandlungen

In einem bemerkenswerten Entscheid schützte das BGER die liquidationslose Umwandlung einer GmbH in eine AG. Es sprach sich dabei mit ausführlicher Begründung gegen einen numerus clausus im Fusions- und Umwandlungsrecht aus. Während das Gesetz für den umgekehrten Vorgang – Wechsel von einer AG zu einer GmbH – eine sog. übertragende Umwandlung vorsieht, kann die Umwandlung einer GmbH in eine AG durch einen blossen statutenändernden Beschluss der GmbH durchgeführt werden (reiner Rechtskleidwechsel). Dabei muss die GmbH freilich gewisse, vom Bundesgericht spezifizierte Voraussetzungen erfüllen (BGE 125 III 18, REPRAX 1999 24 und 32 = BN 1999 68; vgl. auch von Büren/Bürgi in REPRAX 1999 3 und NZZ vom 28. Dezember 1998 S. 15).

6. Verantwortlichkeit

a) Abgrenzung unmittelbarer/mittelbarer Schaden

aa) Das BGER bestätigte – trotz Kritik in der Lehre – seine in BGE 122 III 176

vertretene Ansicht bezüglich der Abgrenzung von unmittelbarem und mittelbarem Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht. Massgebendes Kriterium bildet nach der neuen Auffassung des Bundesgerichts die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht und damit die *Art der Pflichtverletzung*: Ein unmittelbarer Schaden eines Gläubigers liegt danach dann vor, wenn die Norm, deren Verletzung die Pflichtwidrigkeit des Organs begründet, ausschliesslich dem Gläubigerschutz dient. Eine (selbständige) Geltendmachung des Schadens der Gläubiger im Konkurs der Gesellschaft ist nur möglich, wenn die verletzte Bestimmung nicht auch die Interessen der Gesellschaft oder der Aktionäre schützt, ferner dann, wenn das Verhalten nach OR 41 widerrechtlich ist oder der Tatbestand der culpa in contrahendo erfüllt ist (BGE 125 III 86; vgl. auch *Schulthess* in ST 1999 824 ff.).

bb) In einem bisher nicht publizierten Entscheid hatte das Bundesgericht einen aussergewöhnlichen Tatbestand zu beurteilen: Die Konkursverwaltung einer AG klagte gegen die Revisionsgesellschaft, die zu Unrecht einen vorbehaltlosen Revisionsbericht abgegeben hatte. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass sich im Zeitraum zwischen der Pflichtverletzung der Revisionsstelle und dem Konkurs der Gesellschaft die Überschuldung von Fr. 22 Mio. auf Fr. 18 Mio. *vermindert* hatte. In dieser Zeitperiode kamen jedoch neue Gläubiger hinzu, die zu Schaden kamen.

Das Bundesgericht bestätigt zunächst seine bisherige Praxis (vgl. Pra 1998 Nr. 120), wonach die Berichterstattung der Revisionsstelle auch gegenüber Dritten Wirkungen haben kann. Es bestätigt im weiteren seine neue Abgrenzung von unmittelbarem

und mittelbarem Schaden und den Grundsatz, dass dann, wenn eine Norm sowohl die Interessen der Gesellschaft wie auch diejenigen ihrer Gläubiger schützt, nur die Gesellschaft klageberechtigt ist.

Unhaltbar dürften die weiteren Ausführungen des Bundesgerichts sein: Das Bundesgericht bejahte die Aktivlegitimation der Gesellschaft bzw. ihrer Konkursverwaltung, obwohl das Vermögen der Gesellschaft auf Grund des Fehlverhaltens der Revisionsstelle keinerlei Wertverminderung erlitten hatte. Dem Entscheid könnte eine Verwechslung der Begriffe «Klagelegitimation» und «Schaden» zugrunde liegen. (BGE vom 31. Dezember 1998, Urteil 4C 256/1997, wird voraussichtlich von Alain Hirsch in der SZW besprochen.)

b) Haftung der Revisionsstelle

Beschränkt sich die Tätigkeit der Revisionsstelle nicht nur auf die Prüfung der Vereinbarkeit der Buchführung und der Jahresrechnung mit Gesetz und Statuten, sondern hilft sie auch bei der Erstellung der Bilanz und der Erfolgsrechnung, so sind Pflichtverletzungen aus dieser Tätigkeit nach OR 394 ff. zu beurteilen. Ein solches Zusatzmandat fällt nicht unter aOR 731 I (bzw. OR 731 I), da es sich nicht um eine (einfache) Erweiterung der Aufgaben der Revisionsstelle handelt.

