

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

A. Rechtsprechung

I. Aktienrecht

1. Gründung

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 Sachübernahmegründung vorliege, wenn von der AG übernommene Gegenstände aktivierungsfähig seien, wird verworfen. Selbst wenn der Wert solcher Lizenzen kaum schätzbar ist, ändert dies am Vorliegen einer qualifizierten Gründung nichts. Der an der Gründung mitwirkende Anwalt wurde deshalb wegen mehrfacher Urkundenfälschung (StGB 251) und mehrfacher Erschleichung einer falschen Beurkundung (StGB 253) verurteilt.

Daneben 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 16.1.1996 = ZBGR 1999 160).

2. Grundkapital und Grundkapitalschutz

a) Verhältnis Stimmrechtsaktien/Stammaktien

Auch die Aktienrechtsrevision von 1992 lässt die Schaffung von Stimmrechtsaktien zu. Der Einräumung von – im Verhältnis zur Kapitalbeteiligung – überproportionaler Stimmkraft sind aber Grenzen gesetzt: Der Nennwert der Stammaktien darf das Zehnfache des Nennwertes von Stimmrechtsaktien nicht übersteigen, OR 693 II. Gesellschaften, bei denen der Nennwert der Stammaktien vor der Revision des Aktienrechts mehr als das Zehnfache des Nennwertes der Stimmrechtsaktien betrug, können eine solche Stückelung gemäss SchlBst 5 jedoch beibehalten (sog. Grossvaterklausel).

Es ist ihnen aber untersagt, neue Aktien auszugeben, die dem in OR 693 II vorgeschriebenen Verhältnis widersprechen, SchlBest 5. Von dieser Bestimmung erfasst ist 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 des die Neustückelung betreffenden GV-Beschlusses verweigert (BGE vom 12.2.1998, Urteil 4A.12/1997 = Pra 1998 Nr. 120; vgl. auch BN 1998 346 ff.).

b) Vinkulierung von Namenaktien

Nicht börsenkotierte Aktiengesellschaften können die Zustimmung zur Übertragung von Namenaktien verweigern, wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten aufgeführten Grund angeben, OR 685b I. Als wichtige Gründe gelten u.a. Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf die wirtschaftliche Selbständigkeit der Gesellschaft die Verweigerung rechtfertigen, OR 685b II.

Die Umwandlung aller Inhaberaktien in Namenaktien – siehe OR 622 III – und deren Vinkulierung hinsichtlich einer befürchteten Übernahme durch einen Aktionär sind 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 Erforderlichkeits- als auch Gleichbehandlungsprinzip gewahrt.

Ausführungen darüber, ob die Statutenbestimmung, welche die wichtigen Gründe nennt, als solche den gesetzlichen Voraussetzungen von OR 685b II entspricht, fehlen jedoch (Tribunal cantonal VD vom 30.7.1997 = SJZ 1999 254).

3. Organe

a) Selbstkontrahieren

Schliesst ein Verwaltungsrat als Vertreter der Aktiengesellschaft mit sich selber einen Arbeitsvertrag ab, so liegt ein sog. Inschlag vor. In einem solchen Fall gilt nach der Rechtsprechung die negative Vermutung, dass die (gesellschaftsrechtliche) Handlungsvollmacht – in der Terminologie der (wohl herrschenden) Lehre Vertretungsbefugnis – dieses Selbstkontrahieren nicht abdeckt. Diese Vermutung kann mit dem Nachweis (wohl richtiger: dem Beweis des Gegenteils) widerlegt werden, dass das

Geschäft formell richtig zustande kam – bspw. durch Genehmigung eines übergeordneten Organs – oder inhaltlich angemessen war. Gelingt nicht einer dieser Gegenbeweise, ist das betreffende Geschäft ungültig, bzw. ist nicht zustande gekommen. Bezüglich der inhaltlichen Angemessenheit des Geschäftes sind strenge Massstäbe – siehe BGE 98 II 328 – anzulegen (KGer SG vom 11.12.96 = SJZ 1999 328).

b) Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsrats

Über Anträge zu nicht gehörig angekündigten Verhandlungsgegenständen können keine Beschlüsse gefasst werden, OR 700 III; eine Verwaltungsratswahl, die unter dem Traktandum "Varia" erfolgt, ist in der Regel nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar.

