

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 und RA lic. iur. Fiona Forrer (Zürich)¹

Im zu besprechenden Zeitraum (Oktober 2000 bis September 2001) ist vor allem das *Börsengesellschaftsrecht* und insbesondere das *Recht der Angebots- und Übernahmepflichten* durch Behörden und Gerichte weiterentwickelt worden. Im Übrigen sind kaum landmark-cases zu registrieren. Erneut befassen sich zahlreiche Fälle mit dem *Aktienrecht* und ganz besonders mit der *aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*.

Auch in der *Literatur* liegt ein Schwergewicht im Aktienrecht und im Börsengesellschaftsrecht.

Die Reform des Rechts der *GmbH* und das Projekt eines Gesetzes für *Umstrukturierungen* (Fusionsgesetz) wurden vorangetrieben, und am 1. Mai 2001 wurde die erste Änderung des «neuen» Aktienrechts in Kraft gesetzt.

A. Rechtsprechung

I. Rechtsgemeinschaften

Fehlende Passivlegitimation bei Klage gegen einzelne Partner einer Anwaltskanzlei: Das Zürcher Obergericht qualifizierte eine Anwaltskanzlei als Kollektivgesellschaft, da eine selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit betrieben werde, eine kaufmännische Führung vorliege und die Kanzlei nach aussen unter einem Firmennamen auftrete. Es verneinte daher die Passivlegitimation persönlich einge-

klagter Partner (vgl. OR 568 III). Daran ändere auch nichts, dass der Handelsregistereintrag unterlassen wurde, denn entscheidend sei der objektive Eindruck, den die Kanzlei gegen aussen vermittele (noch nicht publizierter Entscheid des Obergerichts, besprochen in *NZZ* vom 16. Mai 2001, S. 48 und in *Anwaltsrevue 2001* Heft 6/7 S. 24 f.). – Der Entscheid überzeugt dogmatisch, im Ergebnis befriedigt er nicht.

Zustandekommen einer Gesellschaft aufgrund des Vertrauensprinzips: Für die Verbindlichkeiten eines Bankkredits sollte eine einfache Gesellschaft, bestehend aus fünf Gesellschaftern, haften. Auf dem Kreditvertrag fehlte die Unterschrift eines Beteiligten. – Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz fehlte den übrigen Gesellschaftern der Wille, auch ohne den Nicht-Unterzeichner eine Gesellschaft zu gründen. Unabhängig vom Vorliegen eines inneren Willens der Gesellschafter folge jedoch aus dem Vertrauensprinzip, dass sich eine Gegenpartei auch «aufgrund des Verhaltens der in Aussicht genommenen Gesellschafter» auf die Regeln der einfachen Gesellschaft berufen könne, wenn sie in guten Treuen vom Bestand einer Gesellschaft ausgehen durfte. Im konkreten Fall wurde dies verneint, da das von der Bank zur Unterzeichnung unterbreitete Formular die Namen sämtlicher Gesellschafter enthielt, weshalb sich eine Rückfrage

der Bank bezüglich der fehlenden Unterschrift aufgedrängt hätte (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.24/2000 vom 28. März 2000²).

II. Aktiengesellschaften

1. Verpflichtung der Gesellschaft durch ihre Organe

Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes, welches nicht im Interesse der juristischen Person abgeschlossen wurde: Es ist davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis von Organen grundsätzlich jene Geschäfte nicht erfasst, die sich als interessenwidriges

¹ Eine erweiterte Fassung dieses Beitrags kann unter folgender Internet-Adresse abgerufen werden: <http://www.rwi.unizh.ch/forstmoser>.

² Ein Grossteil der nicht zur amtlichen Publikation vorgesehenen Entscheide sind seit April 2001 auf der Homepage des Bundesgerichts unter <http://www.bger.ch> im Volltext abrufbar. Diese Neuerung schafft vermehrte Transparenz, sie könnte aber auch bald einmal zu einem Embarras de richesse führen. – In suchtechnischer Hinsicht wären neben der Einführung von Regesten eine Suche, die auch Entscheide in anderen Amtssprachen berücksichtigt und/oder eine Suche mittels Eingabe von Gesetzesartikeln sowie Einschränkungsmöglichkeiten anhand Boole'scher Operatoren hilfreich. Bei Entscheiden, die anschliessend amtlich publiziert werden, wäre zudem ein Hinweis auf die amtliche Fundstelle zweckmässig.

Vertreterhandeln erweisen. Doch kann eine solche stillschweigende Beschränkung der Vertretungsbefugnis einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn sie für ihn erkennbar war oder bei gebührender Sorgfalt von ihm hätte erkannt werden müssen. Während beim Selbstkontrahieren und bei der Doppelvertretung die Vertretungsmacht grundsätzlich ausgeschlossen ist, entfällt sie bei blossen Interessenkonflikten nur bei Kenntnis bzw. Erkennbarkeit seitens des Dritten (BGE 126 III 361).

Befugnis des Verwaltungsrats zur Genehmigung eines Inschlaggeschäfts: Das Bundesgericht betrachtet die nachträgliche Genehmigung eines wegen Doppelvertretung ungültigen Geschäfts durch eine Erklärung des Verwaltungsratspräsidenten – und nicht des Gesamtverwaltungsrats, wie dies von einem Teil der Lehre verlangt wird – als genügend. Dies umso mehr als solche Geschäfte bei wirtschaftlich eng verbundenen Gesellschaften ohnehin vom Zweck (OR 718a I) gedeckt seien (BGE 127 III 332).

