

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 Fiona Forrer (Zürich)

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 1.5.2001 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 selbständige, 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 eingeklagter 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 16.5.2001, 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 verbindli-

chen 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 28.3.2000¹).

Zum Schicksal einer Bürgschaft im Rahmen einer Geschäftsübernahme nach OR 181: Eine Bank gewährte der Aktiengesellschaft ("A") einen Kredit, gesichert durch eine Solidarbürgschaft der Kommanditgesellschaft ("K"). Als die Aktiven und Passiven der K auf eine zweite Aktiengesellschaft ("B") übertragen wurde i.S.v. OR 181, worauf die Bank von K um Aufhebung der Bürgschaft gebeten worden war, lautete die Antwort der Bank wie folgt: "...nos organes supérieurs ne souhaitent pas libérer ce cautionnement, sauf contre garantie équivalente. Par conséquent, nous vous laissons le soin de revoir la question et nous soumettre une garantie de substitution, dès que possible, ceci pour approbation." Nach der Übernahme hat die Bank in einem Schreiben an B festgestellt, dass sie an der Bürgschaft von K festhalten möchte, was die Ausstellung eines neuen Bürgschaftsvertrages der übernehmenden Gesellschaft B impliziere. Als daraufhin die beiden Gesellschaften A und B in Konkurs fielen und die Bank die beiden Gesellschafter der K solidarisch auf den Betrag von CHF 210'000.-- verklagte, kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Bürgschaftsforderung im Rahmen der Geschäftsübertragung zwar auf B übergegangen ist im Sinne von OR 181 I. Eine solidarische Weiterhaftung der Kommanditgesellschaft (OR 181 II) verneint das Bundesgericht jedoch, weil es im Ausfüllen des neuen Solidarbürgschaftsformulars durch B eine Novation der Bürgschaftsforderung erblickt (OR 116). Dass das Bundesgericht eine Novation ohne weiteres angenommen hat, erstaunt im Hinblick auf den Wortlaut von OR 116, wonach eine Tilgung durch Novation nicht leichthin vermutet (Abs. 1) wird und insbesondere die Unterzeichnung eines neuen Bürgschaftsscheines, wenn nichts anderes abgemacht wurde keine Neuerung der

¹ 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.

bisherigen Schuld darstellt (Absatz 2). Dies umso mehr, als die Bank ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass sie an einer Aufhebung der Bürgschaft gegenüber K nicht interessiert sei (BGE 126 III 375).

II. Aktiengesellschaften

1. *Verpflichtung der Gesellschaft durch ihre Organe*

Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes, welches nicht im Interesse der juristischen Person abgeschlossen wurde: F hatte als einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied einen Werkvertrag abgeschlossen, wobei ein Teil der Werklohnforderungen von der Unternehmerin zurückbehalten werden sollte, um sie anschliessend mit Werkleistungen der Bauherrin gegenüber der Unternehmerin zu verrechnen. Das Bundesgericht sieht in dieser Vereinbarung ein persönliches Darlehen an F, welches nicht im Interesse der Gesellschaft liegt. Das *Selbstkontrahieren* eines Vertreters hat mangels Vertretungsmacht die Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, was auch für die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch deren Organe gilt. Handelt es sich um einen *Interessenkonflikt* zwischen dem handelnden Organ und der juristischen Person, schliesst zwar die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte aus, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen. Aus Gründen der Verkehrssicherheit lässt der Interessenkonflikt die Vertretungsmacht jedoch nur entfallen, wenn der Dritte den Interessenkonflikt auch erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Ferner wird vom Gericht festgehalten, dass das Verbot des Selbstkontrahierens bzw. die beschränkte Gültigkeit von Rechtsgeschäften mit Interessenkonflikten allein dem Schutz der Gesellschaft dient, da den Gesellschaftsgläubigern die paulianische Anfechtungsklage und die Verantwortlichkeitsklage zur Verfügung stehen (BGE 126 III 361).

Befugnis des Verwaltungsrats zur Genehmigung eines Insihgeschäfts: Im Zusammenhang mit der Geltendmachung einer abgetretenen Schadenersatzforderung durch eine Erbengemeinschaft (nachfolgend "Zessionarin" genannt) ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass der einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Zedentin, der gleichzeitiges Mitglied der Erbengemeinschaft war, die Abtretung unzulässigerweise als Doppelvertreter bzw. als Selbstkontrahent vorgenommen hatte, indem er die erforderliche nachträgliche Genehmigung der Zedentin nicht eingeholt hatte. Das Bundesgericht betrachtet

hingegen die nachträgliche Genehmigung in Form einer Erklärung des Verwaltungsratspräsidenten und nicht durch den Gesamtverwaltungsrat wie es von einem Teil der Lehre vertreten wird, als genügend. Zudem seien solche Geschäfte bei wirtschaftlich eng verbundenen Gesellschaften, wie vorliegend wo die Zedentin Rechtsnachfolgerin der Zessionarin sei, ohnehin vom Zweck (OR 718a I) gedeckt. Aus diesem Grunde dürfe das fragliche Geschäft nicht ohne weiteres als unzulässiges Insiggeschäft qualifiziert werden (BGE 127 III 332). Dies gilt im Hinblick auf die Ausführungen des Bundesgerichts zum vorgenannten BGE 126 III 361 umso mehr, wonach das Verbot des Selbstkontrahierens allein dem Schutz der Gesellschaft dient, es aber vorliegend um die Geltendmachung einer Klage durch die Gesellschaft geht.

Handelsregistereintrag und Kundgabe nach aussen: Das Gericht führt aus, dass trotz eines Handelsregistereintrages wonach Kollektivunterschrift verlangt wird, die kollektivunterzeichnungsberechtigte Person die Gesellschaft auch alleine verpflichten kann, wenn Umstände gemäss OR 32 II vorliegen. Unklar ist, warum sich dabei das Gericht nicht auf OR 33 III stützt, zumal der Umfang der (extern bekanntgegebenen) Vollmacht in Frage steht, auf die sich ein gutgläubiger Dritter trotz anderslautendem Handelsregistereintrag berufen kann (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 besteht, 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*

Die Fristen von OR 696 I 7 und OR 700 I stellen relativ zwingendes Recht dar: Das Bundesgericht hält fest, dass diese Fristen statutarisch nicht verkürzt werden können daraus aber nicht gefolgt werden kann, dass der Aktionär im konkreten Einzelfall nicht auf die Einhaltung der zu seinem Schutz aufgestellten Fristen verzichten kann. Das Gesetz gehe selber davon aus, dass die für die Einberufung der Generalversammlung vorgeschriebenen Formvorschriften im Einzelfall der Parteidisposition unterliegen, könne doch bei gegebenen Voraussetzungen jederzeit eine Universalversammlung abgehalten werden (OR 701). Die Anfechtungsklage wurde schliesslich aufgrund von OR 691 III abgewiesen (nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000).

