

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

Prof. Dr. Peter Forstmoser (Zürich) und lic. iur. Catrina Erb (Uetikon am See)¹

In der Berichterstattungsperiode (Oktober 2001 bis September 2002) sind durch die *Rechtsprechung* wiederum vor allem Einzelfragen – vorwiegend aus dem Aktienrecht – geklärt worden. Im Kennzeichenrecht sind einige Urteile angefallen, welche die zunehmende Bedeutung von Domainnamen widerspiegeln.

Aus der Fülle der *Literatur* stehen neben den Publikationen zu aktienrechtlichen Themen vor allem verschiedene Abhandlungen zum Börsengesellschaftsrecht hervor.

Gesetzgeberisch ist mit der Veröffentlichung der bundesrätlichen Botschaft ein weiterer Schritt in der GmbH-Reform gemacht und sind Vorabklärungen für die Einführung nennwertloser Aktien getroffen worden. Die *rechtspolitische Diskussion* drehte sich aber vor allem um Fragen der Corporate Governance. Sie hat ihren Niederschlag in zwei Erlassen der *wirtschaftlichen Selbstregulierung* gefunden, die beide auf den 1. Juli 2002 in Kraft gesetzt worden sind: dem «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance», der von *economiesuisse* initiiert wurde, und der «Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance» der SWX Swiss Exchange. In Kraft getreten ist eine Teilrevision des *Buchführungsrechts*, das den modernen technolo-

gischen Möglichkeiten Rechnung tragen soll.

A. Rechtsprechung

I. Aktienrecht

1. Handlungen für die entstehende Gesellschaft

Die Bestimmungen über die persönliche und solidarische Haftung einer Person, welche Verbindlichkeiten für eine neue, noch nicht im Handelsregister eingetragene AG eingeht (OR 645 I), sind zwar nicht unmittelbar, jedoch analog anwendbar, wenn für die Beteiligten noch unklar ist, ob eine neue AG gegründet oder eine bestehende umbenannt werden soll. Denn – so das Bundesgericht – es treten in beiden Fällen Personen als Organe einer AG auf, ohne es tatsächlich zu sein. Im Falle einer blossen Umfirmierung soll aber keine Haftungsbefreiung nach OR 645 II eintreten können, weil diese Bestimmung nach grammatischer, teleologischer wie auch systematischer Auslegung nur bei Neugründungen Anwendung finden könne (BGE 128 III 137).

2. Sachübernahme

Der Erwerb von Vermögenswerten durch Ersteigerung unterliegt gemäss Bundesgericht nicht den Vorschriften

über die Sachübernahme (OR 628 II), wenn diese Tätigkeit unter den statutarischen Zweck der erwerbenden Gesellschaft fällt (BGE 128 III 178).

3. Déchargebeschluss

Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss von geschäftsführenden Personen beim Entlastungsbeschluss in der GV (OR 695 I) gilt auch, wenn ein geschäftsführender Aktionär die Aktien eines nicht geschäftsführenden vertritt. Das Bundesgericht lehnt damit in der Lehre vertretene Auffassungen ab, wonach aus praktischen Erwägungen die Organvertretung beim Entlastungsbeschluss zulässig sein soll (BGE 128 III 142).

4. Sonderprüfung

Im Rahmen der Einsetzung eines Sonderprüfers durch die Generalversammlung nach OR 697a II hatte das Bezirksgericht Zürich über seine örtliche Zuständigkeit zu befinden. Da es sich bei der Sonderprüfung nach herrschender Lehre um ein nichtstreitiges Verfahren handelt, richtet sich

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

der Gerichtsstand theoretisch nach GestG 11, wonach das Gericht *am Sitz der gesuchstellenden Partei* zuständig ist, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Nach Ansicht des Bezirksgerichts ist aber bei der Sonderprüfung auch der Richter *am Sitz der Gesellschaft* nach GestG 3 I b. zumindest subsidiär zuständig. Für diese Auslegung sprächen einerseits Praktikabilitätsüberlegungen, wenn eine Mehrzahl von Gesuchstellern eine Sonderprüfung verlange. Andererseits seien bei der Sonderprüfung die Grenzen zwischen nichtstreitigem und streitigem Verfahren verwischt: So hat beispielsweise die AG ein Anhörungsrecht (OR 697c I), und es steht ihr ein Rechtsmittel zur Verfügung, wodurch vor der oberen Instanz ein Zweiparteienverfahren entsteht.

Die im Begehren um Sonderprüfung aufgeführten Fragen sind laut Bezirksgericht von Amtes wegen einer Zulässigkeitsprüfung zu unterziehen, soweit die AG nicht ausdrücklich erklärt, keine Einwendungen zu haben. Die Kosten für das gerichtliche Verfahren seien in Abweichung von ZPO-ZH 211 III der Gesellschaft aufzuerlegen. Auch der Grundsatz, wonach bei Einparteienverfahren dem Gesuchsteller keine Entschädigung zuzusprechen ist, sei nicht anwendbar, da sonst der Grundgedanke des Sonderprüfungsverfahrens – der Aktionärs- und Minderheitenschutz – ausgehöhlt würde (ZR 101 2002 33).

