

Internetversion

(Langversion des in SJZ 100 2004 Nr. 21 517 ff publizierten Beitrages)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Handelsgesellschaften und Genossenschaften) / Le point sur le droit des sociétés (sociétés commerciales et sociétés coopératives)

Prof. Dr. Peter Forstmoser, LL.M. und lic. iur. Patrik R. Peyer, LL.M. (beide Zürich)

Die Periode der *Landmark-cases* scheint im Gesellschaftsrecht – es war dies schon letztes Jahr festzustellen – vorerst abgeschlossen. Die kühnen Erkundungen des seit 1992 geltenden revidierten Aktienrechts sind von einer Phase der Konsolidierung und Verfeinerung abgelöst worden.

In der *Literatur* dominierte *ein* Thema: das auf den 1. Juli 2004 in Kraft getretene *Fusionsgesetz*. (Es gilt dies übrigens auch für die wegen eines neu verstandenen Leistungsauftrags der Hochschulen und Universitäten wie Pilze aus dem Boden schießenden Weiterbildungsangebote.) Ein weiteres Thema war *Corporate Governance*, nicht zuletzt deshalb, weil auch klassische gesellschaftsrechtliche Themen zunehmend in dieses modische Kleid verpackt präsentiert werden.

In der *Rechtsetzung* zeigen zahlreiche *Reformprojekte* – zum Teil überholen sie sich oder kommen sich gegenseitig in die Quere –, dass in diesem Bereich die Epoche der Jahrhundert- oder auch nur Jahrzehntwerke vorbei ist.

I. Rechtsprechung

A. Aktienrecht

1. Rechtsstellung des Aktionärs

a) Fehlen einer Treuepflicht

In einem Entscheid betreffend einen Aktionärbindungsvertrag bestätigte das BGer, dass die Aktionäre im Gegensatz zum Verwaltungsrat nicht ein übergeordnetes Gesellschaftsinteresse zu wahren haben. Weil keine Treuepflicht des Aktionärs besteht, ist auch der Rückschluss von

einer Treuepflicht des Verwaltungsrates auf eine solche des Aktionärs nicht haltbar. Die Erwägungen der Vorinstanz, wonach die in einem Aktionärsbindungsvertrag eingegangenen Rechte und Pflichten ausschliesslich dem jeweiligen Vertragsrecht und nicht dem aktienrechtlichen Körperschaftsrecht unterstünden, wurden daher vom BGer geschützt. Daraus ergab sich, dass es nicht darauf ankam, ob der unter Verletzung eines Aktionärsbindungsvertrages erfolgte Aktienverkauf die einzige realistische Möglichkeit zur Überwindung der finanziellen Notlage und zur Abwendung eines Konkurses der Tochtergesellschaft war oder nicht (Urteil 4C.143/2003).

b) *Informationsrechte des Aktionärs*

OR 697 statuiert ein gerichtlich durchsetzbares Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs. Die an keine Frist gebundene Klage steht lediglich unter dem Vorbehalt des allgemeinen Verbots offenbaren Rechtsmissbrauchs.

Das BGer hatte unter anderem zu beurteilen, ob eine Klage, die erst sechs Monate nach der Verweigerung von Auskunft an der Generalversammlung eingereicht worden war, rechtsmissbräuchlich sei. Es ging davon aus, dass zwar das Interesse des Aktionärs auf Information mit dem Verstreichen der Zeit allmählich schwindet, jedoch Zeitablauf "für sich alleine keine Vermutung des Rechtsmissbrauchs" begründet und insbesondere OR 706a I nicht analog angewendet werden kann. Weiter wird bestätigt, dass der Auskunftsanspruch auch bezüglich Aktivitäten einer 100%igen Tochtergesellschaft der beklagten Gesellschaft besteht. Das BGer folgt im Übrigen der in der Lehre postulierten Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Geschäftsgeheimnissen, und es hält die Selbstverständlichkeit fest, dass sich eine Gesellschaft nicht rechtsgültig gegenüber Dritten verpflichten kann, den Aktionären Informationen vorzuenthalten, auf welche diese einen gesetzlichen Anspruch haben (Urteil 4C.234/2002; 4C 246/2001 = Pra 2004 Nr. 68).