Notwendiger Inhalt eines Kapitalerhöhungsbeschlusses (ZR 2001 126): In einem Kapitalerhöhungsbeschluss 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 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. OR 650 II Ziff. 4 äussere sich ausdrücklich zum Detaillierungsgrad der Generalversammlung betreffend Art der Einlage. Zwar gehe die Verrechnungsliberierung nicht wie die übrigen qualifizierenden Tatbestände aus den Statuten hervor, was wohl auf ein Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen sei, dem Transparenzerfordernis der Aktionäre und Gläubiger sei aber genüge getan, indem Bestand und Verrechenbarkeit der Einlage aus dem Kapitalerhöhungsbericht hervorgehe, der beim Handelsregister eingesehen werden könne. Zudem unterscheide sich die Situation kaum von der Teilliberierung (OR 634a). 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". Abgesehen davon, dass der Gesetzgeber eine Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital zulässt, sollte die Praxis diese Form von Kapitalerhöhung auch aus volkswirtschaftlichen Überlegungen nicht zu stark behindern, da allfällige Sanierungsbeiträge der

Gläubiger sonst ausbleiben. Soll eine Gesellschaft von Schulden befreit werden, dann ist ein sog. Debt-Equity Swap, bei dem der Gläubiger seine Forderung in Aktienkapital umwandelt, indem er anlässlich einer Kapitalerhöhung der Gesellschaft die von ihm gezeichneten Aktien durch Verrechnung mit seiner Forderung liberiert realistischer als ein endgültiger Forderungsverzicht. Probleme mit der Verrechnungsliberierung resultieren daraus, weil gewisse Autoren die Werthaltigkeit der zur Verrechnung gebrachten Forderung des Gläubigers fordern, was bei einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft wohl regelmässig nicht mehr der Fall ist. Gegen diese strenge Auffassung wird ausgeführt, dass gegenwärtige Aktionäre und Gläubiger von einer Umwandlung profitieren, da sich weniger Gläubiger die Aktiven teilen müssen und die Chance für Aktionäre steigt, dass nach der Befriedigung aller Gläubiger ein zu verteilender Überschuss bleibt. Ob zukünftige Aktionäre und Gläubiger einen Anspruch auf eine reale Kapitalaufbringung haben, ist fragwürdig, erlaubt doch das Gesetz die Verrechnungsliberierung ohne Einschränkungen. Eine spezielle Offenlegung der Verrechnungsliberierung in den Statuten und im Handelsregister könnte Klagen von zukünftigen Aktionäre und Gläubigern verhindern.

Einsichtsrecht gemäss SchKG 8a in personeller und sachlicher Hinsicht: Sowohl Aktionäre als auch grundsätzlich jeder, der mit dem Konkursiten in Geschäftsbeziehungen steht, ohne bereits Gläubiger zu sein, kann die Akten der konkursiten Gesellschaft einsehen. Einem Aktionär muss unabhängig von einem bereits eingeleiteten Verfahren ein Einsichtsrecht zugestanden werden, um die Erfolgsaussichten der zu seinem Schutz bestehenden Klagen beurteilen zu können. Zum Verhältnis zu den Informationsrechten aus Aktienrecht (OR 696 ff.) wird ausgeführt, dass das Ausmass der Einsicht wie auch die Einreden im wesentlichen identisch sein müssen (Autorité de surveillance des offices de poursuites et de faillites de Genève 3 mai 2000, Semjud 2001 I 373).

4. Verantwortlichkeit

4.1. Pflichtverletzung (Kausuistik)

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 genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der gesetzlichen Vorschriften auszuüben. Der Aufsichtspflicht nach OR 716a I Ziff. 5 haben auch nicht geschäftsführende Mitglieder des Verwaltungsrates nachzukommen. Nicht entscheidend war daher, dass die Geschäftsführung beim Präsidenten des Verwaltungsrates lag, welcher allein zeichnungsberechtigt war und dass die operative Geschäftsführung mit wesentlicher Unterstützung eines Treuhandbüros erfolgte. Ein derart strenger Sorgfaltsmassstab ist vor allem bei Kleinunternehmen mit einfachen Verwaltungsstrukturen und leicht überschaubaren Verhältnissen gerechtfertigt (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid H 337/00 vom 7.6.2001).

Pflicht zur Benachrichtigung des Richters (OR 725 II): 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. Es müssen die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub gegeben sein, da die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden dürfen als wenn der Richter benachrichtigt würde. Es muss demnach die dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft erwartet und deren *Ertragskraft wieder hergestellt werden können. Unter diesen Voraussetzungen ist die Sanierung auch dann zulässig, wenn sich die Sanierungsbemühungen im Nachhinein als unfruchtbar erweisen (BGE 108 V 183 E. 2 S. 188 f.)*. Unzulässig sind hingegen Massnahmen, welche auf Kosten der Gläubiger lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögern, wenn eine Sanierung nicht ernsthaft in Aussicht steht. Sind erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten der Sanierung angebracht oder ist diese für die Gläubiger mit einem erhöhten Risiko verbunden, hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen und ihm den Entscheid über die Fortführung der Gesellschaft zu überlassen.

Die *Erhöhung der Liquidität* kann Voraussetzung für die Fortführung der Geschäftstätigkeit bilden und damit als Sanierungsbemühung geboten sein. Diese Massnahme ist indessen nur dann unproblematisch, wenn den *Gläubigern das Haftungssubstrat erhalten bleibt*. Als unproblematisch qualifiziert das Bundesgericht die Aufnahme von Krediten, die durch Dritte gesichert sind (BGE 108 V 183, insb. 188 mit dem Beispiel eines Darlehens gesichert durch eine Bürgschaft des Verwaltungsrates). Ungesicherte Kredite und die Auflösung von Vermögenswerten sind hingegen nur dann unproblematisch, wenn zu erwarten ist, dass mit den neuen Mitteln Gewinne erzielt werden. *Erwirtschaftet ein Unternehmen Verluste*, taugt die Erhöhung der Liquidität alleine nicht zur Sanierung, sondern wird den Gesellschaftsgläubigern dadurch Haftungssubstrat entzogen, indem die verfügbar gemachten Mittel in die Verlustgeschäfte der Gesellschaft fliessen. Trifft der Verwaltungsrat jedoch *Massnahmen zur Verringerung der Überschuldung* beziehungsweise erhöht er das Haftungssubstrat, so muss die Gesellschaft nicht unmittelbar nach dem Sanierungsprozess Gewinn abwerfen.