Ist in den Statuten eine zweijährige Amtsdauer für den Verwaltungsrat vorgesehen, so dauert die Amtszeit des Verwaltungsrates bis zu jener ordentlichen Generalversammlung, die nach Ablauf der statutarischen Amtsdauer stattfindet. Selbst 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 vom 6. 10. 97, ZR 1998 Nr. 38).

4. Offenlegungspflicht

Aktiengesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, unterliegen einer besonderen Publizitätsvorschrift: Bedeutende Aktionäre und deren Beteiligung sind im Anhang anzugeben, OR 663c. Der Geschäftsbericht von Bankaktiengesellschaften ist zwar – besondere Regeln vorbehalten – nach den Bestimmungen des Aktienrecht zu erstellen, BankG 6 II. Abweichend von der aktienrechtlichen Bestimmung trifft diese Offenlegungspflicht aber sämtliche Banken, unabhängig von einer allfälligen Börsenkotierung. Das BGer entschied, dass der Bundesrat mit der fraglichen Bestimmung – BankV 25c I Ziff. 3.10.2 – den ihm durch BankG 6 V eingeräumten Delegationsrahmen nicht überschritten hat (BGE 124 II 581).

5. Umwandlung einer GmbH in eine AG

In einem bemerkenswerten Entscheid schützte das BGer die liquidationslose Umwandlung einer GmbH in eine AG. Es sprach sich dabei ausdrücklich gegen einen *numerus clausus* im Fusions- und Umwandlungsrecht aus. Die fragliche Umwandlung liess es

– im Gegensatz zum im Gesetz geregelten, umgekehrten Vorgang, OR 824 ff. – mittels eines reinen Rechtsformwechsels zu: Während für die Umwandlung einer AG in eine GmbH das Gesetz eine sog. übertragende Umwandlung vorsieht, kann die Umwandlung einer GmbH in eine AG durch einen statutenändernden Beschluss der GmbH durchgeführt werden (reiner Rechtskleidwechsel).

Für eine solche Umwandlung müssen folgende Voraussetzungen eingehalten werden: Das bisherige Stammkapital der GmbH muss (a) voll liberiert, (b) im Zeitpunkt der Umwandlung vollständig gedeckt und (c) mindestens sFr. 100'000.- betragen. Des Weiteren müssen (d) statutarische Bestimmungen, die den Gesellschaftern eine Nachschusspflicht oder andere Leistungen auferlegen, vor der Umwandlung aufgehoben werden. Zuletzt hat (e) der Umwandlungsbeschluss alle für den Übergang in die neue Rechtsform erforderlichen Anpassungen der Statuten – Firma, Einberufungsmodalitäten für die Generalversammlung usw. – zu enthalten (BGE 125 III 18 = Reprax 1999 24 und 32 = BN 1999 68; vgl. auch *von Büren/Bürgi* in Reprax 1999 3; NZZ vom 28.12.1998 S. 15).

6. Verantwortlichkeit

a) Abgrenzung unmittelbarer/mittelbarer Schaden

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, OR 752 ff. Massgebendes Kriterium bildet die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht und damit die Art der Pflichtverletzung. Ein unmittelbarer Schaden eines Gläubigers liegt 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 folglich nur möglich, wenn die verletzte Bestimmung nicht auch die Interessen der Gesellschaft oder der Aktionäre schützt, oder wenn das Verhalten ein widerrechtliches nach OR 41 darstellt oder der Tatbestand der culpa in contrahendo erfüllt ist (BGE 125 III 86).

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 die Revisionsstelle auch bei der Erstellung der Bilanz und der Erfolgsrechnung, so sind

Pflichtverletzung aus dieser Tätigkeit nach OR 394 ff. zu beurteilen. Ein solches Zusatzmandat fällt nicht unter aOR 731 I (vgl. 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 – welches im Lichte des Unabhängigkeitserfordernisses und der gesetzlichen Aufgabenteilung zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle zudem problematisch ist, aOR 722 III, vgl. OR 716a) –, 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 3.3.1998 = Semjud 1999 228).

c) *Haftung im Konzern*

Folgender (vereinfachter) Sachverhalt war vom Bundesgericht zu entscheiden. Eine Tochtergesellschaft erstellte für die Klägerin eine EDV-Anlage, deren Systeme kurz nach Inbetriebnahme zusammenbrachen. Den erlittenen (Vermögens-)Schaden machte die Klägerin gegenüber der Muttergesellschaft geltend. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die für den Schaden verantwortlichen Personen seien Organe sowohl der Tochter- als auch der Muttergesellschaft.