c) *Sonderprüfung*

Das BGer hatte über ein Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers im Sinne von OR 697b zu entscheiden. Dabei betonte es die in OR 697a I festgeschriebene Subsidiarität der Sonderprüfung gegenüber dem Recht auf Auskunft und Einsicht. In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c) hielt das Gericht fest, dass der Gesuchsteller in tatsächlicher Hinsicht relevante Handlungen oder Unterlassungen der Gründer oder Organe sowie den daraus entstandenen Schaden glaubhaft zu machen hat, wobei ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit genügt. Die behauptete Gesetzes- oder Statutenverletzung prüft das Gericht nur summarisch. Ein Gericht hat demzufolge einem Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers dann zu entsprechen, wenn die Vorbringen des Gesuchstellers bezüglich der vom Gesetz verlangten Voraussetzungen aussichtsreich erscheinen oder zumindest vertretbar

sind. Dem Gesuchsteller obliegt es darzulegen, weshalb er sich veranlasst sieht, an der Vollständigkeit bzw. an der Richtigkeit der vom Verwaltungsrat erteilten Informationen zu zweifeln (Urteil 4C.64/2003 = Pra 2003 Nr. 28).

2. *Rechtsstellung von Organpersonen; Rechtsstellung von Organpersonen im Anstellungsverhältnis*

a) *Treuepflicht im Konzern; Rechtsstellung von Organpersonen im Anstellungsverhältnis*

Das BGer hatte sich mit der Frage der Verantwortlichkeit des angestellten Organs einer in einen Konzern integrierten Gesellschaft auseinander zu setzen. Insbesondere galt es, die Treuepflicht eines *Arbeitnehmers* von derjenigen eines *Verwaltungsratsmitglieds* abzugrenzen. Sodann war die Frage zu beantworten, ob das angestellte Organ nur derjenigen Gesellschaft, die es eingestellt hat, oder aber allen im Konzern verbundenen Gesellschaften Treue schuldet.

Im einstimmig gefällten Urteil hielt die I. Zivilabteilung fest, dass es gemäss dem schweizerischen Arbeitsvertragsrecht keine unterschiedlichen Arbeitnehmerkategorien gibt und somit für die Angestellten sämtlicher Hierarchiestufen eines Unternehmens dasselbe gilt. Bei der Bestimmung der auf die Treuepflicht anwendbaren Normen sei ausschlaggebend, ob die betroffene Person Arbeitnehmer sei oder ob ihr Vertragsverhältnis in anderer Weise qualifiziert werden müsse. Für diese Beurteilung sei massgebend, ob die Person Weisungen empfangt und sich somit in einem Abhängigkeitsverhältnis befinde oder nicht. Stehe eine Organperson in einem Arbeitsverhältnis, sei von einem arbeits- und gesellschaftsrechtlichen *Doppelverhältnis* auszugehen.

Ein solches habe zur Folge, dass sich das angestellte Organ sowohl an die Treuepflicht des Arbeitnehmers wie auch an die organschaftliche Treuepflicht des Verwaltungsrats- oder Direktionsmitglieds halten müsse. Es sei daher getrennt zu prüfen, welche der beiden Treuepflichten konkret betroffen ist, wobei im Allgemeinen "die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht weiter geht als die arbeitsrechtliche" (Urteil 4C.258/2003 = BGE 130 III 213).

b) *Informationsrecht des Verwaltungsratsmitglieds*

Im Kontext der Klage eines Verwaltungsratsmitglieds, das zum Zeitpunkt des Verfahrens vor BGer bereits abgewählt war, hielt das BGer allgemein fest, dass im Bereich des Aktienrechts von einem sehr weiten Begriff des Rechtsschutzinteresses auszugehen sei und dass mithin – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots – die Absicht, die Interessen der Gesellschaft zu wahren, für die Zulassung der Klage ausreiche, immer unter der Voraussetzung, dass das Gutheissen der Klage die Rechtsstellung des klagenden Aktionärs auch tatsächlich verändern würde.