Im zu beurteilenden Fall hatte die letzte kantonale Instanz zwar die Massnahme genannt, welche zur Liquiditätsverbesserung angeordnet wurde, jedoch ohne Feststellungen über die Erfolgsaussichten zu treffen. Auch enthielt der kantonale Entscheid keine Ausführungen zu Massnahmen zur Gewinnsteigerung oder zur Verringerung der Überschuldung, weshalb vom Bundesgericht nicht schlüssig beurteilt werden konnte, ob die Sanierungsversuche des Verwaltungsrates die Forderungen der Gläubiger zusätzlich gefährdete und demzufolge den Beklagten eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden konnte. Im übrigen hatte die Vorinstanz den Beweisführungsanspruch der Berufungsklägerin verletzt, weil sie dem Antrag auf detaillierte Angaben zur *Bewertung eines Warenlagers* nicht gefolgt war. Zu den Pflichten des Verwaltungsrates der Gesellschaft in der Krise gehört es, sich über das *Ausmass einer allfälligen Überschuldung* Klarheit zu verschaffen. In Bezug auf ein allfälliges pflichtwidriges Verhalten ist von Bedeutung, wann die Überschuldung eingetreten ist sowie deren Ausmass. Dabei kann die Bewertung des Warenlagers eine Rolle spielen. Werden zu geringe Abschreibungen vorgenommen und die gelagerten Werte daher zu hoch bewertet, kann dies eine Überschuldung verdecken. Vom realen Wert der Waren hängen unter Umständen auch die Erfolgsaussichten der geplanten Sanierungsmassnahmen ab...

Hinsichtlich der Passivlegitimation hält das Bundesgericht fest, dass es sich bei der Benachrichtigungspflicht um eine *nicht delegierbare Aufgabe* handelt, weshalb sie *nicht von faktischen Organen vorgenommen* werden könne 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. Die Berufung wurde in der Folge teilweise gutgeheissen und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.366/2000 vom 19.6.2001).

Verantwortlichkeit hinsichtlich der Rechnungslegung: Eine Bank hatte der Entertainment AG einen Kredit gestützt auf eine inhaltlich unvollständige und unrichtige Jahresrechnung gewährt. 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. Ein Organ darf nicht vertrauen, dass der revidierte Jahresabschluss den aktienrechtlichen Bilanzierungsvorschriften entspricht. – Das Erstellen falscher Bilanzen 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 wurde. – Der unmittelbare Gläubigerschaden wird auf OR 41 gestützt, wobei die Widerrechtlichkeit in der Erfassung eines in der Höhe nicht ausgewiesenen Debitorenbestandes liegt. Auf die Behauptung der Beklagten, dass sie die Debitoren zu ihrem Nominalwert gemäss OR 960 II eingesetzt habe und es bundesrechtswidrig sei, wenn das Handelsgericht von einem tieferen Wert ausgehe, geht das Bundesgericht nicht ein, da es sich um Fest-

stellung tatsächlicher Natur handelt. Ein adäquater Zusammenhang liegt vor, da eine fehlende Bilanzierung eines Darlehens in einer gemessen an der Kapitalstärke der betreffenden Gesellschaft bedeutenden Höhe, jedenfalls aber die Auflistung nicht existierender Debitorenbestände geeignet sind, beim Kreditgeber einen Irrtum über die finanzielle Situation dieser Gesellschaft und damit seinen Kreditentschluss hervorzurufen (nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.344/1998 vom 24.11.2000).

Misswirtschaft (StGB 165) und Unterlassung der Buchführung (StGB 166): Dem Angeklagten wird vorgeworfen, die Überschuldung beim Richter nicht rechtzeitig angezeigt zu haben (OR 725), obwohl die Kontrollstelle² 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 und als auch in subjektiver Hinsicht als erfüllt, weshalb der Angeklagte seine aktienrechtlichen Pflichten verletzt habe (ZR 2000 68).

Pflichtverletzungen der Revisionsstelle: Das Bundesgericht bejaht zunächst die Aktionärsstellung der Klägerin, obwohl das Aktienpaket durch ihren Treuhänder erworben bzw. gezeichnet worden war... Der Aktienerwerb erfolgte im Herbst 1988 und basierte auf der Jahresbilanz 1987, die durch die Kontrollstelle geprüft und genehmigt worden war, indem die Kontrollstelle bestätigt hatte, dass die Vermögensverhältnisse und die Prüfungsergebnisse den vom Gesetz auferlegten Bewertungsmethoden entspreche... Als die Gesellschaft Ende 1989 in Konkurs fiel, stellte sich heraus, dass das in der Bilanz 1987 aufgeführte Warenlager überbewertet und die Gesellschaft bereits Ende 1987 überschuldet gewesen war. Das Gericht bejaht einen *unmittelbaren Schaden*, da weder die Gläubigergemeinschaft noch die Gesellschaft durch den zu teuren Aktienerwerb der Klägerin geschädigt worden sei. Die Pflichtverletzung bestehe darin, dass die Kontrollstelle nicht geprüft habe, ob die aufgeführten Aktiven tatsächlich vorhanden gewesen seien, eine Überbewertung der Aktiven bzw. eine OR 666 nicht entsprechende Bewertung nicht festgestellt und die Bilanz genehmigt habe. Da das Gericht die Voraussetzungen von OR 754 als gegeben sah, wurden die subsidiären Bestimmungen von OR 41 und der culpa in contrahendo nicht weiter verfolgt. Eine Herabsetzung des Schadens wegen Selbstverschuldens (OR 44 I), was von einem Teil der Lehre bejaht wird, wenn ein Investor

² Die Pflichtverletzung ereignete sich unter altem Aktienrecht, daher diese Terminologie.

bei einem wichtigen Kauf nicht zusätzlich zu den revidierten Bilanzen Garantiezusagen der Verkäuferin und einen Spezialbericht der Revisionsstelle verlangt, wurde abgelehnt (nicht amtlich publizierter Entscheid 4C 198/2000 vom 28. September 2000).

4.2. *Organstellung und Dauer der Organhaftung*

Organhaftung eines im Handelsregister als Einzelzeichnungsberechtigter eingetragenen Direktors: In einem Verantwortlichkeitsprozess, wo es um die Beitragsforderungen einer Ausgleichskasse geht, wird festgestellt, dass einem im Handelsregister als Einzelzeichnungsberechtigter eingetragenen Direktor ohnehin Organfunktion zukommt (nicht amtlich publizierter Entscheid H 420/99 Vr vom 22. März 2001).

Dauer der Haftung eines Gesellschaftsorgans für geschuldete Sozialversicherungsbeiträge: Zur Frage, wie lange ein Gesellschaftsorgan haftet, wird ausgeführt, dass der Zeitpunkt des tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat massgebend sei und nicht die Löschung seiner Funktion im Handelsregister oder das Datum der Publikation seines Austritts im Handelsregisteramtsblatt. Es sei darauf abzustellen, bis wann der Verwaltungsrat tatsächlich auf die Gesellschaft Einfluss nehmen könne. Bezüglich des Anspruchs aus AHVG 52 bedeutet dies, dass der Verwaltungsrat nur für Schaden haftbar wird, der auf die Nichtbezahlung von Beiträgen zurückzuführen ist, welche im Zeitpunkt seines effektiven Austritts entstanden und fällig waren. Vorbehalten bleibt Schaden, der durch Handlungen verursacht worden ist, deren Wirkungen sich jedoch erst nach seinem Austritt entfaltet haben. Dagegen hat er für die Folgen seiner unterlassenen Anmeldung der Löschung der Verwaltungsratsstellung beim Handelsregisterführer gemäss HregV 25a nicht einzustehen. Im übrigen unterscheidet sich die Situation bei der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen 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).