Eine Muttergesellschaft hat 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 rechtswidrig oder zumindest sittenwidrig ist. Die Widerrechtlichkeit liess sich im konkreten Fall aber weder aufgrund des Gefahrensatzes noch aufgrund von ZGB 2 ableiten. Ebenfalls verneinte das BGer Sittenwidrigkeit.

Des Weiteren verneinte es einen Anspruch aus sog. "erwecktem Konzernvertrauen". Lediglich Hinweise 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.).

7. **Auflösung und Liquidation**

a) *Auflösung bei Fehlen einer Revisionsstelle*

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

Diese dem Aktionärs- und Gläubigerschutz zu wenig Rechnung tragende Praxis wurde durch das Obergericht Zürich geändert. Ausgehend von einer echten Lücke, sind die Bestimmungen von OR 727 ff. – in Anlehnung an SchlBest 2 II – dahingehend zu ergänzen, dass nach erfolgloser Fristansetzung zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes durch den Richter bzw. Nicht-Leistung des Kostenvorschusses der Richter die Gesellschaft aufzulösen hat. Die Liquidation hat nach aktienrechtlichen Vorschriften – OR 739 ff. – zu erfolgen. Die Durchführung der Liquidation obliegt der Verwaltung, wobei die Generalversammlung andere Personen damit beauftragen kann. Dagegen ist eine Konkursöffnung wegen fehlender Revisionsstelle unzulässig (OGer ZH vom 10. 4. 96, ZR 1996 Nr. 41 = ZBGR 1999 258).

b) Nichterhöhung des Aktienkapitals

Aktiengesellschaften, die am 1. Juli 1992 im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den neuen Vorschriften bezüglich Mindesthöhe des Aktienkapitals nicht entsprechen, müssen innert fünf Jahren ihre Statuten dem neuen Recht anpassen, SchlBest 2 I. Geschieht dies trotz Aufforderung durch die Handelsregisterbehörden nicht, wird die Gesellschaft auf Antrag des Handelsregisterführers durch den Richter aufgelöst, SchlBest 2 II. Die Liquidation hat nach aktienrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen, wobei die Verwaltungsräte als Liquidatoren zu ernennen sind.

Die sachliche Zuständigkeit des Richters richtet sich nach kantonalem Prozessrecht, da das Bundesrecht keine diesbezüglichen 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. 12. 97, ZR 1998 Nr. 101; zur Zuständigkeit im Kanton Genf: Semjud 1998 673).

8. Firma

a) Beziehung zwischen Firma und Zweck; Täuschungsverbot

Eine Aktiengesellschaft, deren Zweck im Betrieb eines Lagerhauses bestand und deren Firma "Lagerhaus Steinhof AG Burgdorf" lautete, wollte eine Zweckänderung zur Eintragung anmelden. Deren Zweck sollte – unter Beibehaltung der Firma – neu im Erwerb, der Überbauung, der Verwaltung und 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 5.8.1997 = BVR 1998 86; vgl. auch BN 1998 347 f.).

b) Verwechslungsgefahr

Die Firma einer Aktiengesellschaft und die ohne Personennamen gebildete Firma einer GmbH müssen sich deutlich unterscheiden, OR 951 II. Eine Verwechslungsgefahr wegen fehlender Unterscheidbarkeit verneinte das BGER bei den beiden Firmen "Excellent Personaldienstleistungen AG" und "Excellent Co. Mila GmbH", da Schriftbild und Wortklang deutlich voneinander abweichen (BGE vom 17.2.1998, Urteil 4C.218/1997 = sic! 1998 415; vgl. auch BN 1998 346).