Bei der Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Prüfungspflichten hat die Revisionsstelle zwar nicht systematisch nach Unregelmässigkeiten zu suchen. Übernimmt sie aber ein solches Zusatzmandat – was im Lichte des Unabhängigkeitserfordernisses und der gesetzlichen Aufgabenteilung zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle problematisch ist –, so beurteilt sich ihr Sorgfaltsmassstab auch für

ihre gesetzlichen Aufgaben nach demjenigen, der für das Organ gilt, dem diese Aufgabe von Gesetzes wegen zugewiesen ist (BGE vom 3. März 1998 = Semjud 1999 228).

c) Klagerecht nach Abschluss des Konkurses

Unvereinbar mit der Regelung von OR 757 ist es, wenn ein Gläubiger der Gesellschaft einen mittelbaren Schaden gegenüber Mitgliedern der Verwaltung geltend machen will, nachdem das Konkursverfahren über die Gesellschaft mangels Aktiven und Passiven eingestellt und geschlossen wurde (KassGer NE vom 5. Dezember 1997, RJN 1997 131 = SJZ 1999 54). Möglich ist aber die Wiedereintragung der Gesellschaft im Handelsregister und – darauf basierend – die Wiedereröffnung des Konkurses (BGE vom 11. Dezember 1998, Urteil 4C.162/1998).

d) Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die durch das BGER in BGE 122 III 324 zu OR 759 II aufgestellten Grundsätze wurden in zweifacher Hinsicht präzisiert. Im damaligen Entscheid wurde festgehalten, dass ein Kläger, der mehrere Beteiligte auf den Gesamtschaden eingeklagt hat, Verfahrenskosten nur in der Höhe zu tragen hat, wie wenn er eine einzige Gegenpartei für diesen Gesamtschaden eingeklagt hätte.

Dieser (bundesrechtliche) Verfahrensgrundsatz gilt jedoch nur im erstinstanzlichen Verfahren. Im Rechtsmittelverfahren hingegen kann die Kostenliquidation nach kantonalem Prozessrecht vorgenommen werden, da die Unsicherheit bezüglich Ausgang des Verfahrens weitgehend beiseite ist.

Daneben rechtfertigt sich eine strikte Handhabung des in BGE 122 III 324

aufgestellten Grundsatzes für den Fall einer Klageabweisung nur dann, wenn gegenüber mehreren Beklagten identische Vorwürfe erhoben werden, mithin eine gemeinsame Vertretung dieser Beklagten möglich ist. Werden dagegen mehrere Beklagte, in casu Verwaltungsratsmitglieder und Revisionsstelle, aus verschiedenen Rechtsgründen und Vorkommnissen ins Recht gefasst und ist eine getrennte oder einzelne Vertretung der Beklagten aus objektiv-sachlichen Gründen geboten – weil sie bspw. internen Interessenkonflikten ausgesetzt sind –, so darf den Beklagten ein Anspruch auf mehrere Parteientschädigungen nicht aberkannt werden (BGE 125 III 138; ähnliche Überlegungen finden sich in einem auszugsweise in Sem 1999 349 f. wiedergegebenen BGE vom 15. Oktober 1998).

8. Haftung im Konzern

Eine AG hatte für die Klägerin eine EDV-Anlage zu erstellen. Deren Systeme brachen kurz nach Inbetriebnahme zusammen. Den erlittenen (Vermögens-)Schaden machte die Klägerin gegenüber der Muttergesellschaft dieser AG geltend. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die für den Schaden verantwortlichen Personen seien Organe sowohl der Tochter- als auch der Muttergesellschaft.