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 14.12.1999, 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 Klageligitimation* 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 kollozierten Gläubigers, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 2000 41 ff, insb. Ziff. 3.2) und einen Beschluss des Zürcher Obergerichts vom 24.2.2000 bejaht (SG-GVP 2000 115). Von gleichen Überlegungen geht ein nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid 4C.275/2000 vom 24.4.2001 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. Auch eine Verrechnungserklärung des Beklagten bezüglich seiner gültig kollozierten Forderung gegenüber der Gesellschaft scheiterte im konkreten Fall mangels Gegenseitigkeit, da ihm nicht die Gesellschaft, sondern die Gesamtheit der Gläubiger gegenüber steht (nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.262/2000 vom 15.12.2000, vgl. auch BGE 122 III 176, 488 und BGE 125 III 86).

4.6. *Unmittelbarer und mittelbarer Gläubiger- und Aktionärsschaden*

Unterscheidung in mittelbaren und unmittelbaren Gläubigerschaden: Wiederum Bestätigung der umstrittenen Praxis des Bundesgerichts, wonach die Unterscheidung in unmittelbaren und mittelbaren Gläubigerschaden nicht danach vorzunehmen ist, in welcher Vermögensmasse (derjenigen der Gesellschaft oder derjenigen des Gläubigers) der Schaden eintritt, sondern auf die Rechtsgrundlage der Schadenersatzpflicht abzustellen ist. Damit soll es darauf ankommen, ob eine verletzte Rechtsnorm nur den Schutz der Gläubiger oder zusätzlich auch den Schutz der Gesellschaft und ihrer Aktionäre bezweckt. Durch diese Betrachtungsweise wird die Geltendmachung unmittelbaren Schadens eingeschränkt: Ein unmittelbarer Schaden des Gläubigers im Konkurs der Gesellschaft wird nur bejaht, wo das Verhalten eines Organs Pflichten verletzt, welche diesem gegenüber dem betreffenden Gläubiger persönlich obliegen und die Pflicht *ausschliesslich dem Schutz des Gläubigers dient* (SG-GVP 2000 114). Wiederholung dieser Ansicht in einem nicht publizierter Entscheid vom 24. April 2001 4C.275/2000/rnd, in welchem ausgeführt wird, dass ein unmittelbarer Gläubigerschaden vorliege, wenn das Verhalten gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstosse, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen oder wenn die Schadenersatzpflicht auf einem anderen *widerrechtlichen Verhalten* des Organs im Sinne von OR 41 oder einem Tatbestand der *culpa in contrahendo* gründe.

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 publizierte Bundesgerichtsentscheide 4C 198/2000 vom 28.9.2000 und 4C.344/1998 vom 24.11.2000).
- 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 17.4.2000).

- Dagegen hat das Bundesgericht in einer Schadenersatzklage gegen den Staat Luzern wegen behaupteter Verschleppung der Konkursöffnung erklärt, *OR 725a sei keine ausschliessliche Gläubigerschutznorm*, weshalb einzelne Gläubiger nicht unmittelbaren Schaden geltend machen könnten. *OR 725a* OR bezwecke im Interesse der Gläubiger und der Gesellschaft die Rahmenbedingungen zu schaffen, um realistische Chancen auf eine Sanierung der Gesellschaft auszuloten und gegebenenfalls wahrzunehmen, weshalb es sich um eine *doppelte Schutznorm* handle. Die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Gläubigerschaden sei gleichermassen gerechtfertigt wie bei Schädigungen durch Gesellschaftsorgane...Die Interessen des Gläubigerschutzes gebieten es nicht, die Verantwortlichkeit des Gemeinwesens im Zusammenhang mit Konkursöffnungen im Sinne eines Auffangbeckens für alle von den Organen nicht erhältlichen Schadenersatzforderungen zu umschreiben...Der Gesellschaftsgläubiger muss damit rechnen, dass die Gesellschaft in finanzielle Schwierigkeiten gerät und kann nicht darauf vertrauen, dass das Gemeinwesen solche Gesellschaften sofort vom Markt entfernt und für allfällige Verluste wegen Verzögerungen ohne Einschränkungen einsteht. Er hat auch keine Gewähr, dass ein mit ihm in Geschäftsbeziehungen tretendes Unternehmen nicht bereits überschuldet ist (nicht amtlich publizierter Entscheid 5C.249/1999 vom 23.3.2001).

- Bei einer Verantwortlichkeitsklage einer Lieferantin einer konkursiten Gesellschaft, die einen unmittelbaren Schaden gestützt auf Fehlinformationen sowie einen direkten Schaden aus abgetretenen Verantwortlichkeitsansprüche der Konkursverwaltung geltend gemacht hatte, befand das Bundesgericht, dass sich der Anspruch auf Ersatz eines allfälligen unmittelbaren Schadens unabhängig vom Bestehen eines mittelbaren Schadens bestimme. Dabei bemesse sich der unmittelbare Schaden an der hypothetischen Vermögenslage der Klägerin bei richtiger Auskunft, der mittelbare an der Vermögenslage der Gesellschaft bei rechtzeitiger Benachrichtigung des Richters. Bezüglich der Berechnung des mittelbaren Schadens stellt das Bundesgericht fest, dass der Klägerin die aus der Fortführung der Geschäftstätigkeit erwachsenen Vorteile nicht anzurechnen seien und persönliche Einreden ihr gegenüber ausgeschlossen seien, weil es sich um eine Klage der Gläubigergesamtheit handle (nicht amtlich publizierten Entscheid 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001).

5. Der Konzern

Ein Verwaltungsratsmitglied und gleichzeitiger Mehrheitsaktionär der Muttergesellschaft hat Privatbezüge auf Rechnung der Tochtergesellschaft getätigt, eine Lebensversicherung als Si-

cherheit für einen Geschäftskredit an die Muttergesellschaft abgeschlossen, für deren Prämien die Tochter aufgekommen ist sowie Honorarforderungen gegenüber der Tochter kurz vor ihrem Konkurs bezogen. Auf die Verantwortlichkeitsklage eines Arbeitnehmers hin entschied das Bundesgericht, dass er als Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft gemäss OR 717 I verpflichtet war, seine Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren. Auch bei einer 100%igen Beherrschung mit Oberleitung durch die Muttergesellschaft habe der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft unvermindert darüber zu wachen, dass Gesetz und Statuten sowie die Bestimmungen über den Kapitalschutz bei der Tochter beachtet werden. Damit erweist sich ein ungerechtfertigter Entzug bzw. Vorenthalt von der Gesellschaft zustehendem Kapital durch den Verwaltungsrat auch ohne Überschuldungssituation als sorgfalts- bzw. treuewidrig (nicht amtlich publizierter Entscheid 4C.252/2000 vom 5. Dezember 2000).