Handelsregistereintrag und Kundgabe nach aussen: Eine gemäss Handelsregistereintrag nur kollektiv zeichnungsberechtigte Person kann die Gesellschaft auch allein verpflichten, wenn Umstände gemäss OR 32 II vorliegen (BJM 2001 183).

Haftung für unerlaubte Handlungen von Organen (UWG 9 III i.V.m. ZGB 55 II): Ein Zeitungsverlag macht geltend, dass eine Journalistin als Hilfsperson zu betrachten sei, weshalb sich die Haftung nach OR 55 richte und der Verlag sich exkulpieren könne. Das Gericht kommt zum Schluss, dass zwar keine Organstellung der Journalistin im Sinne von ZGB 55 I bestehe, hingegen der verantwortliche Chefredaktor, der den Artikel der Journalistin redigiert und

korrigiert hatte, als faktisches Organ anzusehen sei (GVP-SG 2000 109 ff.).

2. Verwaltungsrat

Rechtsfolgen der Verweigerung des Auskunftsrechts der Mitglieder des Verwaltungsrates: Nach OR 715a steht jedem Mitglied des Verwaltungsrates ein Recht auf Auskunft zu. Wird ein Auskunftsbegehren durch Verwaltungsratsbeschluss (vgl. OR 715a V) abgelehnt, sieht das Gesetz jedoch ausser in Fällen der Nichtigkeit *keinen Rechtsbehelf* vor. Dabei handelt es sich – nach freilich nicht unbestrittener Auffassung – um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Vorliegend wurde die Nichtigkeit aus verschiedenen Gründen verneint, unter anderem deshalb, weil eines der Verwaltungsratsmitglieder gleichzeitig als Berater für Dritte tätig war und weil das Informationsrecht eingesetzt wurde, um sich in einem Verfahren gegenüber der Gesellschaft zu verteidigen, was rechtsmissbräuchlich sei (Cour de Justice genevoise, Semjud 2000 437).

3. Aktionärsrechte und Generalversammlung

Fristen von OR 696 I und OR 700 I: Diese Fristen können statutarisch nicht verkürzt werden. Doch kann der Aktionär im konkreten Einzelfall auf ihre Einhaltung verzichten. Dies zeigt sich etwa darin, dass bei Zustimmung aller Aktionäre jederzeit eine Universalversammlung abgehalten werden kann (OR 701). Eine Anfechtungsklage wegen nicht ordnungsgemässer Einberufung wurde in casu aufgrund von OR 691 III abgewiesen (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000).

Notwendiger Inhalt eines Kapitalerhöhungsbeschlusses: In einem Ka-

pitalerhöhungsbeschluss war festgehalten, die Liberierung der neuen Aktien habe «entweder in Geld oder ... durch Verrechnung mit verrechenbaren Forderungen gegenüber der Gesellschaft» zu erfolgen. Das Zürcher Handelsregisteramt lehnte die Eintragung einer darauf gestützten Erhöhung ab mit der Begründung, die Generalversammlung habe sich bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung zwingend zur *Art der Einlage* zu äussern und sie dürfe nicht mehrere Möglichkeiten offen lassen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich entscheidet gegenteilig, da keine zwingenden Gründe erkennbar seien, weshalb die Generalversammlung nicht eine alternative Liberierung durch Geld oder Verrechnung gestatten dürfe. Offen liess das Gericht, ob das Handelsregister nicht ohnehin seine Kognition überdehnt habe, «denn diese beschränkt sich auf offensichtliche und unzweideutige Verletzungen von im öffentlichen oder im Interesse Dritter statuiertem zwingendem Recht» (ZR 2001 126).

4. Verantwortlichkeit

4.1 Pflichtverletzungen (Kasuistik)
Aufsichtspflicht nicht geschäftsführender Mitglieder des Verwaltungsrates: Das Eidg. Versicherungsgericht erklärt die zu aOR 722 II Ziff. 3 entwickelte Praxis auch auf revOR 716a anwendbar, wonach sich jedes Verwaltungsratsmitglied periodisch über den Geschäftsgang und über wichtige Beschlüsse auch ausserhalb des ihm zugewiesenen Ressorts zu informieren habe. Bei Unregelmässigkeiten oder Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der an einen Mitverwaltungsrat delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse habe es die erforderlichen Abklärungen zu treffen und eine ge-

naue und strenge Kontrolle hinsichtlich der gesetzlichen Vorschriften auszuüben (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid H 337/00 vom 7. Juni 2001).

Pflicht zur Benachrichtigung des Richters (OR 725 II): Bei der Benachrichtigungspflicht handelt es sich um eine *nicht delegierbare Aufgabe*, weshalb sie *nicht von faktischen Organen vorgenommen* werden kann und diese auch nicht zur Verantwortung gezogen werden können, es sei denn, sie hätten den Verwaltungsrat von der Benachrichtigung abgehalten oder ihn über das Bestehen der Überschuldung nicht informiert. – Bei konkreten *Aussichten auf eine Sanierung* muss der Richter nicht sofort benachrichtigt werden. Dabei dürfen die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger jedoch nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet werden. Als Sanierungsbemühungen, die das Haftungssubstrat nicht berühren und daher unproblematisch sind, qualifiziert das Bundesgericht die Aufnahme von Krediten, die durch Dritte gesichert sind. Ungesicherte Kredite und die Auflösung von Vermögenswerten sind hingegen nur dann unproblematisch, wenn zu erwarten ist, dass mit den neuen Mitteln Gewinne erzielt werden. – Die Sanierung bleibt auch dann zulässig, wenn sich die Sanierungsbemühungen im Nachhinein als unfruchtbar erweisen (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001).