5. Rechtsverhältnis zwischen Organ und Gesellschaft

Ist eine Person zugleich Organ und Arbeitnehmer einer AG, so sind die beiden Rechtsverhältnisse getrennt zu betrachten. Während die Abberufung als Organ unübertragbar und unentziehbar dem Verwaltungsrat zusteht

(OR 716a I Ziff. 4), kann die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch irgendein zeichnungsberechtigtes Organ oder auch durch eine bevollmächtigte Drittperson erfolgen. Dies entschied das Bundesgericht im Fall eines Vizedirektors, welcher zu Unrecht geltend machen wollte, dass seine Kündigung nicht vom vorgesetzten Direktor, sondern vom Verwaltungsrat hätte ausgesprochen werden müssen (BGE 128 III 129).

6. Faktische Organschaft

Im Zusammenhang mit einer konkurriten *Tochtergesellschaft* hatte das Bundesgericht in zwei Fällen zu beurteilen, ob eine Person einerseits in ihrer Eigenschaft als *Geschäftsführer*, andererseits als einziger *Verwaltungsrat der Muttergesellschaft* als faktisches Organ der Tochtergesellschaft zu qualifizieren sei.

a) In seiner *Eigenschaft als Geschäftsführer der Muttergesellschaft* war der Betreffende nach Ansicht des Bundesgerichts *kein* faktisches Organ der Tochtergesellschaft. Das Bundesgericht bestätigte die Ansicht der Vorinstanz, wonach «eine faktische Organstellung nur einer Person zukommt, die in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide wahrnimmt. Weder ein Handeln im Einzelfall noch eine bloss hilfsweise Tätigkeit in untergeordneter Stellung vermag hingegen die spezifische Organhaftung zu begründen.» Im konkreten Fall hatte sich der Aufgabenbereich der betroffenen Person darauf beschränkt, Entscheidungen des Exekutivausschusses vorzubereiten und umzusetzen, was für eine Unterstellung unter die Verantwortlichkeit als aktienrechtliches Organ nicht ausreichte. Auch der Um-

stand, dass der Beklagte in Einzelfällen Handlungen vorgenommen hatte, die dem Bereich der Geschäftsführung zuzurechnen waren (wie z.B. die Unterzeichnung von Bilanz und Erfolgsrechnung), vermochte keine Organstellung zu begründen (BGE 128 III 29).

b) Dagegen wurde die faktische Organstellung des Beklagten bei der Tochtergesellschaft aufgrund seiner *Stellung als einziger Verwaltungsrat der Muttergesellschaft bejaht*. Zwar begründe die blosser Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochtergesellschaft regelmässig keine Organverantwortung bei der Tochtergesellschaft. Doch entsteht gemäss Bundesgericht eine faktische Organschaft dann, wenn sich (übertragene oder usurpierte) Zuständigkeiten bilden. Damit eine Person zum faktischen Organ wird, muss ihre Einflussnahme auf die Geschäftsführung freilich aus einer *organtypischen* Stellung heraus erfolgen. Dies bejahte das Bundesgericht hinsichtlich des Beklagten, der als Mitglied des Exekutivausschusses u.a. die Geschäftstätigkeiten der Mutter- und der Tochtergesellschaft koordiniert und sich mit der Sanierung befasst hatte, und der als einziger Verwaltungsrat der Muttergesellschaft gleichzeitig diesem Ausschuss formell vorgesetzt war (BGE 128 III 92).

7. Verantwortlichkeit der Organe

a) Einmal mehr hat das Bundesgericht seine umstrittene Praxis zur Abgrenzung von direktem und indirektem Gläubigerschaden bestätigt, nach welcher ein direkter Schaden nur dann vorliegt, wenn die verletzte Rechtsnorm ausschliesslich dem Gläubigerschutz dient. Die in Frage stehenden Normen über die *Einlage des Aktienkapitals* und über die Pflicht zur Be-

nachrichtigung des Richters bei drohender Überschuldung bezwecken laut Bundesgericht nicht nur den Gläubiger- oder Aktionärsschutz, sondern *auch den Schutz der Gesellschaft*. Daher konnten die Klägerinnen keinen direkten Gläubigerschaden geltend machen (BGE 128 III 180).

b) AHVG 52 sieht eine Haftung des Arbeitgebers vor, wenn dieser absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften des AHVG missachtet. Das Eidg. Versicherungsgericht hat daraus – in einer Gleichsetzung des Arbeitgebers mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates und einer Überdehnung des Begriffs der Grobfahrlässigkeit – nahezu eine Kausalhaftung von Organpersonen gemacht. Trotz vielfacher Kritik hat das Versicherungsgericht an dieser Praxis konsequent festgehalten. Es scheint aber deren Folgen dadurch abmildern zu wollen, dass es die *Klagevoraussetzungen* auf Seiten des Klägers ebenfalls *streng beurteilt*:

- So führt das Gericht mit Bezug auf die einjährige *Verwirkungsfrist* ab Kenntnis des Schadens aus, es falle die «zumutbare Kenntnis des Schadens und der Eintritt desselben [...] in der Regel mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zusammen, unabhängig davon, ob allenfalls in der Folge das summarische oder ordentliche Konkursverfahren durchgeführt wird». Die geschädigte Ausgleichskasse könne vom Zeitpunkt der Publikation der Konkurseinstellung an nicht mehr von der Deckung ihrer Forderungen ausgehen, weshalb ab diesem Moment der Schaden bekannt sei resp. sein müsse (BGE 128 V 10).
- Auch muss die geschädigte Ausgleichskasse das Konkursverfahren aktiv verfolgen. So hat sie unter anderem auch die *Gründe für den Widerruf einer Nachlassstundung*

zu erforschen. Nur auf diese Weise kommt sie nach Ansicht des Eidg. Versicherungsgerichts ihren besonderen Sorgfaltspflichten nach und kann den frühesten zumutbaren Zeitpunkt des Schadeneintritts erkennen (BGE 128 V 15).