6. Börsenkotierte Gesellschaften und Banken

Keine Haftung des Bundes gegenüber Anlegern einer konkursiten Treuhandgesellschaft: Der eidgenössischen Bankenkommission (EBK) wird Untätigkeit vorgeworfen im Zusammenhang mit einem Verfahren zur Unterstellung der obgenannten Gesellschaft unter das Bankengesetz, als die von dem Unternehmen verlangten Unterlagen ausblieben. So hatte sie zwar die Kontrolle über Eingänge und Akten der in Frage stehenden Gesellschaft verloren, eine Haftung wurde indessen verneint, weil ihr Verhalten für den Schaden der Anleger nicht kausal war (Urteil 5A.9/2000, besprochen in der NZZ vom 22.3.01, S. 25).

Unzulässigkeit einer befristeten und individualisierten Opting-out Klausel: Im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Mehrheitspakets durch die Unaxis sollte mittels Sonderversammlung folgende Statutenänderung eingeführt werden: "Sofern die Unaxis AG vor dem 1.09.01 den Grenzwert von 331/3% 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 Ausstiegsmöglichkeiten im Falle von öffentlichen Kaufangeboten abschliessend auf, indem es neben dem Opting-out einzig das Opting-up als partielles Opting-out vorsehe (BEHG 32 I). Für die geplante Transaktion, die durch Unaxis ausgelöst worden ist, verlange das BEHG zwingend die Unterbreitung des Angebotes, um sicherzustellen, dass auch Minderheitsaktionäre Gleichbehandlung erfahren. Zwecke wie die von der Käuferin aufgeführte Erhaltung ei-

nes Hochtechnologieunternehmens als Publikumsgesellschaft seien im BEHG nirgends aufgeführt. Zudem wäre das Geschäft angesichts der volatilen Aktienkurse vor allem für die Käuferin vorteilhaft, weil es ihr erlaube, die Mehrheit (76,66% gegenüber 13,28%) zu erwerben, ohne ein den gesetzlichen Preisbestimmungen (BEHG 32 IV und V) entsprechendes Angebot unterbreiten zu müssen. Weiter wird ausgeführt, dass auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von BEHG 32 II vorliege und eine Koppelung des Entscheids über das selektive Opting-out mit demjenigen über die Einführung der Einheitsaktien in einer einzigen Abstimmung den Aktionär daran hindere, zu den einzelnen Fragen Stellung zu nehmen, wodurch ihre Rechte in unsachlicher Weise eingeschränkt würden, was einen Verstoss gegen OR 706 II Z. 2 darstelle. Ausserdem zählt die partielle Opting-out Klausel nicht zum Gesellschaftszweck, weshalb der mit dem Opting-out verbundene Eingriff in die Aktionärsrechte nicht gerechtfertigt bzw. als Verstoss gegen OR 706 II Z. 3 zu qualifizieren ist (Verfügung der Übernahmekammer der EBK vom 23.06.00).

Angebotspflicht und Vinkulierung: Eine Investorengruppe, die über 27% der Aktien der Baumgartner Papiers Holding SA verfügt aber wegen einer Vinkulierungsbestimmung nur 3% der Stimmrechte ausüben kann, stellt ein Gesuch um Befreiung von der Angebotspflicht. Sowohl die Übernahmekommission als auch die EBK gewähren der Käuferin eine Ausnahme von der Angebotspflicht unter der resolutiven Bedingung, dass die Gesellschaft ihre diskriminierende Eintragungspraxis aufgibt und unter Berufung auf BEHG 32 II b und auf ein Rundschreiben der EBK, welches einen analogen Fall beinhaltete. 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 sind oder nicht. Die Einschränkungen der Übertragbarkeit aufgrund von OR 685 d ff. sind mit dem BEHG vereinbar, zumal ein Aktionär durch den weiteren Zukauf von Aktien seinen (wirtschaftlichen) Einfluss verstärken kann. Im übrigen stellt das Bundesgericht fest, dass die EBK nicht berechtigt ist, eine ausserordentliche Generalversammlung anzuordnen, damit sich die Gesellschafter zum Schicksal der fraglichen Statutenbestimmung äussern (nicht amtlich publizierter Entscheid 2A. 394/2000 vom 2.7.01).

III. GmbH und Genossenschaften

Organhaftungsbegriff in der GmbH: Die Organhaftung nach AHVG 52 trifft nur die formell eingesetzten und die faktischen Geschäftsführer, nicht aber die geschäftsführenden Gesell-

schafter. Diesen kommen zwar die gleichen Kontrollbefugnisse wie den nicht geschäftsführenden Mitgliedern einer einfachen Gesellschaft zu (OR 819 I i.V.m. 541), die für Gesellschaftsschulden jedoch unbeschränkt und solidarisch zusammen mit den geschäftsführenden Gesellschaftern haften. Etwas anderes gilt nur, wenn der blosser Gesellschafter über die Mehrheit des Stammkapitals verfügt und dem formell eingesetzten Geschäftsführer Weisungen über die Geschäftsführung erteilt (BGE 126 V 237 ff.).

Höhe des Abfindungsanspruches bei Austritt aus der Genossenschaft: Auch wenn die Statuten dem ausscheidenden Genossenschaftler einen Anspruch auf Rückerstattung des Nennwertes seiner Anteilscheine zugestatten (OR 864 II), berechnet sich die Höhe des Rückerstattungsbetrages ebenfalls nach dem bilanzmässigen Reinvermögen im Zeitpunkt des Ausscheidens (OR 864 I). Etwas anderes würde zu einer Benachteiligung der verbleibenden Gesellschafter bzw. deren Abfindungsansprüche führen (SG-GVP 2000, 121). Diese Ansicht wird in einer Bundesgerichtsentscheid 4C.58/2001 vom 30.05.01 besprochen in der NZZ vom 15.08.01, S. 15 grundsätzlich bestätigt unter Hinzufügung, dass die Vorschrift von OR 864 I zwingender Natur ist und, dass ein Aufschub der Fälligkeit gemäss OR 864 II keinen Einfluss auf die Berechnung des Abfindungsanspruches zur Folge hat und diesbezüglich ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt.

In einer Entscheidung betreffend die Liquidation einer Genossenschaft wird schliesslich darauf hingewiesen, dass es problematisch ist, bei der Verweisungsnorm von OR 913 I einfach auf das neue Aktienrecht zu schliessen, zumal diese Problematik bei der parlamentarischen Behandlung der Aktienrechtsrevision offenbar nicht berücksichtigt worden ist (SG-GVP 2000, 121 ff.).