Verantwortlichkeit hinsichtlich der Rechnungslegung: Die Jahresrechnung soll einen möglichst sicheren Einblick in die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft ermöglichen, wobei ein Organ damit rechnen muss, dass dieses Dokument an Kreditgeber gelangt. – Das Erstellen falscher Bilan-

zen ist für eine Haftung gegenüber Kreditgebern ausreichend, und zwar unabhängig davon, ob das verantwortliche Organ mit dem Gläubiger je Vertragsverhandlungen geführt hat bzw. ihm die Bilanz vorgelegt hat (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.344/1998 vom 24. November 2000). – Der unmittelbare Gläubigerschaden wird auf OR 41 gestützt, wobei die Widerrechtlichkeit in der Erfassung eines in der Höhe nicht ausgewiesenen Debitorenbestandes liegt.

Misswirtschaft (StGB 165) und Untertlassung der Buchführung (StGB 166): Dem Angeklagten wird vorgeworfen, die Überschuldung beim Richter nicht rechtzeitig angezeigt zu haben (OR 725), obwohl die Kontrollstelle³ die Verwaltung³ ausdrücklich auf ihre Pflicht hingewiesen hatte und in der Folge als Organ zurückgetreten war. Weiter wird ihm vorgeworfen, entgegen den Vorschriften von OR 957 ff. gehandelt zu haben, indem er die Bücher der AG nicht mehr weitergeführt habe. Das Gericht erachtet beide Tatbestände sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht als erfüllt, weshalb der Angeklagte seine aktienrechtlichen Pflichten verletzt habe (ZR 2000 68).

Pflichtverletzungen der Revisionsstelle: Die Pflichtverletzung wird bejaht in einem Fall, in welchem die Kontrollstelle³ das tatsächliche Vorhandensein der aufgeführten Aktiven nicht überprüft, eine Überbewertung der Aktiven nicht festgestellt und deshalb zu Unrecht die Bilanzgenehmigung beantragt hatte. Eine Herabsetzung des Schadens wegen Selbstverschuldens (OR 44 I), wie sie von einem Teil der Lehre verlangt wird, wenn ein Investor bei einem wichtigen Kauf nicht zusätzlich zu den revidierten Bilanzen Garantiezusagen der

Verkäuferin und einen Spezialbericht der Revisionsstelle verlangt, wird abgelehnt (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.198/2000 vom 28. September 2000).

4.2 Organstellung und Dauer der Organhaftung

Organhaftung eines im Handelsregister als einzelzeichnungsberechtigt eingetragenen Direktors: In einem Verantwortlichkeitsprozess über Beitragsforderungen einer Ausgleichskasse wird festgestellt, dass einem im Handelsregister als einzelzeichnungsberechtigt eingetragenen Direktor auf jeden Fall Organfunktion zukommt (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid H 420/99 vom 22. März 2001).

Dauer der Haftung eines Gesellschaftsorgans für Sozialversicherungsbeiträge: Massgebend ist der Zeitpunkt des tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat und nicht die Löschung der Funktion im Handelsregister oder das Datum der Publikation seines Austritts im SHAB, da nur bis zum effektiven Ausscheiden auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss genommen werden kann. Dass es der Ausgeschiedene unterlassen hat, seine Löschung beim Handelsregister anzumelden (vgl. HregV 25a), wird ihm nicht zur Last gelegt. Die Situation hinsichtlich der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen unterscheidet sich von derjenigen eines privaten Gläubigers, der auf der Grundlage der handelsregisterlich ausgewiesenen Besetzung des Verwaltungsrates Geschäftsbeziehungen aufgenommen hat (BGE 126 V 61 und BGE 126 V 134).

³ Die Pflichtverletzung ereignete sich unter altem Aktienrecht, daher diese Terminologie.

4.3 Herabsetzung der Schadenersatzpflicht wegen geringen Verschuldens

Verhältnis zwischen Solidarität und Herabsetzung der Schadenersatzpflicht aufgrund geringen Verschuldens im Aussenverhältnis: Bestätigung der Lehre und Praxis zur differenzierten Solidarität (OR 759 I), wonach jeder solidarisch Haftpflichtige für den gemeinsam mit anderen zu verantwortenden Schaden einzustehen hat, aber nur bis zur Höhe des ihm persönlich zurechenbaren Teils des Schadens, was die Möglichkeit einer Berufung auf leichtes Verschulden in sich schliesst. Da das Gericht in casu das Verschulden der Revisionsstelle als schwer einstuft, lehnt es eine Reduktion der Schadenersatzpflicht im Aussenverhältnis gestützt auf OR 43 I ab (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid vom 14. Dezember 1999, RJJ 2000 135).