Nach den Ausführungen des BGER hat eine Muttergesellschaft u.U. für Eingriffe ihrer Organe in die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft nach OR 722 i.V.m. OR 41 einzustehen. Dafür erforderlich ist aber, dass das fragliche Verhalten rechts- oder zumindest sittenwidrig ist. Die Widerrechtlichkeit liess sich im konkreten Fall weder auf Grund des Gefahrensatzes noch auf Grund von ZGB 2 begründen. Auch verneinte das

BGer Sittenwidrigkeit. Des weiteren verneinte es einen Anspruch aus sog. «erwecktem Konzernvertrauen». Blosser Hinweis auf eine bestehende Einbettung in einen Konzern genügen nicht; vielmehr setzt ein schutzwürdiges Vertrauen ein Verhalten voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken (BGE 124 III 297 = Semjud 1998 480; vgl. auch Berger in recht 1999 104 ff. und von Büren in SZW 1999 54 ff.).

9. Auflösung und Liquidation

a) Auflösung bei Fehlen einer Revisionsstelle

Der Handelsregisterführer kann die richterliche Ernennung einer Revisionsstelle beantragen, OR 727f II. Dieses Verfahren scheidet aber, wenn die AG keinen entsprechenden Vorschuss leistet; die Gesellschaft bleibt dann mangels Sanktionen – eine Auflösungsklage nach OR 625 II durch Aktionäre und Gläubiger vorbehalten – ohne Revisionsstelle weiterbestehen.

Diese dem Aktionärs- und Gläubigerschutz zu wenig Rechnung tragende Konsequenz wurde durch das Obergericht Zürich geändert. Es ging von einer echten Lücke aus und ergänzte die Bestimmungen von OR 727 ff. – in Anlehnung an SchlBest 2 II – dahingehend, dass der Richter nach erfolgloser Fristansetzung zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes bzw. Nicht-Leistung des Kostenvorschusses die Gesellschaft aufzulösen hat. Die Liquidation hat nach aktienrechtlichen Vorschriften – OR 739 ff. – zu erfolgen. Die Durchführung der Liquidation obliegt dem Verwaltungsrat, wobei die Generalversammlung andere Personen damit beauftragen kann. Dagegen ist eine

Konkurrenzeröffnung wegen Fehlens der Revisionsstelle unzulässig (OGer ZH vom 10. April 1996, ZR 1996 Nr. 41, ZBGR 1999 258).

b) Nichtanpassung des Aktienkapitals an das revidierte Recht

Aktiengesellschaften, die am 1. Juli 1992 im Handelsregister eingetragen waren, jedoch den neuen Vorschriften bezüglich Mindesthöhe des Aktienkapitals nicht entsprachen, mussten innert fünf Jahren ihre Statuten dem neuen Recht anpassen, SchlBest 2 I. Geschah dies trotz Aufforderung durch die Handelsregisterbehörden nicht, war die Gesellschaft auf Antrag des Handelsregisterführers durch den Richter aufzulösen, SchlBest 2 II. Die Liquidation hat nach aktienrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen, wobei die Mitglieder des Verwaltungsrates als Liquidatoren zu ernennen sind.

Die sachliche Zuständigkeit des Richters richtet sich nach kantonalem Prozessrecht, da das Bundesrecht keine Vorschriften enthält. Im Kanton Zürich entscheidet der Richter im summarischen Verfahren, auch wenn dieses Geschäft in ZPO 219 nicht explizit aufgezählt ist (ER am BezGer ZH vom 16. Dezember 1997, ZR 1998 Nr. 101; zur Zuständigkeit im Kanton Genf: Semjud 1998 673).

10. Firmenrecht

a) Beziehung zwischen Firma und Zweck; Täuschungsverbot

Eine Aktiengesellschaft, deren Zweck im Betrieb eines Lagerhauses bestand und deren Firma «Lagerhaus Steinhof AG Burgdorf» lautete, meldete eine Zweckänderung zur Eintragung an. Der Zweck sollte – unter Beibehaltung der Firma – neu im Erwerb, der Über-

bauung, der Verwaltung und dem Verkauf von Immobilien für eigene Rechnung sowie für Rechnung Dritter bestehen. Da eine Sachbezeichnung «Lagerhaus» in der Firma zu Täuschungen hinsichtlich des neu zu verfolgenden Zwecks Anlass geben kann, wurde die Abweisung des Eintragungsgesuchs von der Aufsichtsbehörde des Kantons Bern geschützt (Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 5. August 1997, BVR 1998 86; vgl. auch BN 1998 347 f.).