Das Gericht hob die zentrale Bedeutung des Faktors "Zeit" bei der Ausübung des Informationsrechts des Verwaltungsrats hervor. Es betonte aber auch, dass daraus nicht gefolgert werden könne, es bestehe ein tatsächliches oder rechtliches Interesse daran, eine allfällige Verspätung der verlangten Informationserteilung gerichtlich feststellen zu lassen. Im Übrigen hat das BGer erneut bekräftigt, dass dem ausgeschiedenen Verwaltungsratsmitglied – mit Ausnahme aussergewöhnlicher Umstände – kein Recht auf Auskunft oder Einsicht i.S.v. OR 715a mehr zusteht (Urteil 4C.7/2003 = Pra 2003 Nr. 213).

c) *Durchgriff der Aktiengesellschaft; Stellvertretung*

Das BGer hielt im Zusammenhang mit einem Baurechtsvertrag fest, dass es vom Stellvertretungsrecht bzw. vom organschaftlichen Handeln her nicht ausgeschlossen sei, dass eine vertragsschliessende Privatperson nicht nur sich selbst sondern auch eine juristische Person – deren Organ sie ist – verpflichte und berechtere. Vorauszusetzen sei dafür allerdings, dass der Vertrag nicht nur die korrekte und vollständige Bezeichnung der Vertragsparteien enthalte, sondern dass dieser auch vollständig und richtig unterzeichnet sei. Dies bedeute konkret, dass die Privatperson den relevanten Vertrag für sich selbst aber auch unter dem Firmenstempel der betroffenen juristischen Person als deren Organ unterzeichnet haben müsse.

Darüber hinaus schloss das BGer einen Durchgriff der AG auf eine Privatperson bzw. einen Rückgriff derselben auf die AG aus, weil von der Klägerin weder behauptet noch ersichtlich gewesen sei, dass die beklagte juristische Person als Instrument benutzt worden war, „um in missbräuchlicher Weise bestimmte Vorschriften zu umgehen“.

Weiter hielt das BGer fest, dass dem Rechtsmissbrauchsverbot lediglich negative Wirkung zukomme, beziehungsweise dass dieses nur defensiven Charakter aufweise. Daher sei es ausgeschlossen, gestützt auf ZGB 2 II auf Erfüllung eines Vertrages, respektive auf Erbringung einer ausstehenden Leistung zu klagen (Urteil 5C.275/2002 = Pra 2004 Nr. 27).

3. *Verantwortlichkeitsrecht insbesondere*

a) *Verantwortlichkeit von Verwaltungsratsmitgliedern*

In Bestätigung seiner zwar problematischen, aber konstanten Rechtsprechung hielt das BGer bezüglich einer Verantwortlichkeitsklage der Abtretungsgläubiger gegen die ehemaligen Verwaltungsratsmitglieder fest, dass ein Gesellschaftsgläubiger seinen direkten Schaden nur insoweit geltend machen könne, als die Handlungen oder Unterlassungen, welche den Verwaltungsratsmitgliedern vorgeworfen werden, entweder als widerrechtlich im Sinne von OR 41 oder ihrem Charakter nach als culpa in contrahendo zu qualifizieren seien oder aber eine Norm des Aktienrechts verletzen, welche *ausschliesslich dem Schutz der Gläubiger*

dient. Die vorliegend nach Ansicht der Kläger verletzten Bestimmungen (aOR 687, 699, 722 III, 725) dienen gemäss BGer allesamt nicht ausschliesslich dem Gläubigerschutz (Urteil 4C.316/2003).

b) *Revisions- bzw. Kontrollstelle einer Bank; Pflichtverletzung durch Unterlassung*

Das BGer hatte unter altem Aktienrecht die allfällige Verantwortlichkeit der Mitglieder der aktienrechtlichen Kontrollstelle (in der Terminologie des geltenden Rechts: der Revisionsstelle) einer Bank zu prüfen. (Es handelte sich – dies sei als Kuriosum ergänzt – um Laienrevisoren, die, wie das BGer ausführt, "über keine besonderen buchhalterischen oder bankfachlichen Kenntnisse" verfügten!)