4.4 Bedeutung der Kollokation

Überprüfbarkeit einer kollozierten Forderung im Verantwortlichkeitsprozess: Unter Hinweis auf Pra 1996 809 E.9b wurde entschieden, dass die definitive Kollokation einer Forderung deren Bestand nicht präjudiziert, da der Kollokationsplan seine Wirkung nur im laufenden Konkursverfahren entfaltet. Danach *begründen Kollokationsplan und Abtretung nur die Klagelegitimation* des Gläubigers, weshalb der Zivilrichter frei überprüfen kann, ob die Haftungsvoraussetzungen nach OR 754 ff. erfüllt sind. Die Frage, ob dem zu Unrecht kollozierten Gläubiger ein fehlendes Rechtsschutzinteresse entgegengehalten werden darf, wird unter Berufung auf die Ausführungen von *Klaus Hütte* (SchKG 260 II, Zum Rechtsschutzinteresse des zu Unrecht kollo-

zierten Gläubigers, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 2000 41 ff., insb. Ziff. 3.2) und einen Beschluss des Zürcher Obergerichts vom 24. Februar 2000 bejaht (SG-GVP 2000 115). Von gleichen Überlegungen geht ein nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.275/2000 vom 24. April 2001 aus, in welchem eine Klage mangels genügender Substanziierung abgewiesen wurde, weil sich der Kläger bezüglich der Höhe des Schadens lediglich auf die im Konkurs kollozierte Forderung berufen hatte.

4.5 Qualifikation der Klage eines Abtretungsgläubigers

Das Bundesgericht hält an seiner durch BGE 117 II 432 initiierten Praxis fest, wonach nach Konkurseröffnung nicht zwischen einer Klage des Abtretungsgläubigers aus eigenem Recht und einer solchen aus dem Recht der Gesellschaft zu unterscheiden, sondern von einer einheitlichen Klage aus dem Recht der Gläubigergesamtheit auszugehen ist. Diese Auffassung führt zum unbefriedigenden Ergebnis, dass der Abtretungsgläubiger den Ersatz des gesamten Schadens fordern kann, ohne dass er sich Einreden gegen ihn persönlich (z.B. Mitverschulden) oder gegen die Gesellschaft (z.B. Décharge) entgegenhalten lassen muss (nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.262/2000 vom 15. Dezember 2000, vgl. auch BGE 122 III 176, 488 und BGE 125 III 86).

4.6 Unmittelbarer und mittelbarer Gläubiger- und Aktionärsschaden

Das Bundesgericht hält an seiner ebenfalls stark umstrittenen Praxis fest, wonach die *Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Gläubigerschaden* nicht da-

nach vorzunehmen ist, in welcher Vermögensmasse ein Schaden eingetreten ist, sondern vielmehr aufgrund der verletzten Rechtsnorm. Im Konkurs der Gesellschaft können nach dieser Ansicht Gläubiger unmittelbaren Schaden nur gestützt auf eine Verletzung von Pflichten geltend machen, die *ausschliesslich dem Gläubigerschutz* dienen (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.344/1998 vom 24. November 2000, aus der kantonalen Praxis vgl. SG-GVP 2000 114).

Kasuistik:

- Bejaht wird die unmittelbare Schädigung von Investoren und Kreditgebern, die ihren Entscheid auf *unvollständige oder falsche Bilanzen* bzw. *unkorrekte Revisionsberichte* gestützt haben (vgl. nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.198/2000 vom 28. September 2000 und 4C.344/1998 vom 24. November 2000).
- Eine Gesellschaft, die sich in Auflösung befand, hatte einen von der Versicherung erhaltenen Betrag zur Deckung eines Schadens einer Gläubigerin mit nachrangiger Forderung zukommen lassen. In diesem Zusammenhang wird festgestellt, dass es sich bei den Vorschriften von *OR 744 f. um Schutzvorschriften handle, die ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger vorgesehen seien* (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.17/2000 vom 17. April 2000).
- Dagegen hat das Bundesgericht in einer Schadenersatzklage gegen den Staat Luzern wegen behaupteter Verschleppung der Konkurseröffnung erklärt, *OR 725a sei keine ausschliessliche Gläubigerschutznorm*, weshalb einzelne Gläubiger nicht unmittelbaren Schaden geltend machen könnten (BGE 127 III 374).

5. Konzernrecht

Ein Verwaltungsratsmitglied der Mutter- und gleichzeitig der Tochtergesellschaft sowie Mehrheitsaktionär der Muttergesellschaft hat Privatbezüge auf Rechnung der Tochtergesellschaft getätigt, eine Lebensversicherung auf Kosten der Tochtergesellschaft als Sicherheit für einen Geschäftskredit an die Muttergesellschaft abgeschlossen und kurz vor dem Konkurs der Tochtergesellschaft von ihr Honorare bezogen. Aufgrund der Verantwortlichkeitsklage eines Arbeitnehmers gegen das Verwaltungsratsmitglied hielt das Bundesgericht fest, dass auch bei einer 100%igen Beherrschung mit Oberleitung durch die Muttergesellschaft der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft unvermindert darüber zu wachen hat, dass Gesetz und Statuten sowie die Bestimmungen über den Kapitalschutz bei der Tochter beachtet werden. Damit erweist sich ein ungerechtfertigter Entzug bzw. die Vorenthaltung von der Gesellschaft zustehendem Kapital auch ohne Überschuldungssituation als sorgfalts- bzw. treuwidrig (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.252/2000 vom 5. Dezember 2000).