b) Verwechslungsgefahr

Eine Verwechslungsgefahr wegen fehlender Unterscheidbarkeit zweier Firmen verneinte das BGer bei den Firmen «Excellent Personaldienstleistungs AG» und «Excellent Co. Mila GmbH», da Schriftbild und Wortklang deutlich voneinander abweichen (BGE vom 17. Februar 1998, Urteil 4C.218/1997 = sic! 1998 415; vgl. auch BN 1998 346).

c) Verwechslungsgefahr; Anforderungen an die deutliche Unterscheidbarkeit bei Phantasiebezeichnungen

Von einer Phantasiebezeichnung wird dann gesprochen, wenn zwischen Firma und Tätigkeit des Unternehmens kein Bezug besteht. Sachbezeichnungen hingegen lassen unmittelbar auf die Natur des Unternehmens oder seine Erzeugnisse schliessen. Die Anforderungen an die Unterscheidbarkeit sind im Falle von Phantasiebezeichnungen einem besonders strengen Massstab unterworfen (BGE 122 III 370 f.). Diesen Anforderungen entspricht die Firma «Neue Technologie Nest Informatik GmbH» gegenüber der Firma «Nest AG» nicht. Erstere enthält zwar Begriffe, die auf die eigentliche geschäftliche Tätigkeit hinweisen. Diese

treten in ihrer Bedeutung aber gegenüber der kurzen, einprägsamen Bezeichnung «Nest» zurück, da diese Begriffe aus dem täglichen Sprachgebrauch entstammen und in einer Vielzahl von Kombinationen in Firmenbezeichnungen der Dienstleistungsbranche vorkommen. Eine Verwechslungsgefahr wurde deshalb bejaht, wobei es sich um einen Grenzfall handeln dürfte (OGer LU vom 25. September 1998, LGVE 1998 / Nr. 15).

d) Kollision zwischen Firmen- oder Namensrecht und Markenrecht

Das BGer bestätigte seine Rechtsprechung (BGE 116 II 614), wonach Kollisionen zwischen Firmenrecht (oder Namensrecht) einerseits und Markenrecht andererseits nicht schematisch zu entscheiden sind, sondern auf Grund einer Abwägung der Interessen. Interessant ist der Entscheid deshalb, weil sich das BGer mit Rechtsproblemen im Zusammenhang mit dem Internet beschäftigen musste: Eine AG wollte Teile ihrer Firma, welche einer jüngeren Marke entgegenstand, als «domain name» (Internetadresse) benutzen. Die Markeninhaber reichten Klage auf Unterlassung ein, die vom BGer aber auf Grund der Interessen des Firmeninhabers abgewiesen wurde. Der Entscheid – im Ergebnis wohl richtig – lässt Ausführungen vermissen, die begründen, weshalb die Benutzung von Teilen der Firma als Internetadresse auch den firmenrechtlichen Schutz genießt (BGE 125 III 91; vgl. auch *Buri in sic!* 1999 280 f. und *David in AJP* 1999 1169 f.).

11. Handelsregister

a) Kantonalen Instanzenzug

Auf Grund der durch die Revision des OG vom 4. Oktober 1991 eingeführten Bestimmung von OG 98a haben die Kantone zwingend eine gerichtliche

Kontrolle auch in Handelsregistersachen vorzusehen. Eine kantonale Rechtsmittelordnung, bestehend aus einer verwaltungsinternen und einer daran anschliessenden gerichtlichen Kontrolle, liegt nach Ansicht des Bundesgerichts im Rahmen der den Kantonen durch OR 927 III eingeräumten Organisationsfreiheit und ist nicht bundesrechtswidrig. Die durch ein solch zweistufiges (kantonales) Rechtsmittelverfahren verursachte Verlängerung des Verfahrens ist in Kauf zu nehmen (BGE 124 III 259) (vgl. dazu aber die Kritik von *Baumann in SJZ* 1999 188 ff., der zu Recht darauf hinweist, dass den Betroffenen mit einer solchen «Verbesserung» des Rechtsschutzes nicht gedient ist).

b) Kosten des Rechtsmittelverfahrens
Auch vor dem kantonalen Verwaltungsgericht werden die Verfahrenskosten in Handelsregistersachen nach der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister (GebV HReg, SR 221.411.1, letztmals geändert am 1. Januar 1998) bestimmt (BGE 124 III 259).