Eine Revisionsstelle haftet gemäss aOR 754 lediglich insoweit, als die ihr zurechenbare Pflichtverletzung einen Schaden adäquat kausal verursacht hat. Vorliegend wurde der Kontrollstelle insbesondere vorgeworfen, dass sie in ihrem Bericht keinen aufgrund der gegebenen Umstände gebotenen Vorbehalt angebracht und dass sie keine weiteren Nachforschungen angestellt habe. Liegt die vorgeworfene Pflichtverletzung somit in einer Unterlassung, so ist Voraussetzung einer Haftung, dass der entstandene Schaden durch pflichtgemässes Verhalten hätte vermieden werden können. Basierend auf der für das BGer verbindlichen Feststellung der Vorinstanz, dass es dem Verwaltungsratspräsidenten aufgrund der konkreten Umstände mit grosser Wahrscheinlichkeit gelungen wäre, die Generalversammlung zu beschwichtigen, wurde vorliegend der Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung und dem Schaden verneint (Urteil 4C.53/2003 = Pra 2004 Nr. 40). (Wie weit diese Feststellung der Vorinstanz von Mitleid für die zwar redlichen, aber aufgrund ihrer Ausbildung ungeeigneten und mit Fr. 2'000.-- pro Jahr bescheiden entschädigten Kontrollstellmitglieder beeinflusst war, bleibe dahingestellt.)

c) *Schaden der Gesellschaft*

In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung führte das BGer im vorliegenden Entscheid aus, dass die Differenztheorie auch auf die Bestimmung des Schadens bei Verantwortlichkeitsklagen Anwendung finde. Nach dem Konkurs der Gesellschaft gehen die entsprechenden Schadenersatzansprüche der Gesellschaft auf die Konkursmasse über, welche diese gemäss SchKG 260 an die Gläubiger abtreten kann. Der Beweis des Schadens obliegt denjenigen Gläubigern welche nach einer Abtretung die Ansprüche gegenüber den Verwaltungsräten geltend machen. Dabei genüge es nicht einen Verlust der Gläubiger im Konkurs nachzuweisen, weil dies keinen Schaden der Gesellschaft sondern lediglich eine Vermögensminderung bei den Gläubigern darstelle. Ein Gläubiger, welcher seinen im Konkurs der Gesellschaft erlittenen Verlust geltend machen wolle, müsse diesen unabhängig von einer Abtretung im oben genannten Sinn einklagen. – Darüber hinaus machte das BGer in diesem

Entscheid zahlreiche Ausführungen zur Substanziierung des Schadens der Gesellschaft (Urteil 4C.292/2003).

B. Übriges Gesellschaftsrecht

1. Kollektivgesellschaft: organschaftliche Vertretung; Zweckkonformität

Das Handelsgericht des Kantons Zürich (HGer) hatte zu entscheiden, ob ein Kollektivgesellschafter – nachdem der über die Gesellschaft eröffnete Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden war – gegenüber einer Gläubigerin (Bank) persönlich hafte. Der Beklagte wandte ein, er hafte für die auf einem Gesellschaftskonto entstandenen Verbindlichkeiten nicht, weil diese dadurch entstanden seien, dass ein anderer Kollektivgesellschafter und dessen Ehefrau Dritte für Leistungen bezahlt hätten, die das Ehepaar zu privaten Zwecken in Anspruch genommen hatte.