6. Börsenkotierte Gesellschaften

Übernahmekommission und Eidg. Bankkommission haben die besonderen Regeln, die sich für Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien aus dem Börsenrecht ergeben, weiterentwickelt und verfeinert. Es sei im Folgenden nur auf zwei Entscheide hingewiesen:

Angebotspflicht und Vinkulierung: Eine Investorengruppe, die über 27% der Aktien der Baumgartner Papiers Holding SA verfügte, aber wegen einer Vinkulierungsbestimmung nur 3% der Stimmrechte ausüben konnte,

beantragte, von der Pflicht zur Unterbreitung eines Übernahmeangebots beim Erwerb zusätzlicher Aktien entbunden zu werden. Dem Gesuch wurde sowohl von der Übernahmekommission als auch von der EBK stattgegeben unter der resolutiven Bedingung, dass die Gesellschaft ihre diskriminierende Eintragungspraxis, nämlich die Vinkulierungsbestimmungen nur bei gewissen Aktionären anzuwenden, aufgeben. Das Bundesgericht hebt diesen Entscheid auf mit Verweis auf BEHG 32 II, wonach ein Übernahmeangebot ab einem Grenzwert von $33\frac{1}{3}$ der Stimmrechte unabhängig davon zu erfolgen habe, ob die Stimmrechte ausübbar seien oder nicht (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 2A.394/2000 vom 2. Juli 2001).

Unzulässigkeit einer befristeten und individualisierten Opting-out-Klausel: Im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Mehrheitspakets sollte bei der Esec Holding AG mittels Sonderversammlung (d.h. unter Ausschluss des Stimmrechts der direkt interessierten Aktionäre) folgende Statutenänderung eingeführt werden: «Sofern die Unaxis AG vor dem 1. September 2001 den Grenzwert von $33\frac{1}{3}$ % der Stimmrechte der Gesellschaft überschreitet, ist sie von der Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebotes gemäss dem BEHG befreit.» Die EBK verneint die Zulässigkeit der Klausel mit der Begründung, das BEHG zähle die Möglichkeiten von Ausnahmen zur Angebotspflicht abschliessend auf, indem es neben dem Opting-out einzig das Opting-up als partielles Opting-out vorsehe (BEHG 32 I). Für die von Unaxis geplante Transaktion verlange das BEHG zwingend die Unterbreitung eines Angebotes, um die Gleichbehandlung der Minderheitsaktionäre

sicherzustellen (Verfügung der Übernahmekammer der EBK vom 23. Juni 2000).

III. GmbH und Genossenschaft

Organhaftung bei der GmbH: Die Organhaftung (in casu nach AHVG 52) trifft nur die formell eingesetzten und die faktischen Geschäftsführer, nicht aber die *nicht geschäftsführenden Gesellschafter*. Etwas anderes gilt nur, wenn ein Gesellschafter über die Mehrheit des Stammkapitals verfügt und dem formell eingesetzten Geschäftsführer Weisungen zur Geschäftsführung erteilt (BGE 126 V 237 ff.).

Höhe des Abfindungsanspruches beim Austritt aus einer Genossenschaft: Auch wenn die Statuten dem ausscheidenden Genossenschafter einen Anspruch auf Rückerstattung des Nennwertes seiner Anteilsscheine einräumen (OR 864 II), wird die Höhe des Rückerstattungsbetrages durch das bilanzmässige Reinvermögen im Zeitpunkt des Ausscheidens zwingend begrenzt (OR 864 I). Etwas anderes würde zu einer Benachteiligung der verbleibenden Gesellschafter führen (SG-GVP 2000 121). Bestätigung dieser Ansicht in einem Bundesgerichtsentscheid 4C.58/2001 vom 30. Mai 2001, referiert in SJZ 2001 433 f.

Verweisungen im Genossenschaftsrecht auf das Aktienrecht: In einem Entscheid betreffend die Liquidation einer Genossenschaft wird darauf hingewiesen, dass es problematisch ist, bei der Verweisungsnorm von OR 913 I einfach auf das neue Aktienrecht zu schliessen, da die Frage, ob Verweisungen im Genossenschaftsrecht sich auf das bisherige oder das revidierte Aktienrecht beziehen, bei der parlamentarischen Beratung offenbar nicht beachtet wurde (SG-GVP 2000 121 ff.).

IV. Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften

Privatrechtliches Handeln des Gemeinwesens durch eine gemischtwirtschaftliche AG: Die Schweizer Mustermesse in Basel, eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft (OR 762), hat zwei Galeristen eine Absage auf ihr Gesuch um Erteilung eines Standplatzes anlässlich der internationalen Kunstmesse ART erteilt. Den ebenfalls abweisenden Entscheid der Rekurskommission der ART Basel fechten die beiden Galeristen erfolglos mit staatsrechtlicher Beschwerde unter Berufung auf BV 27 und BGMG 2 ff. sowie KG 2 ff. an. Das Bundesgericht tritt auf die Klage nicht ein mit der Begründung, die Schweizerische Mustermesse AG habe privatrechtlich gehandelt, weshalb ein Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 84 Abs. 1 OG fehle (BGE 126 I 250).

V. Kennzeichenrecht

Täuschungsverbot: Keine Pflicht zur Änderung der Firmenbezeichnung eines Zeitungsverlags trotz Fusion mit einer anderen Zeitung: Zwar hat der Firmenname «Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne» nichts mehr mit dem durch Zusammenschluss der Zeitung «Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne» und der Zeitung «Nouveau Quotidien» neu hervorgegangenen Zeitung «Le Temps» zu tun. Er entspricht jedoch der historischen Wahrheit. Eine Täuschungsgefahr ist nicht gegeben, da die ursprünglichen Zeitungen nicht mehr existieren und der Handelsregistereintrag als Gesellschaftszweck nicht mehr die Herausgabe der ursprünglichen Zeitungen erwähnt, sondern ganz allgemein die Publikation von Zeitungen (nicht amtlich publizierter Bundesgerichts-

entscheid 4A.5/2000 vom 25. Januar 2001).