c) Kognition des Handelsregisterführers

Das BGer bestätigte seine Rechtsprechung zur Prüfungsbefugnis bzw. Prüfungspflicht des Handelsregisterführers. Wo nicht Registerrecht, sondern materielles Recht in Frage steht, ist diese beschränkt: Eine Eintragung darf nur dann verweigert werden, wenn Normen zwingender Natur, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt sind, offensichtlich verletzt sind. Nach Erhebung einer Departementsbeschwerde durch das EJPD wurde die Verweigerung der Eintragung einer Neustückelung des Aktienkapitals in

Stamm- und Stimmrechtsaktien, welche SchIBst 5 widersprach, durch das Bundesgericht geschützt (BGE vom 12. Februar 1998, Urteil 4A.12/1997, Pra 1998 Nr. 120; vgl. auch BN 1998 346 ff.).

II. Juristische Personen allgemein

Ablehnung eines umgekehrten Durchgriffs

Eine Bank hatte ein Guthaben gegen eine liechtensteinische Anstalt, als deren wirtschaftlich Berechtigter sich eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz offen zu erkennen gab. Der wirtschaftlich Berechtigte fiel in Konkurs. Die Bank versuchte, sich für einen Teil ihres Konkursverlustes an den bei ihr liegenden Vermögenswerten der liechtensteinischen Anstalt schadlos zu halten. Die kantonalen Gerichte schützten die Klage der Bank und hielten damit einen sog. «umgekehrten» Durchgriff – einen Durchgriff vom wirtschaftlichen Eigentümer auf die von ihm beherrschte juristische Person – für zulässig. Das BGer lehnte dies ab, namentlich mit folgenden Begründungen:

- Die rechtliche Selbständigkeit juristischer Personen sei grundsätzlich zu beachten, es sei denn, sie werde im Einzelfall rechtsmissbräuchlich geltend gemacht.
- Der Umstand allein, dass dem Gläubiger durch die Anerkennung der rechtlichen Selbständigkeit einer juristischen Person Haftungssubstrat entzogen werde, könne einen Durchgriff nicht rechtfertigen.
- Sodann – fast philosophisch –: Es sei «zu beachten, dass in einem ausgereiften Privatrechtssystem die Rechtsfigur der juristischen Person in hohem Grade verfestigt ist und die Rechtssubjektivität nicht von Fall zu Fall in Frage gestellt werden soll...».

Zusammenfassend wird festgehalten, die Bank habe mit der Anstalt «im Wissen um deren Rechtsnatur Vertragsbeziehungen geknüpft», «ohne sich von dem wirtschaftlich an dieser Berechtigten einen Zugriff unmittelbar auf das Gesellschaftsvermögen² einräumen zu lassen», und dafür müsse sie nun die Konsequenzen tragen (Urteil 4C 10/1999, noch nicht publiziert).

Der Entscheid ist sowohl hinsichtlich der weitgehenden Anerkennung der rechtlichen Selbständigkeit einer liechtensteinischen Anstalt bedeutsam als auch deshalb, weil darin die Eigenständigkeit der juristischen Person stark hervorgehoben wird. Dies könnte ein Indiz für eine Einschränkung der in BGE 120 II 331 begründeten Haftung aus Konzernvertrauen sein.

III. Personengesellschaftsrecht

1. Rechtsform von Anwaltssozietäten

Eine Bank wollte Schadenersatzansprüche wegen des behaupteten Fehlverhaltens eines Anwalts nicht nur gegenüber diesem Anwalt selbst geltend machen, sondern auch gegenüber seiner Sozietät, einer grösseren Kanzlei. Dies mit der Begründung, die Sozietät bilde eine Kollektivgesellschaft.

Hinsichtlich der Rechtsform von Anwaltssozietäten lassen sich auf Grund des Urteils verschiedene Schlüsse ziehen:

Zum einen kann auch bei der Ausübung von freien Berufen ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (OR 934 I) vorliegen. Daraus folgt die Eintragungspflicht im Handelsregister (HRV 53 lit. c) und – wegen der bloss deklaratorischen Wir-

kung des Registereintrags (OR 553) – die Behandlung als Kollektivgesellschaft unabhängig davon, ob ein Eintrag erfolgt ist. Da bei grösseren Anwaltskanzleien in der Regel ein nach kaufmännischen Grundsätzen geführter Betrieb gegeben ist, kann das Recht der Kollektivgesellschaft für die Anwaltssozietät zur Anwendung kommen, selbst wenn die Gesellschafter – ihrem Willen entsprechend – ihr Gesellschaftsverhältnis als einfache Gesellschaft bezeichnen. Für das Vorliegen eines kaufmännisch geführten Betriebes im Bereich der freien Berufe spricht etwa, wenn das Streben nach Wirtschaftlichkeit gegenüber der persönlichen Beziehung zum Klienten in den Vordergrund tritt, indem im Hinblick auf eine hohe Rentabilität Planungen betrieben, Organisationsbelangen besondere Aufmerksamkeit geschenkt oder zu einer optimalen Finanzierung Sorge getragen wird.