c) Verwechslungsgefahr; Anforderung 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 seiner 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 gegenüber der kurzen, einprägsamen Bezeichnung "Nest" aber zurück, da diese Begriffe aus dem täglichen Sprachgebrauch entstammen und in einer Vielzahl von Kombinationen in Firmenbezeichnungen der Dienstleistungsbranche vorkommen. Eine objektive Verwechslungsgefahr wurde deshalb bejaht (OGER LZ vom 25. 9. 98, LGVE 1998 I 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 aufgrund einer Abwägung der gegenseitigen Interessen. Interessant ist der Entscheid deshalb, weil das BGer sich mit Rechtsproblemen im Zusammenhang mit dem Internet beschäftigen musste: Eine Aktiengesellschaft benutzte Teile ihrer Firma als "domain name" (Internetadresse), welche einer jüngeren Marke entgegenstand. Die Markeninhaber reichten Klage auf Unterlassung ein, die vom BGer aber aufgrund der Interessen des Firmeninhabers abgewiesen wurde. Der Entscheid – im Ergebnis wohl richtig – lässt aber Ausführungen vermissen, die begründen, weshalb die Benutzung von Teilen der Firma als Internetadressen auch den firmenrechtlichen Schutz geniessen (BGE 125 III 91; vgl. auch *Buri in sic! 1999* 280 f.).

9. Handelsregister

a) Kantonaler Instanzenzug

Die Kantone haben neben den Handelsregisterämtern auch eine kantonale Aufsichtsbehörde zu bestimmen, OR 927 III. Im Kanton Zürich ist die Justizdirektion mit der Aufsicht betraut. Mit der durch die Revision des OG vom 4. Oktober 1991 eingeführten Bestimmung von OG 98a haben die Kantone nun zwingend eine gerichtliche Kontrolle auch in Handelsregistersachen vorzusehen. Eine kantonale Rechtsmittelordnung, bestehend aus einer verwaltungsinternen und einer daran anschliessenden gerichtlichen Kontrolle, entspricht den den Kantonen durch OR 927 III eingeräumten Organisationsfreiheit und ist nicht bundesrechtswidrig. Ein solch zweistufiges (kantonales) Rechtsmittelverfahren kann zwar gerade bei konstitutiven Eintragungen den Interessen der daran Beteiligten widersprechen; der dadurch erreichte umfassende Rechtsschutz entspricht aber der ratio legis von OR 927 III (BGE 124 III 259; vgl. dazu *Baumann in SJZ 1999* 188 ff.).

b) Kosten des Rechtsmittelverfahrens

Auch vor dem kantonalen Verwaltungsgericht werden die Verfahrenskosten nach der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister (GebV HReg, SR 221.411.1, letztmals geändert am 1.1.1998) 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 12.2.1998, Urteil 4A.12/1997 = Pra 1998 Nr. 120; vgl. auch BN 1998 346 ff.).

II. Übriges Gesellschaftsrecht

1. Rechtsform von Anwaltssozietäten

Ausgangslage war eine Fehlinformation eines Anwaltes einer grösseren Kanzlei gegenüber einer Bank. Die Bank machte den – aufgrund der Fehlinformation erlittenen Schaden – in der Folge nicht nur gegenüber dem fehlbaren Anwalt, sondern auch gegenüber der Anwaltssozietät als solche geltend mit der Begründung, sie bilde eine Kollektivgesellschaft.

Hinsichtlich der Rechtsform von Anwaltssozietäten lassen sich aufgrund dieses Urteils zwei Schlüsse ziehen. Einerseits kann auch bei der Ausübung von freien Berufen ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe vorliegen, OR 934 I. Daraus folgt die Eintragungspflicht im Handelsregister – HRV 53 lit. c – und die Behandlung als Kollektivgesellschaft, unabhängig davon, ob ein Eintrag erfolgt (deklaratorische Wirkung, OR 553). Da bei grösseren Anwaltskanzleien in der Regel ein nach kaufmännischen Grundsätzen geführter Betrieb zu bejahen ist, kommt das Recht der Kollektivgesellschaft – OR 552 ff. – für die Anwaltssozietät zur Anwendung, 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 Planung betrieben, Organisationsbelangen besondere Aufmerksamkeit geschenkt oder einer optimalen Finanzierung Sorge getragen wird.

Andererseits schien 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 für Dritte der Rechtsschein einer (auch kollektiv) haftenden gesellschaftlichen Verbindung erweckt wird – bspw. durch Verwendung eines einheitlichen Briefkopfes. Treten die Gesellschafter nach aussen als Kollektivgesellschaft auf, müssen sie sich zivilrechtlich auch dafür behaften lassen.