Das HGer hielt in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 111 II 284 ff.) fest, dass eine von einem Organ vorgenommene Rechtshandlung die Gesellschaft nur dann nicht verpflichtet, wenn für den daran beteiligten Dritten *objektiv erkennbar* ist, dass die relevante Handlung *offensichtlich nicht vom Gesellschaftszweck gedeckt* wird. Diese Übereinstimmung mit dem Gesellschaftszweck sei abstrakt und nicht mit Bezug auf das konkrete Geschäft zu beurteilen, wobei der Zweck extensiv auszulegen sei. Diese extensive Auslegung von OR 564 berge zwar ein gewisses Risiko für die Gesellschaft und deren Gesellschafter, sie entspreche jedoch den Bedürfnissen des Geschäftsverkehrs (ZR 103 [2004] Nr. 20). – Der Entscheid ist auch für die Beurteilung der *Vertretungsmacht in Körperschaften* von Bedeutung.

2. Einfache Gesellschaft: Partnerschaftsvertrag

Strittig war in einem vom BGer zu beurteilenden Fall, ob auf eine *Private Equity*-Investition die Bestimmungen der einfachen Gesellschaft Anwendung finden. Das BGer stellt mit Berufung auf die Lehre fest, dass das *Private Equity-Geschäft* einen Vorgang bezeichnet, bei dem ein Investor für eine begrenzte Zeitspanne die Risikokapitalfinanzierung eines nicht kotierten Unternehmens übernimmt, wobei die Absicht des Investors zur Beendigung seines Engagements von Beginn weg feststeht. Es erscheint deshalb für ein *Private Equity-Geschäft* die entgeltliche *Finanzierung der unternehmerischen Tätigkeit der Gegenpartei* durch einen Investor als charakteristisch. Diese Auffassung schliesst nach Ansicht des BGer die Qualifikation des gesamten Vertragsverhältnisses sowie des regelmässig zentralen Aktionärbindungsvertrags zwischen den Aktionären und dem Investor als einfache Gesellschaft aus, es überwiegt vielmehr das *synallagmatische Austauschverhältnis*. (Urteil

4C.214/2003). – Ob diese Beurteilung generell zutrifft, ist angesichts der intensiven "Begleitung", welche sich die Kapitalgeber im *Private-Equity-Geschäft* oft ausbedingen und die in die Nähe einer faktischen Organstellung gehen kann, u.E. fraglich.

C. Registerrecht

1. Handelsregistereintrag; Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft

Gemäss einem Urteil der I. Zivilabteilung des BGer muss die schweizerische Zweigniederlassung einer im Ausland domizilierten Gesellschaft in einer Weise in das Handelsregister eingetragen werden, die ihre *Rechtsnatur klar erkennen* lässt. Das BGer erinnert mit Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung daran, dass der Zusatz "Schweiz" charakteristisch für *Tochtergesellschaften* sei und dass daher dessen Verwendung für sich allein zur Kennzeichnung von *Zweigniederlassungen* ausländischer Gesellschaften (in casu: "JohnsonDiversey Schweiz") einen falschen Schein erwecke und demnach unzulässig sei. Die nötige Klarheit werde durch den Zusatz "Zweigniederlassung" geschaffen (Urteil 4A.3/2003 = BGE 130 III 58).

2. Löschung einer Kollektivgesellschaft im HR vor Beendigung der Liquidation

Das Obergericht des Kantons Zürich hatte zu entscheiden, ob die Konkureröffnung über eine im Handelsregister bereits gelöschte, materiell aber noch nicht vollständig liquidierte Kollektivgesellschaft zulässig ist.

Weil der Löschung einer Kollektivgesellschaft im Handelsregister – wie deren Eintragung – lediglich deklaratorische Wirkung zukommt, bleibt die Gesellschaft trotz Löschung rechtsfähig. Und gemäss SchKG 40 I ist sie ohnehin bis sechs Monate nach ihrer Löschung konkursfähig. Da in casu die Löschung rechtswidrig war und überdies keine sechs Monate seit der Löschung vergangen waren, stand der Konkureröffnung nichts entgegen (ZR 102 [2003] Nr. 41).