Sodann scheint das BGER das Recht der Kollektivgesellschaft auch dann auf eine Anwaltssozietät anwenden zu wollen, wenn zwar tatsächlich eine einfache Gesellschaft vorliegt, aus dem Verhalten der Gesellschafter und deren Auftritt am Markt aber für Dritte der Rechtsschein einer (kollektiv) haftenden gesellschaftlichen Verbindung erweckt wird (etwa durch Verwendung eines einheitlichen Briefkopfes). Treten die Gesellschafter nach aussen als Kollektivgesellschaft auf, müssen sie sich zivilrechtlich darauf behaften lassen.

Des weiteren hielt das Bundesgericht fest, dass eine Anwaltssozietät für Pflichtverletzungen ihrer Mitglieder – selbst bei Anwendung des Rechts der Kollektivgesellschaft – nur haftet, wenn das anspruchsbegründende Mandat als Gesamtmandat betretet und nicht einem bestimmten Gesellschafter allein übertragen war.

In casu ging das BGER von der Anwendbarkeit des Rechts der einfachen Gesellschaft – wobei eine Begründung dafür in den publizierten Erwägungen fehlt – und von einem deliktischen Anspruch aus, so dass eine Haftung der Anwaltssozietät entfiel (BGE 124 III 363; vgl. auch *Nobel* in recht 1999 111 und *Fellmann* in AJP 1998 1514).

2. Tragweite der gesetzlichen Vermutung des Vertretungsrechts nach OR 543 III

Im Gegensatz zum bürgerlichen Stellvertretungsrecht kann vollmachtloses Handeln des Geschäftsführers einer einfachen Gesellschaft für die übrigen Gesellschafter bindende Wirkung entfalten. Wird aussenstehenden Dritten durch die Gesellschafter – ausdrücklich oder stillschweigend – das Bestehen einer einfachen Gesellschaft kundgetan, so dürfen diese Dritten darauf vertrauen, dass ein (geschäftsführender) Gesellschafter auch die entsprechende Vertretungsmacht besitzt. Ist ein solches Vertrauen – in das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft – gegeben, so folgt daraus, dass die Vermutung des Bestehens einer entsprechenden Vertretungsmacht (OR 543 III) unwiderlegbar ist und nicht durch den Beweis des Gegenteils umgestossen werden kann (BGE 124 III 355; vgl. auch *Losser* in recht 1999 73 ff.).

IV. Gesellschaftsrechtlich relevante Entscheide aus anderen Rechtsgebieten

Strafrecht

a) Ort der Begehung bei Veruntreuung und Betrug

Ist eine Aktiengesellschaft Opfer eines Betruges oder einer Veruntreuung, die

² Das Bundesgericht übersieht hier den Unterschied von Körperschaft und Anstalt.

sich im Ausland ereignet hat, so ist die Schädigung am Vermögen der Gesellschaft ein nach StGB 7 I relevanter Erfolg. Dieser Erfolg ist in der Schweiz eingetreten, wenn die Gesellschaft ihren Sitz in der Schweiz hat (BGE 124 IV 241).

b) Falschbeurkundung

Die Buchhaltung eines Anwaltsbüros ist eine kaufmännische, wenn sie nach der Zielsetzung von OR 957 geführt wird und die Feststellung der Vermögenslage und des Betriebsgewinnes des Geschäftsjahres ermöglicht. Auch wenn keine Buchführungspflicht nach OR 957 besteht, kommt den Bestandteilen einer solchen Buchhaltung Urkundenqualität zu. Lässt ein Anwalt beträchtliche Honorareinnahmen nicht verbuchen, macht er sich der Falschbeurkundung nach StGB 251 Ziff. 1 strafbar (125 IV 17).