8. Exkurs zur Praxis des Eidg. Amtes für das Handelsregister

Das Eidg. Amt für das Handelsregister hat in einer Mitteilung vom 15. August 2001 zur Frage der Sacheinlage- bzw. Sachübernahmefähigkeit von *Transferwerten im Berufssport* und von Rechten an *Domainnamen* Stellung genommen. Es verneint – u.E. zu Unrecht – grundsätzlich die Sacheinlage- und Sachübernahmefähigkeit der Spielerwerte von Fussballspielern und äussert sich kritisch zurückhaltend zur Einbringung von Transfersummen der Eishockey-Nationalliga. *Domainnamen* werden ebenfalls als nicht sacheinlage- oder sachübernahmefähig qualifiziert, wobei das Amt andeutet, dass es diesbezüglich noch am Denken ist (vgl. REPRAX 2001 Heft 2 S. 59 ff. und ZBGR 83 2002 118 ff.).

II. Übriges Gesellschaftsrecht

1. Rechtsform einer Anwaltskanzlei

Erneut hatte sich das Zürcher Obergericht mit einer Klage gegen die Partner einer Anwaltskanzlei zu befassen. Wie im ersten Fall (OGer ZH vom 15. Mai 2001, vgl. SJZ 97 2001 488) qualifizierte das Obergericht die Anwaltssozietät aufgrund der Erfüllung der materiellen Voraussetzungen (Gemeinsamkeit von Auftritt, Zahlstelle und Briefkopf) als *Kollektivgesellschaft*, obwohl sich die Kanzlei als einfache Gesellschaft betrachtete und sie nicht im Handelsregister eingetragen war. Die Gesellschafter waren daher (noch) nicht passivlegitimiert, da

sie gemäss OR 568 III bloss nach erfolglosem Vorgehen gegen die Gesellschaft selbst haften – ein Ergebnis, das wenig befriedigt (OGer ZH vom 13. November 2001 = NZZ vom 14. November 2001 S. 45).

2. Verantwortlichkeit des Genossenschaftspräsidenten

Nichtmitgliedern einer Genossenschaft kann kein Stimmrecht verliehen werden. Die Überwachung der Einhaltung dieses Prinzips an der Generalversammlung gehört zu den Sorgfaltspflichten des Präsidenten (OR 902). Das gilt umso mehr, wenn dieser als Nichtgenossenschafter bei seiner eigenen Abwahl mitstimmt. Für die Kosten einer Anfechtungsklage des entsprechenden Beschlusses kann er deshalb nach genossenschaftlichem Verantwortlichkeitsrecht haftbar gemacht werden. Dasselbe gilt, wenn der Präsident einem formell korrekten Gesuch um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung nicht nachkommt und die betroffenen Genossenschafter deshalb ein Verfahren für raschen Rechtsschutz einleiten (Urteil 4C.272/2001 vom 4. Juni 2002, BGE-Publikation vorgesehen).

3. Umgekehrter Durchgriff in der Genossenschaft

Die einzige Tätigkeit einer Genossenschaft lag darin, eine Liegenschaft für einen (in Monte Carlo wohnhaften) Nicht-Genossenschafter zu halten und diese so dessen Gläubigern und dem Fiskus zu entziehen. Die Gesellschaft verfügte über keine eigenen liquiden Mittel, sondern war für alle Zahlungen auf den Nicht-Genossenschafter angewiesen und somit von ihm abhängig. Das Bundesgericht hielt dieses Konzept für missbräuch-

lich, auch wenn die Genossenschaft ursprünglich nicht in dieser Absicht gegründet worden war. Da der Betroffene – obwohl formell nicht Genossenschafter – die Gesellschaft nach Belieben beherrschte und dies von den anderen Genossenschaf tern auch so akzeptiert wurde, war er faktisch Alleingenossenschafter und wirtschaftlich Alleinberechtigter. Dadurch bestand zwischen ihm und der Gesellschaft wirtschaftliche Identität, und das Bundesgericht erachtete die Voraussetzungen für einen Durchgriff auf die Genossenschaft als erfüllt (nicht publizierter Entscheid 5C.209/2001 vom 12. Februar 2002).

4. Auslösungssumme des

austretenden Genossenschaf ters

Der Berner Appellationshof hatte sich mit dem Fall einer Käse eigenossenschaft zu befassen, welche einem austretenden Genossenschafter eine Auslösungssumme nach OR 842 II auferlegt hatte. Das Gericht verneinte die Auffassung des Beklagten, wonach die Statuten entsprechend der Bestimmung über Beitragsleistungen (OR 832 Ziff. 3) über Art und Höhe der Auslösungssumme hätten Auskunft geben müssen. Das gesetzliche Kriterium der *Angemessenheit* umschreiben zu erwartenden Umfang der Summe genügend.

Weiter äusserte sich das Gericht zum Begriff der *erheblichen* Schädigung der Genossenschaft, welche gesetzliche Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Auslösungssumme ist. Die Erheblichkeit sei nicht leichthin anzunehmen und müsse nach quantitativen Massstäben beurteilt werden. Insbesondere könne nicht mit Berufung auf das Gleichbehandlungsgebot *jeder* Schaden als erheblich angesehen werden, da dies den Ausnahmecharakter der Bestimmung untergraben würde.