IV. Körperschaften des öffentlichen Rechts und Anstalten

Privatrechtliches Handeln des Gemeinwesens durch eine gemischtwirtschaftliche AG (BGE 126 I 250): 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 durch ihr Art Committee erteilt. Den ebenfalls abweisenden Entscheid der Rekurskommission der Art Basel, bestehend aus einem Schweizer Juristen und aus zwei Fachleuten des internationalen Kunstmarktes, fochten 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, dass die Schweizerische Mustermesse AG privatrechtlich gehandelt habe, weshalb es an einem Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 84 Abs. 1 OG fehle. Eine etwas vertiefte Auseinandersetzung zur Abgrenzung, wann bei einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen von privatrechtlichem und wann von öffentlichrechtlichem Handeln auszugehen ist, wäre interessant gewesen. Dies umso mehr als das Bundesgericht in BGE 127 I 84 wo es um die Anrufung von BV 35 II im Zusammenhang mit der Erteilung einer Bewilligung zur Anbringung eines bestimmten Plakates durch eine Konzessionärin geht feststellt, dass ein Realakt des Gemeinwesens bzw. des privaten Konzessionärs trotz fehlendem Verfügungscharakter Gegenstand einer staatsrechtlichen Beschwerde bilden kann. Je mehr ein Interessent auf die Benützung der (direkt oder indirekt) vom Gemeinwesen betriebenen Einrichtungen angewiesen ist, desto höhere Anforderungen sind an die sachliche Begründetheit von potentiell diskriminierenden Zulassungsschranken zu stellen (BGE 127 I 84, 91).

V. Verein

Gerichtsstand des Arbeitnehmers am Ort des Betriebes und nicht am Sitz der Gesellschaft:

Übt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in den Räumlichkeiten eines lokalen Verbandes aus, der selbst Mitglied eines Dachverbandes ist, so ist dies der Gerichtsstand im Sinne von OR 343 I, wenn der Dachverband über keine eigene Infrastruktur verfügt (BGE 127 III 203).

Schulddeckungspflicht von Vereinsmitgliedern eines konkursiten Eishockeyvereins: Ein Gläubiger des Vereins verlangt vom Konkursamt, die Beitragsforderungen des konkursiten Vereins gegenüber den Vereinsmitglieder (ZGB 71 II) einzufordern, da es an der Begrenzung der Beitragspflicht in den Statuten fehlt. Die Aufsichtsbehörde heisst die Beschwerde gegen die Weigerung des Konkursamtes, diesen Gegenstand ins Konkursinventar aufzunehmen, gut mit der Begründung, dass dieses mit der Ablehnung der Inventarisierung eine unzulässige materiellrechtliche Beurteilung vorgenommen habe und den Beschwerdeführer der Möglichkeit beraubt habe, sich die Forderung im Sinne von SchKG 260 abtreten zu lassen (in SpuRt 2000 167 besprochener Entscheid vom 3.04.2000 des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden).

VI. Stiftungen

Ein unlösbarer Interessenkonflikt innerhalb der Organe einer Stiftung als Grund für eine Verbeiständung: Dieses Urteil findet auch Anwendung auf Körperschaften unter Berücksichtigung der jeweiligen speziellen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, der persönlichkeitsrechtlichen Ausprägungen sowie der organisationsrechtlichen Struktur der betreffenden Gesellschaft (BGE 126 III 499).

Unternehmensstiftungen sind zulässig: Eine Stiftung darf als Unternehmensträgerstiftung selber ein Gewerbe führen oder sich als Holdingstiftung an einem Unternehmen beteiligen. Der Stiftungszweck darf im Gegensatz zum Vereinszweck auch rein wirtschaftlicher Natur sein, zumal es keine gesetzliche Einschränkung des Stiftungszweckes gibt (Urteil 5C.9/2001 vom 18.05.01, besprochen in der NZZ vom 19. Juli 2001, S. 21).

Verjährung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber Organen einer Vorsorgeeinrichtung: Das Gericht stellt sich auf den Standpunkt, dass das Rückgriffsrecht des Sicherheitsfonds (BVG 56a I) gegenüber den formellen und faktischen Organen einer Vorsorgestiftung innert fünf Jahren nach Auszahlung der Leistung verjährt. Dies entgegen der herrschenden Lehre, die sich für die Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist gemäss OR 127 ausspricht (LGVE 2000 II 303).

VII. Kennzeichenrecht

Keine Änderung der Firmenbezeichnung eines Zeitungsverlegers trotz Fusion mit einer anderen Zeitung (nicht amtlich publizierter Entscheid 4A.5/2000 vom 25.01.01): Obwohl 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 hat, entspricht er doch der historischen Wahrheit. Eine Täuschungsgefahr ist nicht gegeben, da die ursprünglichen Zeitungen Journal de Genève et Gazette de Lausanne nicht mehr existieren und das Handelsregister unter Gesellschaftszweck nicht mehr die Herausgabe der ursprünglichen Zeitungen vorsieht, sondern ganz allgemein auf die Publikation von Zeitungen lautet.

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 Markenfähigkeit abzusprechen. Aufgrund der Verwechslungsgefahr bejaht das Gericht zudem einen Verstoss gegen UWG 3 lit. d (Urteil des Basler Obergerichts vom 2.5.2000, BJM 2000 237).

VIII. Wertpapierrecht

Rücktritt der Bank bei einer aufgrund eines gezogenen, ungedeckten Checks erfolgten Gutschrift: Davon ausgehend, dass die Gutschrift der Bank nur unter der Resolutivbedingung erfolgt, dass der Check durch die bezogene Bank eingelöst wird 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 (Entscheid 4C.303/2000 vom 5. Januar 2001)

IX. Weitere gesellschaftsrechtlich relevante Entscheide

Zur Frage der Verjährung von Arbeiten der Wirtschaftsprüfer: In Anlehnung an BGE 116 II 428 führt das Gericht aus, dass für die Anwendung von OR 128 Z. 3 nicht die Tätigkeit der

Berufsgruppe entscheidend ist, sondern die konkret zur Diskussion stehende Arbeit. Das Gericht qualifiziert die zur Debatte stehenden Tätigkeiten nicht als in das Gebiet der Rechtsanwälte fallend, sondern als klassische Wirtschaftsprüfung, zumal die Klägerin keine rechtlichen Beurteilungen vorgenommen habe. Unbestrittenermassen habe die Klägerin nur Wirtschaftsprüfer und keine Juristen eingesetzt (ZR 100 [2001] 90).

Schadenersatzklage gegen einen Zeitungsverlag aufgrund eines Presseberichtes (UWG 9 III i.V.m. ZGB 55): Dagegen macht der Zeitungsverlag geltend, dass die Journalistin bloss als Hilfsperson zu betrachten ist, womit sich ihre Haftung nach OR 55 richtet und sich der Verlag exkulpieren kann. Das Gericht kommt zum Schluss, dass zwar keine Organstellung der Journalistin im Sinne von ZGB 55 I besteht, hingegen der verantwortliche Chefredaktor, der den Artikel der Journalistin redigiert und korrigiert hatte, als faktisches Organ anzusehen ist (GVP-SG 2000, 109 ff.).

Ein ausländisches Konkursdekret betreffend eine faktische Gesellschaft ohne Handelsregistereintrag und ihren Gesellschafter steht dem schweizerischen Ordre public nicht entgegen (Pra 2001 304): Das Gericht 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 sie entgegen OR 552 II nicht eingetragen ist. Der italienische Konkurs einer faktischen Gesellschaft und jener ihrer Gesellschafter weicht daher nicht derartig von der schweizerischen Konzeption ab, dass eine völlige Unvereinbarkeit mit der schweizerischen Rechtsordnung vorliegt.