c) Erschleichung einer Falschbeurkundung

Hält die Gründungsurkunde fälschlicherweise fest, dass die – von der Depositenstelle bestätigte – Liberierung durch die Gründer erfolgte, obwohl die entsprechenden Gelder von Dritten bezahlt wurden, so ist der Tatbestand der Erschleichung einer Falschbeurkundung nicht erfüllt. Denn die Herkunft der für die Liberierung verwendeten Gelder ist keine beurkundungspflichtige bzw. rechtserhebliche Tatsache (Wirtschaftsgericht Bern, Urteil vom 9. Dezember 1996, ZGBR 1999 244 = BN 1999 32).

B. Literatur

Die Familie der juristischen Zeitschriften hat Zuwachs erhalten: Seit Mitte 1999 erscheint zweimal jährlich

REPRAX, die Zeitschrift für Registerpraxis, welche das von 1992 bis 1998 erschienene Jahrbuch des Handelsregisters ersetzen dürfte und der auf Grund der Herausgeberschaft, die mehrheitlich Registerämtern nahe steht, offiziöser Charakter zukommen könnte (vgl. SJZ 1999 363 f.).

Zudem ist auf folgende Werke hinzuweisen:

1. Aktienrecht

Bauen Marc: Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen aus steuerrechtlicher Sicht (Diss. Basel 1998 = SSHW 189); *Müller/Lipp/Plüss*: Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für die Praxis (2. A., Zürich 1999); *Kondorosy Kinga M.*: Die Prospekthaftung im internationalen Privatrecht (Diss. Zürich 1999 = SSHW 190); *Röthlisberger Alain*: Disclosure of Interests in Shares. A Comparative Analysis United Kingdom – Switzerland (Zürich 1998 = SnA 14).

2. Recht der GmbH

Les projets de Sàrl révisée et de SA privée: Travaux des Journées d'étude organisées par le CEDIDAC le 22 octobre 1997 et par l'Europa Institut Zurich le 23 octobre 1997, éd. par Frédéric Rochat et Phidias Ferrari (Lausanne 1998 = CEDIDAC 37).

3. Genossenschaftsrecht

Jacques-André Reymond/Rita Trigo Trindade: Die Genossenschaft, in: Schweizerisches Privatrecht VIII/5 (Basel 1998).

4. Gesellschaftsrecht allgemein

Bähler Thomas: Die massgeschneiderte Gesellschaft (Diss. Bern 1999);

Burkhalter Peter: Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) und ihre konzernrechtlichen Beziehungen (Zürich 1998 = EIZ 23); *Mergers Et Acquisition*: Überarbeitete Referate einer vom Europa Institut Zürich veranstalteten Tagung, hg. von Rudolf Tschäni (Zürich 1998 = EIZ 26); *Müller-Stewens/Drolshammer/Kriegmeier*: Professional Service Firms (Frankfurt 1999); *Karl Rebsamen*: Das Handelsregister (2. A., Zürich 1999). – *Roger Zäch* wurde anlässlich seines 60. Geburtstages mit einer umfangreichen Festschrift mit Schwerpunkt schweizerisches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht beschenkt (hg. von Peter Forstmoser et al., Zürich 1999).

5. Börsengesellschaftsrecht

Susanne Mettier: Offenlegung von Beteiligungen im Börsengesetz (Diss. Zürich 1999 = SSB 52).

C. Rechtsetzung

1. Fusionsgesetz

Vor zwei Jahren wurde in diesem Bericht der Vorentwurf für ein BG über die *Fusion, Spaltung und Umwandlung* angezeigt mit der Bemerkung, es sei «mit einem Inkrafttreten... leider nicht vor dem Jahr 2000 zu rechnen» (SJZ 1997 441). Einmal mehr mahlen die Schweizer Gesetzesmühlen langsamer als prophezeit: Der im Mai 1998 abgeschlossenen Vernehmlassung, die ein insgesamt positives Ergebnis erbracht hat, sind bisher keine sichtbaren weiteren Schritte gefolgt. Es ist daher zu begrüßen, dass das Bundesgericht – wobei es sich auf dünnem Eis bewegt – die Möglichkeiten eines Rechtsformwechsels ohne Liquidation schon unter gelten-

dem Recht erweitert hat (vgl. vorn lit. A Ziff. I. 5.).