Im konkreten Fall kam der Appellationshof zum Schluss, dass eine Einbusse von 4,2% der Gesamteinnahmen der Genossenschaft *keine* erhebliche Schädigung darstelle, zumal sie keine besonderen Auswirkungen auf den Betrieb der Käse eigenossenschaft zeitigte (Urteil Nr. 444/II/2001 = ZBJV 138 2002 523 ff.).

III. Kennzeichenrecht

1. Sachbegriffe des Gemeingebrauchs als Firmenbezeichnung

Nach neuerer Praxis des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister können Sachbegriffe des Gemeingebrauchs nicht als alleiniger Inhalt einer Firma anerkannt werden. Im Fall der «Wache AG» entschied das Bundesgericht jedoch anders, weil das Unternehmen nach alter Praxis zugelassen und ins Handelsregister eingetragen worden war. Es kann somit nach wie vor firmenrechtliche Exklusivität für das ganze Gebiet der Schweiz beanspruchen. Zwischen den Bezeichnungen «Wache AG» und «Die Wache» besteht eine offensichtliche Verwechslungsgefahr, womit die Verwendung des Begriffs «Die Wache» durch das liechtensteinische Bewachungsunternehmen «Die Wache» Wach- und Schliess-Aktiengesellschaft, Vaduz (FL), Zweigniederlassung Altstätten» gegen das firmenrechtliche Gebot der deutlichen Unterscheidbarkeit (OR 951 II) verstösst. Verletzt wird auch die Firmengebrauchspflicht (HRV 47), nach welcher die im Handelsregister eingetragene Firma unverändert zu gebrauchen ist, «soweit dies zur Vermeidung der Gefahr einer Täuschung des Publikums über erhebliche Tatsachen erforderlich ist». Der Umstand, dass die Beklagte ihre Kurzbezeichnung mit dem Substantiv

«Die» versah und zusätzlich ein Signet verwendete, vermag an der offensichtlichen Verwechslungsgefahr nichts zu ändern. Zudem bewirkt die Ähnlichkeit der Firmenbezeichnungen beim Publikum den falschen Eindruck, es bestehe eine wirtschaftliche Beziehung zwischen den Unternehmen, was unlauter im Sinne von UWG 3 lit. d ist (BGE 128 III 224).

2. Domainnamen

a) Ist eine Bezeichnung kennzeichnender Hauptbestandteil in der Firma und im Namen einer Gesellschaft, steht dieser gestützt auf den persönlichen Namensschutz (ZGB 29 II i.V.m. 53) – auf den sich auch öffentlich-rechtliche Körperschaften berufen können – das Recht zu, einen Teil ihres Namens als Domainnamen zu verwenden. Im Streit um den Domainnamen «frick.ch» lag eine Kollision der Namensrechte zwischen der Gemeinde Frick und der Frick & Partner AG vor. Dieser Konflikt war gemäss Handelsgericht des Kantons Aargau durch Abwägen der Interessen der beiden Parteien zu lösen. In casu überwog das mittelbar öffentliche Interesse der Gemeinde, unter dem streitigen Domainnamen ihren Einwohnern und sonstigen Personen durch direkten Zugriff auf die Website amtliche und allgemeine Informationen sowie Dienstleistungen zugänglich zu machen, das rein finanzielle Interesse der Beklagten, den Domainnamen einer Drittperson zur Verfügung stellen zu können (HGer AG vom 30. August 2001, Nr. OR.2001.00011).

b) Das Bundesgericht hat der Institut Montana Betriebs AG, die eine Privatschule betreibt, die Verwendung des Domainnamens «www.montana.ch» aufgrund einer Klage der Walliser Munizipalgemeinde Montana ge-

stützt auf Namensschutz (ZGB 29) untersagt. Internetadressen könnten mit Unterscheidungszeichen wie Namen oder Marken verglichen werden, und deren Inhaber könnten Dritten die Verwendung als Domainnamen verbieten. Das Wort «Montana» stelle – anders als die geographische Bezeichnung «Berner Oberland» – keine gemeinfreie geographische Bezeichnung dar (Urteil 4C.25/2002 vom 23. Juli 2002, BGE-Publikation vorgesehen, vgl. auch NZZ vom 28. August 2002 S. 13).

c) Den Streit um den Domainnamen «www.luzern.ch» hat die Stadt Luzern gegen die bisherige Inhaberin, eine Privatfirma, vor dem Bundesgericht gewonnen. Im Gegensatz zum Luzerner Obergericht stützte das Bundesgericht sein Urteil nicht auf Lauterkeitsüberlegungen, sondern ausschliesslich auf Namensrecht nach ZGB 29 II. In der Verwendung des umstrittenen Domainnamens sah es eine Verwechslungsgefahr mit der Stadt Luzern und – da diese ein besseres Recht am Namen «Luzern» geltend machen konnte – somit eine unbefugte Namensanmassung. Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr einer Website ist gemäss Bundesgericht nicht deren Inhalt oder die Gestaltung, sondern allein die Adresse massgebend. Deshalb war es auch unbeachtlich, dass auf der umstrittenen Website ein Link zur Homepage der Stadt Luzern angebracht war (Urteil 4C.9/2002 vom 23. Juli 2002, BGE-Publikation vorgesehen).