Verwechslungsgefahr wegen Ähnlichkeit der Zeichen, der Bekanntheit eines Namensbestandteils und gleicher Branchentätigkeit: Die Securitas AG verlangte von der Securicall AG die Änderung ihres Firmennamens sowie der von ihr hinterlegten Wortmarke zur Bezeichnung von Alarmanlagen und anderen Dienstleistungen im Alarmwesen. Das Bundesgericht hiess sowohl die firmenrechtlichen als auch die markenrechtlichen Anträge wegen Verwechslungsgefahr gut: Die Zeichenähnlichkeit in Verbindung mit dem Umstand, dass sich der Zeichenbestandteil «Securitas» in der Schweiz durchgesetzt habe, lasse das Publikum eine Firma namens Securicall als zur Securitas-Gruppe gehörend vermuten. Die Marke Securitas verfüge in der Schweiz über einen hohen Bekanntheitsgrad, weshalb ein Zeichen mit Wortanfang «Securi» im Bereich Sicherheit und Bewachung ebenfalls den Leistungen der Securitas-Gruppe zugeordnet werde (BGE 127 III 160).

Unzulässige Verwendung einer einem Dritten zustehenden älteren Marke als Firmenname bzw. als Internet-Domain-Name: Die amerikanische Firma Hotmail Corp. mit Domain-Name Hotmail und in der Schweiz angemeldete Marke HOTMAIL klagte gegen eine schweizerische Gesellschaft mit registriertem Domain-Namen hotmail.ch. Trotz Registrierung und effektiver Nutzung steht der Domain-Name unter dem Vorbehalt stärkerer Rechte aus Namens-, Wettbewerbs- und Markenrecht. In zeitlicher Hinsicht ist auf die Erstanmeldung in den USA abzustellen, die früher einsetzte als die Registrierung des Domain-Namens durch die Beklagte. Das Gericht sieht auch keinen Grund, HOTMAIL die Marken-

fähigkeit abzusprechen. Aufgrund der Verwechslungsgefahr bejaht das Gericht zudem einen Verstoss gegen UWG 3 lit. d (Urteil des Basler Obergerichts vom 2. Mai 2000, BJM 2000 237).

VI. Wertpapierrecht

Rücktrittsrecht einer Bank bei einer aufgrund eines gezogenen ungedeckten Checks erfolgten Gutschrift: Gestützt darauf, dass die Gutschrift der Bank nur unter der Resolutivbedingung erfolgte, dass der Check durch die bezogene Bank eingelöst werden könne und diese auflösende Bedingung vom Willen der Parteien getragen ist, ist die Bank berechtigt, beim Eintritt der Bedingung (das definitive Ausbleiben der Zahlung durch die bezogene Bank) die Gutschrift rückgängig zu machen (Bundesgerichtsentscheid 4C.303/2000 vom 5. Januar 2001).

VII. Andere Rechtsgebiete (Zivilprozessrecht und SchKG)

Ausschluss der juristischen Person vom Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege: Die kantonale Vorschrift von Zürcher ZPO 84 III, wonach juristischen Personen die unentgeltliche Rechtspflege nicht bewilligt werden kann, verstösst nicht gegen den bundesverfassungsrechtlich gewährleisteten Armenrechtsanspruch von revBV 29 III. Die Revision der BV ändert hinsichtlich dieser Frage nichts an der materiellen Rechtslage (ZR 2001 94).

Ein ausländisches Konkursdekret betreffend eine faktische Gesellschaft ohne Handelsregistereintrag und ihren Gesellschaftern steht dem schweizerischen Ordre public nicht entgegen: Das Bundesgericht begründet dies damit, dass nach Schweizer Recht eine Kollektivgesellschaft auch

stillschweigend bzw. durch konkludentes Handeln gegründet werden kann und die Gläubiger den Eintrag im Handelsregister mit deklaratorischer Wirkung verlangen können, wenn die Gesellschaft entgegen OR 552 II nicht eingetragen ist. Der italienische Konkurs einer faktischen Gesellschaft und jener ihrer Gesellschafter weicht daher nicht derart von der schweizerischen Konzeption ab, dass eine völlige Unvereinbarkeit mit der schweizerischen Rechtsordnung vorliegt (Pra 2001 304).

B. Literatur

1. Allgemeines Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht

Soeben erschienen ist der erste Teilband des Berner Kommentars zum Handelsregisterrecht von *Manfred Küng*: Das Handelsregister. Kommentar zu Art. 927-943. Band VIII/1./1. (Bern 2001). Die von *Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg* für Niklaus Schmid herausgegebene Festschrift: Wirtschaft und Strafrecht (Zürich 2001) enthält neben Beiträgen zum Vermögensstrafrecht und zur Wirtschaftskriminalität auch solche zu aktien- und bankenrechtlichen Haftungsproblemen. Besondere Erwähnung verdienen *Peter Böckli*: Einführung in die IAS (Zürich 2000 = Schriften zum neuen Aktienrecht Bd. 16) und die für die 134. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins (St. Gallen, 29./30. September 2000) verfassten Referate von *Giorgio Behr*: Funktion und Grenzen der Rechnungslegung als Instrument der wirtschaftlichen Steuerung, ZSR NF 119 (2000) II 5, *Werner F. Ebke*: Die Internationalisierung der Rechnungslegung, Revision und Publizität und die Schweiz, a.a.O. 39., *Lukas Handschin/Alexander Kind*: Rech-

nungslegung zwischen Realität und Vorsicht, a.a.O. 95, *Karl Hofstetter*: Globalisierung und Wirtschaftsrecht, a.a.O. 361, *Heinrich Koller*: Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung, a.a.O. 313 und *Anton K. Schnyder*: Wirtschaftskollisionsrecht als Regelungsinstrument für eine internationalisierte Wirtschaft, a.a.O. 397.