2. Reform des GmbH-Rechts

Der überarbeitete Vorentwurf zu einer Reform des GmbH-Rechts ist im April 1999 zusammen mit einem Bericht der Expertenkommission (*Böckli/Forstmoser/Rapp*) in die Vernehmlassung gegangen. Die Reaktionen sind insgesamt positiv. Seitens der KMU werden diejenigen Vorschläge kritisiert, die eine Verschärfung der gesetzlichen Anforderungen beinhalten: die Anhebung des Minimalkapitals auf Fr. 40000.- und das Obligatorium für die Revisionsstelle.

Zusammenfassungen des Entwurfs finden sich in ZBJV 1999 460 ff. (von *Büren/Steiner*) und in Schweizer Treuhänder 1999 651 ff. (*Kläy/Duc*).

3. Rechnungslegungsgesetz, RRG

Die Vernehmlassungsfrist des von einer Expertenkommission unter dem Vorsitz von Peider Mengiardi ausgearbeiteten Vorentwurfs für das Rechnungslegungs- und Revisionsgesetz ist am 30. April 1999 abgelaufen. Positiv gewertet werden vor allem die Grundausrichtung auf das Prinzip der «fair presentation» und die rechtsformübergreifende Konzeption des Entwurfs. Dagegen wurden verschiedene Vorbehalte geäußert hinsichtlich der durch den VE vorgesehenen

Ordnung für KMU (vgl. bspw. *Seiler/Kofmel* in ST 1999 45 ff.). U.a. wird die Befreiung aller kleinen Unternehmen – Kapitalgesellschaften eingeschlossen – von der Konsolidierungspflicht (vgl. VE 38) und der Revisionspflicht (vgl. Variante I zu VE 43) verlangt. Wissenschaftlich nicht ernst zu nehmen, aber politisch möglicherweise ausschlaggebend ist die Breitseite, die gegen den Entwurf von einzelnen KMU-Vertretern abgefeuert worden ist. Eine echte Knacknuss dürfte die Behandlung der stillen Reserven aufgeben, wobei sich hier Probleme vor allem daraus ergeben, dass die handelsrechtliche Bilanz nach dem Massgeblichkeitsprinzip auch die Basis für die steuerrechtliche Behandlung bildet.

D. Hinweise zur Praxis

1. Siegeszug der GmbH

Wie stets seit dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts ist auch in den letzten Monaten die Zahl der GmbHs stark angestiegen: Seit Ende 1992 hat sie sich mehr als verzehnfacht, und allein 1998 ist sie um 8000 auf 31190 Einheiten angestiegen, während die Zahl der Aktiengesellschaften erneut leicht zurückgegangen ist. Die Vorschläge, die GmbH als Rechtsform zu liquidieren und durch einige Sonderbestimmungen im Aktienrecht zu ersetzen, dürften damit endgültig vom Tisch sein.

2. Vermehrte Durchlässigkeit zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Der Trend zur *Privatisierung* und die daraus folgenden Konsequenzen – Umwandlung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Institutionen, Outsourcing staatlicher Aufgaben und Beschränkung des Staates auf seine «Kernkompetenzen» – haben auch die Gesellschaftsrechtler vor neue Aufgaben gestellt. Dabei zeichnen sich zwei Fragestellungen ab:

- Wie lässt sich die Umwandlung von einer öffentlichrechtlichen Institution in eine privatrechtliche Körperschaft vollziehen? Das Gesetz – die Dreissigerjahre lassen grüssen – sieht nur den umgekehrten Vorgang der «Verstaatlichung» vor (vgl. OR 751 und 915). Die Einführung einer Ordnung für den heute weit aktuelleren umgekehrten Vorgang wurde anlässlich der Aktienrechtsreform verpasst.
- Wie kann die Berücksichtigung öffentlicher Interessen in privatrechtlichen, auf Gewinnstrebigkeit verpflichteten Organisationen sichergestellt werden? Diese Frage wurde in der Privatisierungseuphorie der letzten Zeit weitgehend übersehen. Sie anzusprechen und zu klären ist ein dringliches Postulat, wenn man verhindern will, dass das Pendel in der Folge enttäuschter Erwartungen bald einmal zurückschlägt. Lehre und Praxis – und vielleicht auch der Gesetzgeber – sind gefordert!