3. Verwechslungsgefahr

Die Bestimmung von MSchG 3 I c. kann als gemeinsame Klammer des firmen-, lauterkeits- und markenrechtlich begründeten Begehrens der Klägerinnen gelten. Danach hat ein jüngeres Zeichen zu weichen, wenn es

einem älteren Zeichen ähnlich ist, für gleiche oder gleichartige Dienstleistungen bestimmt ist und daraus eine Verwechslungsgefahr resultiert. Eine solche Gefahr verneinte das Handelsgericht des Kantons Zürich zwischen «SWISSAIR» und «SWISS» resp. «SWISS AIR LINES». Es stellte dabei auf die konkreten Verhältnisse ab, mit anderen Worten auf das Wissen der relevanten Verkehrskreise um den Untergang der alten und die Entstehung einer neuen Fluggesellschaft. Dass eine abstrakte Verwechslungsgefahr tatsächlich besteht, spielte nach Ansicht des Gerichts keine Rolle. Daher durften die Beklagten den Bestandteil «SWISS AIR LINES» in ihre Firma aufnehmen bzw. als Firma gebrauchen und unter dem Zeichen «SWISS» oder dem Domainnamen «swissairlines.ch» eine Fluggesellschaft betreiben sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen anbieten (HGER ZH vom 4. März 2002, Nr. HE020004).

IV. Wertpapierrecht

1. Eigenwechsel

Die Ausstellung eines Eigenwechsels begründet keine vom Rechtsgrund der ursprünglichen Schuld gelöste Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und erstem Nehmer, sondern die beiden Forderungen sind identisch. Daher bleiben sämtliche Einreden und Einwendungen aus dem Grundgeschäft für den Aussteller bestehen, und mit der Prosequierung der Forderung aus dem Eigenwechsel wird die Grundforderung verfolgt. Daher verstösst eine Gläubigerin, welche gegen die Schuldnerin eine Wechselbetreibung und nicht eine Betreibung auf die Hauptforderung einleitete, entgegen der Behauptung der in der Folge belangten Bürgin nicht gegen die Voraussetzungen der rechtzeitigen

Verfolgung der verbürgten Forderung (OR 510 III). Diese Auffassung entspreche auch der Ratio legis von OR 510 III: Die Interessen des Bürgen würden durch die Einleitung der Wechselbetreibung ebenso gut gewahrt wie bei einer Geltendmachung der Hauptforderung (BGE 127 III 559).

2. Haftung für gefälschten Wechsel

Der Inhaberin eines Wechsels hatte die Verwaltungsrätin der bezogenen Gesellschaft trotz wiederholter Anfrage verschwiegen, dass ihre Unterschrift auf dem Wechsel gefälscht war. Sie hatte sogar bestätigt, dass ein Wechsel über die entsprechende Summe vorhanden und sie zur Einzelzeichnung berechtigt sei. Darauf diskontierte die Inhaberin den Wechsel und legte ihn der vorgesehenen Zahlstelle vor, jedoch ohne Erfolg. Das Bundesgericht anerkannte eine rechtliche Sonderverbindung zwischen den beiden Parteien, aus welcher sich für diese aus Treu und Glauben hergeleitete Schutz- und Aufklärungspflichten ergäben. Durch ihr Verhalten habe die Beklagte bei der gutgläubigen Klägerin ein schutzwürdiges und dann enttäushtes Vertrauen erweckt, welches diese zur nachteiligen Disposition – Diskontierung des Wechsels – veranlasst und ihr somit einen Schaden zugefügt hatte. Für diesen habe die bezogene Gesellschaft einzustehen (BGE 128 III 324).

V. Gesellschaftsrechtlich relevante Entscheide aus anderen Rechtsgebieten

1. Insiderdelikte

Das Bundesgericht hat in einem Urteil seine – von der Eidgenössischen Bankkommission als zu eng kritisierte – Rechtsprechung zu Insiderdelikten bestätigt: Vertrauliche Tatsachen i.S.v.

StGB 161 III sind danach nur Sachverhalte, welche den im Gesetz selbst erwähnten Beispielen (Emission neuer Beteiligungsrechte, Unternehmensverbindungen) ähnlich sind. Sie müssen sich auf Veränderungen der internen (Aktionariat) oder externen Struktur der Gesellschaft beziehen, z.B. auf Unternehmensteilungen, Mehrheitsübernahmen oder Sanierungen durch Kapitalherabsetzung. Die eine markante Kurssteigerung auslösende Ankündigung zweier Unternehmen, eine gemeinsame Vereinbarung über ein Konzept zum Vertrieb im elektronischen Handel zu schliessen, erfüllt diese Voraussetzungen nicht und fällt damit nicht unter StGB 161 III. Gemäss Bundesgericht liegt eine Strafbarkeitslücke vor, die nicht durch eine grosszügige richterliche Auslegung von StGB 161 III, sondern nur durch den Gesetzgeber geschlossen werden kann (nicht publizierter Entscheid 2A.567/2001 vom 15. April 2002). – Durch diese Bestätigung einer u.E. unnötig engen Auslegung dürften der Insiderstrafnorm endgültig die Zähne gezogen sein; eine Gesetzesreform drängt sich auf.