Zu beachten sind ferner die Monographien von *Patrick M. Hoch*: Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft (Meilen 2001), *Guillaume Vianin*: L'inscription au registre du commerce et ses effets (Diss. Fribourg 2000 = AISUF 194) und *Peter Stolz*: Mittelständische Unternehmungen (KMU) und Justiz (Zürich 2000 = SSW 200).

2. Aktienrecht

Probleme des Konzernrechts werden erläutert in der von *Charlotte Baer* herausgegebenen Sammelschrift: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht (Bern 2000, mit Beiträgen von *Jean Nicolas Druet, Peter Böckli, Peter Forstmoser, Peter Nobel* und *Peter Hommelhoff*). Eine weitere erwähnenswerte Sammelpublikation ist von *Gaetan Bohrer* herausgegeben worden: La société anonyme dans ses rapports avec ses actionnaires (Lausanne 2001 = Publications CEDIDAC 43, mit Beiträgen von *Walter A. Stoffel, Louis Dallèves, Jean-Marc Rapp* und *Henry Peter*). An Mitglieder des Verwaltungsrates – auch Nichtjuristen – richtet sich das Handbuch von *Georg Krneta*: Praxiskommentar Verwaltungsrat (Bern 2001). Beachtenswert sind die für die Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins vom 29./30. September 2000 erarbeiteten Referate von *Lukas Glanzmann*: Die Ver-

antwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR NF 119 (2000) II 135 und *Giorgio Behr*: Funktion und Grenzen der Rechnungslegung als Instrument der wirtschaftlichen Steuerung (a.a.O. 5).

Aus der Vielzahl von Monographien ragt die monumentale Darstellung von *Peter V. Kunz*: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Bern 2001) heraus. Sodann seien herausgegriffen: *Dieter Aebi*: Interzession (Diss. Zürich 2001 = SSW 206); *Harald Bärtschi*: Verantwortlichkeit im Aktienrecht (Diss. Zürich 2001 = SSW 210); *Raphael Büchi*: Spin-off. Rechtliche Aspekte zum Schweizerischen Recht (Diss. Bern 2001 = ASR 649); *Herbert G. Buff*: Compliance (Diss. Zürich 2000 = SSW 199); *Thomas Burkhalter*: Einheitsaktien (Diss. Basel, Zürich 2001 = SSW 201); *Florian Chaudet*: Ajournement de la faillite de la société anonyme (Basel 2001); *Rolf Ditesheim*: La représentation de la société anonyme (Diss. Lausanne, Bern 2001 = ASR 647); *Monika Hintz-Bühler*: Aktionärsbindungsverträge (Diss. Bern 2001 = ASR 659); *Stephan Kesselbach*: Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht (Diss. Zürich 2001 = SSW 204); *Richard C. Müller*: Die Investmentgesellschaft (Diss. Zürich 2001 = SSW 208); *Urs Pfister*: Der Aktionärsbindungsvertrag. Die kollisionsrechtliche Behandlung aus der Sicht des Schweizerischen IPRG (Zürich 2001 = NIWUZ 13); *Alain P. Röhrlisberger*: Die Abschaffung von Stimmrechtsaktien (Zürich 2000 = SSW 202); *Gaudenz Schwitzer*: Die Privatisierung von Kantonalbanken (Diss. Freiburg 2000 = AISUF 195); *Dorothea Senn*: Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG (Diss. Basel, Zürich 2001 = SSW 209).

3. Recht der GmbH

Vgl. dazu – auch de lege ferenda – die Monographie von *Jürg Schneider*: *Le capital social initial de la société à responsabilité limitée* (Diss. Neuchâtel, Zürich 2000 = SSHW 197).

4. Börsengesellschaftsrecht

Erschienen sind die erste Lieferung (Zürich 2000) des Kommentars zum BG über die Börsen und den Effektenhandel, *Gérard Hertig et al.* (Hrsg.) sowie die Neuauflage (Zürich 2001) der umfassenden Sammlung aller einschlägigen Texte des Banken-, Börsen- und Kapitalmarktrechts von *Luc Thévenoz/Urs Zulauf* (Hrsg.): *Bank- und Finanzmarktrecht*, in identischen Versionen in deutscher und französischer Sprache. Kurz vor dem Erscheinen steht ein Kurzkomentar zum Börsen- und Effektenhandelsgesetz (Börsengesetz, BEHG) von *Rolf H. Weber* (Zürich 2001). Angekündigt ist ferner ein Grundriss des schweizerischen Börsenrechts von *Hans Peter Dietzi/Sandra Latour* (Basel 2001).

Gute Übersichten über die neuesten Entwicklungen bieten die systematisch geordnete Entscheidungssammlung von *Myriam Senn*: *Finanzmarktrechtliche Entscheide* (Bern 2001) sowie *Peter Nobel* (Hrsg.): *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz* (Bern 2001).

Erwähnt seien die beiden Monographien von *Jrena Frauenfelder*: *Die Pflichten der Zielgesellschaft gemäss Art. 29 BEHG* (Diss. Zürich 2001 = SSHW 211) und von *Pascal M. Kistler*: *Die Erfüllung der (aktien- und börsenrechtlichen) Meldepflicht und Angebotspflicht durch Aktionärsgruppen* (Diss. Zürich 2001 = SSHW 212). Für die rechtstheoretische und rechtspolitische Diskussion bedeutsam sind die für die Jahresversammlung 2000 des

Schweizerischen Juristenvereins vorbereiteten Referate von *Markus Ruffner*: *Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften – eine ökonomische Analyse*, ZSR NF 119 (2000) II 195 und von *Hans Caspar von der Crone*: *Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft*, a.a.O. 235.