Ausschluss der juristischen Personen vom Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege: Die kantonrechtliche Vorschrift ZPO 84 III, wonach juristischen Personen die unentgeltliche Rechtspflege nicht bewilligt werden kann, verstösst nicht gegen den bundesverfassungsrechtlich gewährleisteten Armenrechtsanspruch von BV 29 III, zumal dieser lediglich eine Kodifizierung der aus alt BV 4 abgeleiteten und mithin schon unter der Herrschaft der BV von 1874 geltenden Grundsätze darstellt. Die Revision der BV ändert hinsichtlich dieser Frage nichts an der materiellen Rechtslage (ZR 100 [2001] 94) .

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*: Rechnungslegung 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 = SSHW 200).

2. Aktienrecht

Probleme des Konzernrechts werden erläutert in der von *Charlotte Baer* herausgegebenen Sammelchrift: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht (Bern 2000, mit Beiträgen von *Jean Nicolas Druey, 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. Sep-

tember 2000 erarbeiteten Referate von *Lukas Glanzmann*: Die Verantwortlichkeitsklage 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 seien herausgegriffen: *Dieter Aebi*: Interzession (Diss. Zürich 2001 = SSHW 206); *Harald Bärtschi*: Verantwortlichkeit im Aktienrecht (Diss. Zürich 2001=SSHW 210); *Raphael Büchi*: Spin-off. Rechtliche Aspekte zum Schweizerischen Recht (Diss. Bern 2001 = ASR 649); *Herbert G. Buff*: Compliance (Diss. Zürich 2000 = SSHW 199); *Thomas Burkhalter*: Einheitsaktien (Diss. Basel, Zürich 2001 = SSHW 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); *Stephan Kesselbach*: Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht (Diss. Zürich 2001 = SSHW 204); *Richard C. Müller*: Die Investmentgesellschaft (Diss. Zürich 2001 = SSHW 208); *Urs Pfister*: Der Aktionärsbindungsvertrag. Die kollisionsrechtliche Behandlung aus der Sicht des Schweizerischen IPRG (Zürich 2001 = NIWUZ 13); *Alain P. Röthlisberger*: Die Abschaffung von Stimmrechtsaktien (Zürich 2000 = SSHW 202); *Gaudenz Schwitter*: Die Privatisierung von Kantonalbanken (Diss. Freiburg 2000 = AISUF 195); *Dorothea Senn*: Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG (Diss. Basel, Zürich 2001 = SSHW 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 Kurzkommentar 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 Entscheidsammlung von *Myriam Senn*: Finanzmarktrechtliche Entscheide (Bern 2001) sowie *Peter Nobel (Hrsg.)*: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz (Bern 2001).

Erwähnt seien auch 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

1. Herabsetzung des Mindestnennwerts

Die Frage der Herabsetzung des *Mindestnennwerts von Aktien* (Revision von Art. 622 Abs. 4 OR) wurde in jüngster Zeit in erster Linie im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren zum Fusionsgesetz aufgegriffen (vgl. SJZ 96 [2000] 473), da dem Mindestnennwert bei der Festlegung der Umtauschverhältnisse anlässlich von Fusionen, Umwandlungen und Spaltungen zentrale Bedeutung zukommt (vgl. die Botschaft zum Fusionsgesetz vom 13. Juni 2000, Ziff. 2.2.1, BBl 2000 4493). Im Laufe des vergangenen Jahres wurde diese Thematik angesichts ihrer vermeintlichen Dringlichkeit im Hinblick auf die Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Publikumsgesellschaften auf den internationalen Kapitalmärkten (vgl. dazu etwa den Bericht und Antrag der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats vom 11. September 2000 [WAK-SR 00.435s]) aus dem Rahmen des Entwurfs zum Fusionsgesetz herausgelöst und in der Form eines selbständigen Erlasses erledigt. Die Revision des vierten Absatzes von Art. 622 OR erging so am 15. Dezember 2000 (vgl. BBl 2000 5507 f) und wurde nach unbenutztem Verstreichen der Referendumsfrist mit folgendem Wortlaut auf

den 1. Mai 2001 in Kraft gesetzt (vgl. AS 2000 1047): «⁴ Der Nennwert der Aktie muss mindestens 1 Rappen betragen». Zur Diskussion steht auch die Einführung einer nennwertlosen Aktie.

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 1.5.2001 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.

2. *Europäische Aktiengesellschaft*

Der Rat der EU hat den Vorschlag einer Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und einer Richtlinie zur Ergänzung dieses Statuts hinsichtlich der Stellung der Mitarbeiter angenommen. Die vorgeschlagene SE-VO stellt eine Rahmenverordnung dar, indem sich der Rat darauf beschränkt hat, einen unerlässlichen Kernbestand an europäischem Einheitsrecht vorzuschlagen im übrigen aber auf das nationale Rechts am Sitz der SE verweist. Bei der SE handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit einem Mindestkapital von 120'000 Euro (SE-VO 4 II). Wird sie an der Börse notiert, so ist sie ebenso zu behandeln wie eine Aktiengesellschaft nationalen Rechts (SE-VO 10). Dabei muss der Sitz der SE in der Gemeinschaft liegen und zwar in dem Mitgliedstaat, in dem sich die Hauptverwaltung der SE befindet (SE 7). Gegründet wird die SE durch Verschmelzung (Fusion), durch Gründung einer Holding-SE, die Gründung einer Tochter SE und die Umwandlung einer AG in eine SE, wobei ein grenzüberschreitender Bezug erforderlich ist. Betreffend Nicht-EU-Staaten wird in SE-VO 2 V vorgesehen, dass ein Mitgliedstaat vorsehen kann, dass sich eine Gesellschaft, die ihre Hauptverwaltung nicht in der Gemeinschaft hat, an der Gründung einer SE beteiligen kann unter der Erfüllung folgender drei Voraussetzungen: Sie muss nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden sein, ihren Satzungs-Sitz in diesem Mitgliedstaat haben

und mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaates in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung stehen. Mit Hilfe dieser Gesetzgebung soll es künftig möglich sein, in der gesamten EG Gesellschaften in der Form einer Aktiengesellschaft zu gründen, die in verschiedensten Mitgliedstaaten tätig sind und als Wirtschaftsbeteiligte im gesamten Gebiet auf der Grundlage einer einheitlichen Rechts- und Verwaltungsregelung arbeiten. Gleichzeitig stellt die Vielzahl von Verweisungen auf nationales Recht die Berücksichtigung der unterschiedlichen nationalen Traditionen sicher.

Neben der Ermöglichung einer grenzüberschreitenden Fusion bzw. Umwandlung dient das SE-Statut auch dem Ziel, die grenzüberschreitende Mobilität der europäischen Gesellschaften zu verbessern. Näheres zur rechtliche Ausgestaltung der "Societas Europea" im Beitrag von Andreas Kellerhals und Dirk Trüten, Neues zur Europäischen Aktiengesellschaft, SJZ 97 (2001) 337.