2. Gründungsschwindel

Wird bei der Gründung einer AG das von einem Dritten zur Verfügung gestellte Gründungskapital nur zum Schein einbezahlt und nach der Gründung sofort wieder zurückerstattet, handelt es sich um einen klassischen Gründungsschwindel, weil aus wirtschaftlicher Sicht das Geld gar nie zur Verfügung der Gesellschaft stand (OR 633 I). Notar und Handelsregisteramt wurden veranlasst, Dokumente mit unwahrem Inhalt (Einzahlungsbescheinigung der Depositenkasse, Gründungsurkunde, Handelsregistereintrag) zu beurkunden. Damit sind die Tatbe-

stände der Urkundenfälschung und der Falschbeurkundung (StGB 251 und 253) erfüllt (nicht publizierter Entscheid 6S.96/2002 vom 19. Juni 2002).

3. Börsenrechtliche Offenlegungspflicht

Am 4. Dezember 2001 fällte das Bundesgericht erstmals einen Entscheid zur börsenrechtlichen Offenlegungspflicht für Beteiligungen (BEHG 20). Dabei qualifizierte es eine Holdinggesellschaft als organisierte Gruppe nach BEHG 20 III i.V.m. BEHV-EBK 15 II lit. c. Beim börsenrechtlichen Begriff der organisierten Gruppe spielt gemäss Bundesgericht die interne Organisation einer Gruppe keine Rolle; massgeblich sind einzig die Kontrollverhältnisse. Auch ist die Definition nicht auf den gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff i.S.v. OR 663e limitiert, welcher eine einheitliche Leitung für die Unternehmensgruppe voraussetzt. Als an den Tochtergesellschaften wirtschaftlich Berechtigte ist die Muttergesellschaft zudem aufgrund von BEHV-EBK 9 I meldepflichtig. Ferner stellte das Bundesgericht fest, dass BEHV-EBK 20 keine allgemeinen Ausnahmen von der Offenlegungspflicht zulässt. Vielmehr müssten dafür wichtige Gründe in Bezug auf eine bestimmte Transaktion vorliegen (nicht publizierter Entscheid 2A.174/2001 vom 4. Dezember 2001).

4. Zustellung eines Zahlungsbefehls

Die gültige Zustellung eines Zahlungsbefehls an die Vormundschaftsbehörde am Sitz der Gesellschaft statt an die zu betreibenden AG selbst setzt voraus, dass zwischen der AG und der Vormundschaftsbehörde ein Schutzverhältnis i.S.v. SchKG 68c besteht. Ein solches konnte das Bundesgericht

im konkreten Fall nicht feststellen. Namentlich genügte dafür die Tatsache nicht, dass sich an der von der Gläubigerin angegebenen Adresse keine Geschäftsräumlichkeiten der Schuldnerin mehr befanden und die einzige Verwaltungsrätin ihren Sitz ins Ausland verlegt hatte. Somit lag ein fehlerhaft zugestellter Zahlungsbefehl vor, welcher nichtig war, da der Betriebene vom Inhalt keine Kenntnis hatte. Hätte hingegen der Betriebene trotz fehlerhafter Zustellung Kenntnis vom Zahlungsbefehl erlangt, hätte nach bundesgerichtlicher Praxis die Frist für den Rechtsvorschlag in diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen (BGE 128 III 101).

B. Literatur

1. Aktienrecht

Erste Anlaufstellen für den Praktiker dürften der Präjudizienkommentar von *Gauch/Aeppli/Stöckli* und der in zweiter Auflage erschienene Basler Kommentar zu OR 530–1186 sein (siehe nachstehend Ziff. 3). Eine umfassende Darstellung des gesamten Aktienrechts – aus der Sicht des Aktionärs – legt *Peter V. Kunz* in seiner monumentalen Habilitationsschrift: *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht* (Bern 2000) vor. Vgl. sodann *Baer Charlotte M.* (Hrsg.): *Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit* (Bern 2002 = SSPHW 65, erscheint Herbst 2002); *Bohrer Gaetan* (Hrsg.): *La société anonyme dans ses rapports avec ses actionnaires* (Lausanne 2001 = CEDIDAC 43); *Bühler-Hintz Monika*: *Aktionärbindungsverträge* (Diss. Bern 2001 = ASR NF 659); *Heuberger Reto*: *Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinn-*

steuerrechts (Diss. Bern 2001 = BBSW 15); *Käch Simon*: Die Rechtsstellung des Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 2001); *Kalbermatter André*: Die Sportaktiengesellschaft (Diss. Zürich 2001 = SSHW 213); *Rhein Mirjam*: Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen (Diss. Zürich 2001 = SSHW 203); *Scherrer Eric R.*: Die Stellung des Aktionärs im EG-Recht unter besonderer Berücksichtigung seines Stimmrechts (Zürich 2001 = SSHW 207); *Waldburger Martin*: Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates (Diss. St. Gallen 2002 = SSPHW 66).

2. GmbH- und Genossenschaftsrecht

Ayer Chloé: La transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme (Diss. Freiburg 2001); *Natsch Regina*: Die Genossenschaft im Konzern (Diss. Bern 2002 = ASR NF 670).