5. Unternehmensverbindungen und -umwandlungen

Vgl. die Veröffentlichung der Beiträge zur dritten Tagung zum Thema *Mergers & Acquisitions* unter der Ägide des Europa Instituts Zürich (EIZ), *Rudolf Tschäni* (Hrsg.): *Mergers & Acquisitions III* (Zürich 2001 = EIZ 34).

C. Gesetzgebung

I. Aktienrecht

Aufgrund der Vorstösse von Publikumsgesellschaften, deren Aktien für den Börsenhandel im internationalen Vergleich zu schwer geworden waren, wurde in Rekordzeit eine Revision von OR 622 IV realisiert. Seit dem 1. Mai 2001 beträgt der Mindestnennwert von Schweizer Aktien nicht mehr Fr. 10.–, sondern nur noch einen Rappen.

Bereits im Frühjahr 2001 haben zahlreiche Publikumsgesellschaften die flexible neue Ordnung nicht nur für einen Split ihrer zu schweren Aktien verwendet, sondern – was der Gesetzgeber in diesem Ausmass wohl nicht vorausgesehen hat – auch für Kapitalrückzahlungen an die Aktionäre, die im Gegensatz zur Dividende in der Schweiz steuerfrei sind.

Ins Auge gefasst wird eine weitergehende Teilrevision des Aktienrechts, mit welcher die Möglichkeit nennwertloser Aktien geschaffen würde.

II. Recht der GmbH

Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement ist daran, den Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH im Lichte der Vernehmlassungsergebnisse zu überarbeiten. Die Botschaft wird vor Ende 2001 erwartet.

III. Fusionsgesetz

Der Ständerat hat im März 2001 als Erstrat den bundesrätlichen Entwurf zum Fusionsgesetz (mit welchem alle Arten von Umstrukturierungen und nicht etwa nur Fusionen geregelt werden sollen) beraten und mit wenigen Änderungen angenommen (vgl. *AmtlBull SR 2001 142 ff.*). Im Nationalrat steht die Besprechung bevor.

Literatur: *Hanspeter Kläy/Nicolas Turin*: *Der Entwurf zum Fusionsgesetz*, *Reprax 2001 1 ff.* bzw. in französischer Sprache, a.a.O. 44 ff. sowie *Markus Reich*: *Steuerrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes*, *IFF Forum für Steuerrecht (FSTR) 2001 4 ff.*

IV. Buchführung und Rechnungslegung

Die Revision des 32. Titels des Obligationenrechts vom 31. März 1999 betreffend die Kaufmännische Buchführung (Änderung der Art. 957, 961, 962 und 963 sowie Aufhebung von Art. 964) soll trotz unbenutzt verstrichener Referendumsfrist am 20. April 2000 (vgl. dazu schon *SJZ 2000 473*) erst mit dem Erlass der einschlägigen Vollziehungsverordnung(en) in Kraft gesetzt werden.

Das Schicksal des geplanten BG über die Rechnungslegung und Revision (RRG) ist angesichts des uneinheitlichen Ausgangs des Vernehmlassungsverfahrens (vgl. dazu *SJZ 1999 477* und *SJZ 2000 473 f.*) offen. Der Bundesrat will in einem späteren Zeitpunkt über das weitere Vorgehen entscheiden.

Materialien und Literatur: Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum BG über die Rechnungslegung und Revision (RRG) und zur V über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA) (Bern 2000); *Carl Helbling*: Besserer Schutz der Gläubiger bei Überschuldung; Vorschläge im Vorentwurf zu einem Rechnungslegungs- und Revisionsgesetz (RRG), in: FS Schmid (Zürich 2001) 539 sowie *ders.* (Zürich 2001) 539; sowie *ders.* in NZZ vom 30./31. Dezember 2000, S. 18.

V. Haftpflichtrecht

Ein allfälliges künftiges BG über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (Haftpflichtgesetz, HPG) wird auch für das Gesellschafts-

recht bedeutsam sein. So soll eine Organisationshaftung für Unternehmen eingeführt werden und wird die Rechtswidrigkeit bei reinen Vermögensschäden ausgedehnt, was zu einer strengeren Haftung der Organe und insbesondere der Revisionsstellen führen könnte.

Die Frist für Vernehmlassungen zum Vorentwurf ist inzwischen abgelaufen; das weitere Schicksal des Projekts ist ungewiss.

VI. Gerichtsstandsgesetz

Das auf den 1. Januar 2001 in Kraft getretene neue BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) regelt auch die Gerichtsstände für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten und

ersetzt so die bisherigen Bestimmungen des OR (z.B. im Aktienrecht OR 642 III und 761, im Wertpapierrecht OR 981 II).

VII. Strafrecht

Im Zuge einer umfassenden Revision der Allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (vgl. bundesrätliche Botschaft vom 21. September 1998, BBl 1999 1979 ff.) soll unter anderem die *allgemeine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen* eingeführt werden. Die einschlägigen Bestimmungen (neu StGB 102 und 102a) wurden durch den Nationalrat als Zweitrat mit Beschluss vom 8. Juni 2001 ergänzt und präzisiert.