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

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, sodass 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 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 Dritte auch darauf vertrauen, dass ein (geschäftsführender) Gesellschafter auch die entsprechende Vertretungsmacht besitzt. Ist ein solches Vertrauen – in das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft – gegeben, so folgt, dass die Vermutung des Bestehens entsprechender Vertretungsmacht – OR 543 III – unwiderlegbar ist und nicht durch den Beweis des Gegenteils umgestossen werden kann (BGE 124 III 355; vgl. auch *Looser* in recht 1999 73 ff.).

III. Gesellschaftsrechtlich relevante Entscheide aus andern Rechtsgebieten

1. Strafrecht

a) *Ort der Begehung bei Veruntreuung und Betrug*

Ist eine Aktiengesellschaft Opfer eines Betruges oder einer Veruntreuung, die sich im Ausland ereignet haben, 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.

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 9.12.1996 = ZGBR 1999 244 = BN 1999 32).

2. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

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 5.12.1997 = RJN 1997 131 = SJZ 1999 54).

3. Prozessrecht

Die durch das BGer zu OR 759 II aufgestellten Grundsätze (BGE 122 III 324) wurden in zweifacher Hinsicht präzisiert. Im damaligen Entscheid wurde festgehalten, dass ein Kläger, der mehrere Beteiligte auf den Gesamtschaden eingeklagt hat, das Prozesskostenrisiko nur gegenüber einer einzigen Gegenpartei (gemessen am Gesamtschaden) zu tragen hat.

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 beseitigt 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 aus verschiedenen Rechtsgründen und Vorkommnissen, in casu Verwaltungsratsmitglieder und Revisionsstellen, 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).

B. Literatur

Die Familie der juristischen Zeitschriften hat Zuwachs erhalten: Seit 1999 erscheint zweimal jährlich Reprax, die Zeitschrift für Registerpraxis. Dazu sind folgende Werke anzuzeigen:

1. Aktienrecht

Röthlisberger Alain: Disclosure of Interests in Shares. A Comparative Analysis United Kingdom – Switzerland (Zürich 1998 = Schriften zum neuen Aktienrecht 74).

2. Recht der GmbH

Les projets de Sàrl révisée et de SA privée: Travaux des Journées d'étude organisées par le CEDIDAC le 22.10. 1997 et par l'Europa Institut Zurich le 23.10.1997, éd. par Frédéric Rochat et Phidias Ferrari (Lausanne 1998 = CEDIDAC 37).

3. Recht der Genossenschaft

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 konzernrechtliche Beziehungen (Zürich 1998 = EIZ 23); *Mergers & Acquisition*: Überarbeitete Referate einer vom Europa Institut Zürich veranstalteten Tagung, hg. von Rudolf Tschäni (Zürich 1998 = EIZ 26); *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 Beteiligung im Börsengesetz (Diss. Zürich 1999 = SSBR 52).

C. Rechtsetzung

1. Reform des GmbH-Rechts

Der revidierte Vorentwurf zu einer Reform des GmbH-Rechts ist im April 1999 zusammen mit dem Bericht der Expertenkommission (Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp) in die Vernehmlassung gegangen. Eine erste Zusammenfassung des Entwurfs liegt bereits vor (von *Büren/Steiner*, ZBJV 1999 460 ff).

2. Rechnungslegungsgesetz, RRG

Die Vernehmlassungsfrist des von der Expertenkommission unter dem Vorsitz von Peider Mengiardi ausgearbeiteten Vorentwurfs für das Rechnungslegungs- und Revisionsgesetz ist am 30. April 1999 abgelaufen. Positiv gewertet wird vor allem die Grundausrichtung auf das Prinzip der "fair presentation" und die rechtsformübergreifende Konzeption des Entwurfs: Die Qualität der Buchführung und Rechnungslegung ist abhängig von der Grösse einer Unternehmung, nicht von der jeweiligen Rechtsform. 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.

Die Ausrichtung des VE RRG auf die Bedürfnisse der Adressaten der Rechnungslegung durch Verstärkung der Transparenz und Offenlegung wird begrüßt. Bedauert wird hingegen, dass durch VE 34 (Möglichkeit, abweichende Bewertungsgrundsätze anzuwenden, falls die steuerrechtlichen Grundsätze dies zulassen) die Durchsetzung dieser Prinzipien in erheblicher Weise relativiert wird. Es wird aber der Meinung der Expertenkommission zugestimmt, dass die Lösung dieser Problematik nicht im Rechnungslegungsrecht, sondern im Steuerrecht an die Hand zu nehmen ist.