3. Sonstiges Gesellschafts- und Körperschaftsrecht

Für den Praktiker besonders nützlich sind *Gauch Peter/Aepli Viktor/Stöckli Hubert*: Präjudizienbuch zum OR (5. A. Zürich 2002), die erweiterte und durch den Gesetzestext ergänzte Neuauflage der «Rechtsprechung des Bundesgerichts zum OR», sowie *Honssell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf* (Hrsg.): Obligationenrecht II. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (2. A. Basel 2002). Für eine erste Information kann auch *Kren Kostkiewicz Jolanta/Bertschinger Urs/Breitschmid Peter/Schwander Ivo*: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (Zürich 2002) beigezogen werden. Vgl. sodann *Beretta Piera*: Wirtschaftliche Vereine in der Schweiz (Diss. Basel

2000 = BStR A/56); *Chou Han-Lin*: Wissen und Vergessen bei juristischen Personen (Diss. Basel 2002 = BStR A/59); *Frei Alexander*: Societas leonina (Diss. Basel = BStR A/62); Jahrbücher des Handelsregisters 2000 und 2002 (Bern 2002); *Malacrida Ralph/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf*: Swiss mergers & acquisitions practice (Basel 2001 = Swiss commercial law series 11); *Scherrer Urs*: Wie gründe und leite ich einen Verein? (11. A. Zürich 2002); Schweizer Rainer J./Burkert Herbert/Gasser Urs (Hrsg.): Festschrift für Jean Nicolas Druey (Zürich 2002) (mit zahlreichen gesellschafts- und konzernrechtlichen Beiträgen); *Tschäni Rudolf* (Hrsg.): Mergers & Acquisitions IV (Zürich 2002 = EIZ 38).

4. Börsengesellschaftsrecht

Fankhauser Roger: Gemeinschaftsrechtliche Publizitäts- und Kapitalrichtlinie: Anpassungsbedarf des Schweizer Rechts (Diss. Zürich 2001 = ASR NF 658); *Frauenfelder Jrena*: Die Pflichten der Zielgesellschaft gemäss Art. 29 BEHG (Diss. Zürich 2001 = SSHW 211); *Kistler Pascal M.*: Die Erfüllung der (aktien- und börsenrechtlichen) Meldepflicht und Angebotspflicht durch Aktionärsgruppen (Diss. Zürich 2001 = SSHW 212); *Reutter Thomas*: Das bedingte Übernahmeangebot (Diss. Zürich 2002 = SSHW 214); *Tschäni Rudolf/Iffland Jacques*: La préparation d'une offre publique d'acquisition (Zürich 2002); *Watter Rolf* (Hrsg.): Rechtsfragen beim Börsengang von Unternehmen (Zürich 2002 = EIZ 36); *Werlen Stephan*: Die Rechtsstellung der Zielgesellschaft im Übernahmekampf (Diss. Zürich 2001 = SSB 64); *Wicki Jodok*: Market Making und Kurspflege kotierter eigener Aktien durch Effektenhändler (Diss. Zürich 2001).

C. Rechtssetzung

I. Teilrevision des Buchführungsrechts

Am 1. Juni dieses Jahres sind eine Teilrevision des Obligationenrechts betreffend die kaufmännische Buchführung und eine Verordnung über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher in Kraft getreten. Geändert wurden die Art. 957, 961, 962 und 963 OR; OR 964 wurde aufgehoben. Das neue Recht ermöglicht es, Geschäftsbücher, Geschäftskorrespondenz und Belege elektronisch zu führen und aufzubewahren. Voraussetzung dafür ist, dass die Daten auf einem Datenträger gespeichert werden, der entweder nicht verändert werden oder die Echtheit und den Zeitpunkt der Speicherung garantieren kann. Bilanz und Erfolgsrechnung müssen nach wie vor – mindestens auch – in Papierform erstellt, unterzeichnet und aufbewahrt werden. Die Aufbewahrungsfrist beginnt neu mit dem Ablauf des Geschäftsjahres, in welchem die letzten Eintragungen, Korrespondenzen usw. angefallen sind.

II. Hängige Projekte

1. Reform der GmbH

Mit Datum vom 19. Dezember 2001 hat der Bundesrat eine Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vorgelegt, durch welche in erster Linie das Recht der GmbH erneuert, daneben aber auch punktuelle Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht vorgenommen werden sollen. Aufgrund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens wurden gewisse Verschärfungen des GmbH-Rechts, die im Vorentwurf von 1999 vorgeschlagen worden waren, rückgängig gemacht oder abgeschwächt: Das minimale Stammka-

pital soll unverändert bei Fr. 20000.– (Vorentwurf: Fr. 40000.–) belassen werden, wobei es jedoch voll zu liberieren ist (geltendes Recht: 50%; Vorentwurf: volle Liberierung). Eine Revisionsstelle soll nur obligatorisch sein, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Mit diesen Erleichterungen soll die Gründung von Start-up-Unternehmen begünstigt werden, wobei im Gegenzug eine Schwächung des Gläubigerschutzes in Kauf genommen wird.

Festgehalten wird vom Bundesrat an einer Verschärfung der Vorschriften über die qualifizierte Gründung (Gleichstellung mit dem Aktienrecht), womit Schwindelgründungen erschwert werden sollen. Im Übrigen verfolgt auch der bundesrätliche Entwurf drei Stossrichtungen:

- Die GmbH wird als *Kapitalgesellschaft* dem Aktienrecht stärker angenähert, indem ungerechtfertigte Diskrepanzen zwischen diesen beiden Rechtsformen (seit jeher bestehende und solche, die durch die Aktienrechtsreform neu entstanden sind) abgebaut werden.
- Gleichzeitig soll aber die GmbH ihre Eigenständigkeit als *personenbezogene* Kapitalgesellschaft bewahren, soll sie also nicht einfach zur «kleinen AG» werden.
- Schliesslich sollen eine Reihe von Lästigkeiten und *helvetischen Eigenarten beseitigt* und eine *Annäherung an das Recht der EU* angestrebt werden.