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. Gegenüber dem Vorentwurf sieht der bundesrätliche Entwurf vereinfachte verfahrens- und publizitätsrechtliche Vorschriften für KMU's vor (zum Prinzip des Verzicht auf Informationsrechte bei Einstimmigkeit unter allen Gesellschafter E-FusG 14 II, 15 II und 16 II) sowie ein neues Rechtsinstitut der Vermögensübertragung (E-FusG 69 ff.), welches die Übertragung von Vermögen und Vermögensteilen mit Aktiven und Passiven durch Rechtsübergang (Universalsukzession) ermöglicht ohne dass die mitgliedschaftliche Seite betroffen wird und somit eine Alternative zur Fusion, Spaltung und Umwandlung bietet. Im Entwurf zu finden sind Bestimmungen über den Arbeitnehmerschutz, die neben einem Querverweis auf OR 333 (E-FusG 27 I), eine persönliche Haftung

des bisherigen Gesellschafters für vorbestehende arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten (E-FusG 27 III), eine Konsultation der Arbeitnehmervertretung (E-FusG 28 I und II) und die Untersagung des Eintrags im Handelsregister bei Missachtung dieser Pflichten sowie die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf übernehmende ausländische Gesellschaften (E-FusG 28 III und IV) vorsehen. Der Entwurf enthält im Anhang Vorschläge zur Änderung des StGH, DBG und StG (SR 641 10), die u.a. die Nichtbesteuerung von stillen Reserven bei einer Umwandlung eines Unternehmens in eine andere Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft vorsehen.

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./31.12.2000, S. 18.

V. Haftpflichtrecht

Ein allfälliges künftiges BG über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (Haftpflichtgesetz, HPG) wird auch für das Gesellschaftsrecht bedeutsam sein. Im Vorentwurf

des Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (Haftpflichtgesetz HPG) wird in VE 45d neu eine Haftung für Umweltschäden vorgesehen, VE 49 und 49 a enthalten eine Hilfspersonenhaftung auf der Basis des bestehenden OR 55 (Kausalhaftung mit Befreiungsnachweis). Mit der Anerkennung von Treu und Glauben als allgemeine Rechtsnorm in VE 46 II, die weder eine Verletzung eines absoluten Rechts noch die Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift mit spezifischem Gebots- oder Verbotsgehalts verlangt, wird der Begriff der Rechtswidrigkeit erweitert. Nach herrschender Lehre setzt die Anwendung von Treu und Glauben immer eine rechtliche Sonderverbindung zwischen den Parteien voraus, d.h. setzt eine bereits bestehende oder angebahnte Rechtsbeziehungen (z.B. im Rahmen von Vertragsverhandlungen). Entsprechend kann die Verletzung des Grundsatzes kann nur dann eine Rechtswidrigkeit begründen, wenn die schädigende Person gegenüber der geschädigten zu einer bestimmten (vorvertraglichen, vertraglichen oder gesetzlichen) Verpflichtung gehalten war. Nach der herrschenden Lehre kann jedoch bereits heute ein widerrechtliches Verhalten bei *gesetzlich oder vertraglich noch nicht oder nicht oder nicht mehr geregelten Beziehungen* eine ausservertragliche Haftung unter Anrufung einer Verletzung von Treu und Glauben begründet werden z.B. bei der Haftung einer Muttergesellschaft für Schäden, den ein Gläubiger der Tochtergesellschaft erlitten aufgrund von Werbeaussagen der Muttergesellschaft. Wenn Erklärungen der Konzern-Muttergesellschaft bei Geschäftspartnern der Tochtergesellschaft in dieser Weise Vertrauen hervorrufen, so entsteht eine dem Vertragsverhältnis vergleichbare Sonderverbindung, aus der sich auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben. Wird jedoch am Erfordernis einer Sonderverbindung, wie es im Vorentwurf vorgesehen ist, nicht mehr festgehalten so kann die Berufung auf das Prinzip von Treu und Glauben bereits bei jedem unmittelbaren und mittelbaren sowie auch zufälligen Kontakt zu einer Haftung führen, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde. Damit verbunden wäre eine erhebliche Zunahme von Haftpflichtforderungen vor allem im Bereich reiner Vermögensschäden und Reflexschäden, müsste doch mit der Anrufung von Treu und Glauben keine spezielle Schutzvorschriften mehr geltend gemacht werden, um die Rechtswidrigkeit der Vermögensschädigung zu begründen. Bezogen auf das Aktienrecht dürfte dies zu einer strengeren Haftung der Organe und insbesondere auch der Revisoren führen, da sie Dritten wie zukünftigen Investoren und Kreditgebern aber auch Reflexgeschädigten (z.B. Zulieferer und Gläubiger des Zulieferers eines Konkursiten) gegenüber haften würden ohne in einer direkten oder indirekten Vertragsbeziehung mit der geschädigten Person zu stehen und ohne dass eine spezielle Schutznorm vor Vermögenseinbussen vorliegt. Dies würde auch die neuere Praxis des Bundesgericht (vgl. dazu oben II. Ziff. 4.1) gemäss

welcher im Konkursfall ein unmittelbarer Gläubigerschaden nur ersetzt werden kann, wenn eine ausschliessliche Gläubigerschutznorm verletzt wurde, in Frage stellen. Mit VE 49a wird neu eine Organisationshaftung in Unternehmungen eingeführt, die strenger ist als die Generalklausel von VE 49 ist, indem das Unternehmen neben den üblichen drei Sorgfaltsbeweisen (Auswahl, Instruktion und Kontrolle) beweisen muss, dass die Organisation der Unternehmung als solche mängelfrei war. Dabei fallen unter den Anwendungsbereich von VE 49a alle Organisationsstrukturen in denen gelegentlich das charakteristische Unterordnungsverhältnis zwischen Hilfsperson und Haftungsobjekt vorkommt. Einzig ein Einzelunternehmer dürfte davon nicht erfasst werden (z.B. ein Handwerker). Nicht vorausgesetzt ist, dass die Tätigkeit voll und ganz wirtschaftlich ausgerichtet ist (z.B. Stiftung oder Verein). Mit Art. 53b VE II wird eine OR 759 entsprechende Regelung der "differenzierten Solidarität" eingeführt, wonach mitverantwortliche Person solidarisch haftet aber nur bis zu dem Betrag, den sie als Ersatzleistung bezahlen müsste, wenn sie die einzige haftpflichtige Person wäre. Von den Autoren des Entwurfs wird denn auch vorgebracht (S.404), dass sich die Sonderbestimmungen im Aktienrecht (OR 759) wie auch im Bankengesetz (BankG 44) erübrigen, da 53b und c eine generelle Regelung vorsehe.

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

VI. Gerichtsstandsgesetz

Das auf den 1.1.2001 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 21.9.1998, 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 Zweirat mit Beschluss vom 8.6.2001 ergänzt und präzisiert.