Die Reform wird zum Anlass für punktuelle Änderungen in *anderen Bereichen des Handelsrechts* genommen: So sollen etwa die Gründung der *Einpersonen-AG* ermöglicht und bei den Wählbarkeitsvoraussetzungen für den Verwaltungsrat auf *Nationalitäts- und Wohnsitzvorschriften verzichtet* werden. Für Verträge einer AG mit

derjenigen Person, durch welche die Gesellschaft beim Vertragsschluss vertreten wird, soll (wenn der Betrag von Fr. 1000.– überschritten wird) Schriftlichkeit vorgeschrieben werden. Eine vollständige Neuordnung wird für das Vorgehen bei Mängeln in der Organisation der AG vorgeschlagen.

Das *Handelsregisterrecht* soll vermehrt auf Verordnungsstufe geregelt werden, und im *Firmenrecht* soll generell die Pflicht zur Angabe der Rechtsform eingeführt werden.

Im Parlament ist kein erheblicher Widerstand zu erwarten, sodass das neue Recht 2004 in Kraft treten könnte. Es ist dies wünschbar, weil die GmbH ihren seit dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts andauernden Siegeszug fortsetzt (derzeit über 55000 Einheiten gegenüber weniger als 2800 Ende 1991) und heute als Rechtsform für Neugründungen weit häufiger gewählt wird als die AG.

2. Fusionsgesetz

Nachdem der Ständerat im März 2001 als Erstrat den bundesrätlichen Entwurf zum Fusionsgesetz (vgl. BBl 2000 4531) angenommen hat, wird der Nationalrat als Zweitrat voraussichtlich in der kommenden Wintersession über das Gesetz beraten. Mit dem Inkrafttreten ist indessen – nach der voraussichtlich im Frühjahr 2003 erfolgenden Differenzbereinigung – nicht vor 2004 zu rechnen.

3. Lex Koller

Die Lex Koller soll gelockert werden: Eine Revision des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR.211.412.41), welche vom Bundesrat am 3. Juli dieses Jahres in die Vernehmlassung geschickt wurde, sieht vor, dass der Erwerb von börsenkotierten Anteilen an einer Wohnimmobiliengesellschaft

durch Personen im Ausland in Zukunft nicht mehr bewilligungspflichtig sein soll, sofern die Anteile an einer Schweizer Börse kotiert sind. Begründet wird die geplante Änderung einerseits damit, dass das Risiko der Einflussnahme ausländischer Aktionäre auf die Geschäftsleitung, Verwaltung oder gar direkt auf die Grundstücke börsenkotierter Gesellschaften gering ist. Andererseits erhofft sich der Gesetzgeber von ausländischen Investitionen im Immobilienbereich volkswirtschaftliche Impulse.

4. Nennwertlose Aktien

Aufgrund einer gutachtlichen Stellungnahme von Hans Caspar von der Crone will der Bundesrat einen Gesetzesentwurf zur Einführung einer *unechten nennwertlosen* Aktie ausarbeiten. Im Unterschied zur echten nennwertlosen Aktie wird bei dieser Variante ein festes Aktienkapital beibehalten, doch kann sich der Aktiennennwert bei jeder Kapitalerhöhung oder -reduktion verändern. Durch die Einführung eines *Kapitalbandes* soll zudem neu ein Basis- und ein Maximalkapital vorgesehen werden, in deren Bandbreite das Kapital beliebig erhöht bzw. herabgesetzt werden kann. Dadurch sollen die Kapitalaufnahme vereinfacht und die Kapitalstruktur flexibilisiert werden.

III. Erlasse der Selbstregulierung

Eine Reihe von spektakulären Vorkommnissen in Schweizer Publikums-gesellschaften hat in den letzten Jahren die Diskussion über Fragen der Corporate Governance – der Regeln für gute Unternehmensführung und -kontrolle – angeheizt. Die Bundesversammlung hat sich anlässlich der Herbstsession 2001, der Frühjahrs-session 2002 und der Sommersession

2002 mit Vorstössen zur «good Governance» im Allgemeinen und zu Transparenz und Höhe von Bezügen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung im Besonderen beschäftigt. Auf der Ebene der Selbstregulierung sind zwei Regelwerke entstanden, die beide auf den 1. Juli 2002 in Kraft gesetzt worden sind:

– der *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* von economiesuisse, der – nicht bindende – «Leitlinien setzen und Empfehlun-

gen abgeben» will und der sich vor allem mit Zusammensetzung, Arbeitsweise und Kontrolle von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, sodann auch mit den Beziehungen der Gesellschaft zum Aktionariat befasst;

– die *Richtlinie SWX Swiss Exchange betreffend Informationen zur Corporate Governance*, die in einem Anhang eine detaillierte Checklist wünschenswerter Informationen enthält. Dabei gilt grundsätzlich das

Prinzip «comply or explain», das aber – als Folge einer intensiven Diskussion in den Medien – hinsichtlich der Offenlegung der Bezüge von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung durchbrochen wird.

Beide Texte richten sich an die Publikumsgesellschaften, doch erhebt der *Swiss Code* für sich den Anspruch, auch für «nicht kotierte volkswirtschaftlich bedeutende Organisationen [...] zweckmässige Leitlinien» vorzusehen.