D. Kennzeichenrecht

In einem Entscheid der I. Zivilabteilung hatte das BGer die vom Eidgenössischen Institut für geistiges Eigentum (IGE) verfügte Ablehnung des Gesuches um Registereintragung des am Gehäuse befestigten zinnenförmig gestalteten Swatch-Uhrenbandes als dreidimensionale Marke gestützt und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum abgewiesen. Das BGer argumentierte in seinem Entscheid, dass die einzutragende Form nicht von den gemeingebräuchlichen Formen

im Sinne von Art. 2 lit. a MSchG abweiche und damit zum Gemeingut zu zählen sei. Als Zeichen im Gemeingebrauch könne die umstrittene Form nur dann als Marke Schutz beanspruchen, wenn glaubhaft gemacht werde, dass sich diese im Verkehr als Kennzeichen für das fragliche Uhrband durchgesetzt habe. Die Beschwerdeführerin hat zwar glaubhaft gemacht, dass sie seit zehn Jahren Armbänder mit der fraglichen Form verwendet. Die Armbänder waren aber jeweils mit der Wortmarke „Swatch“ versehen, weshalb für das Gericht nicht glaubhaft dargelegt war, dass die Verbraucher die relevante Form auch für sich alleine der Beschwerdeführerin zuordnen würden. Das BGer stützte das IGE insbesondere auch darin, dass dieses höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung stellt, wenn es sich – wie im zu entscheidenden Streit – um ein banales Zeichen handelt (Urteil 4A.4/2003 = BGE 130 III 328).

E. Gesellschaftsrechtlich relevante Entscheide aus anderen Rechtsgebieten (Börsenrecht)

Das BGer hatte im vorliegend Entscheid eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen einen Zwischenentscheid der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK), mit dem diese eine Empfehlung der Übernahmekommission (UEK) bestätigt hatte, zu beurteilen. In der genannten Empfehlung hielt die UEK fest, dass einer Gruppe von Minderheitsaktionären vor der UEK im Verfahren über die Feststellung einer allfälligen Pflicht, ein öffentliches Kaufangebot zu unterbreiten, Parteistellung zukomme. Das BGer hiess die Beschwerde teilweise gut und verneinte die Parteistellung einer Gruppe von Minderheitsaktionären im betreffenden Verfahren. Auf die Frage der Parteistellung im Verfahren vor der UEK sei ausschliesslich UEV-UEK 53 anwendbar und nicht VwVG 6, welcher grundsätzlich auf das Verfahren vor der EBK Anwendung finde. Abgesehen davon, dass gemäss BGer die UEV-UEK in Verfahrensrechtlicher Hinsicht ohnehin als *lex specialis* zum VwVG gelte, schliesse UEV-UEK 55 V die Anwendung von des VwVG vor der UEK ausdrücklich aus. UEV-UEK 53 gestehe lediglich dem Anbieter, mit ihm verbundenen Personen und der Zielgesellschaft Parteistellung zu. Eine Gruppe von Minderheitsaktionären könne mithin am Verfahren vor der UEK höchstens als Intervenientin i.S.v. UEV-UEK 54 teilnehmen. Laut dem BGer trage diese Möglichkeit den legitimen Interessen der Minderheitsaktionären in genügender Weise Rechnung (Urteil 2A.362/2001 = BGE 129 II 183 = Pra 2003 Nr. 191).

II. Literatur

Angesichts der Fülle von Neuerscheinungen – seit einigen Jahren haben die grösseren Schweizer Wirtschaftskanzleien die wissenschaftliche Publikation als *Marketing Tool* ent-

deckt, was seinen Niederschlag in einem *boost* einschlägiger Publikationen findet – beschränkt sich die Übersicht auf Standardwerke und ganz wenige Highlights unter den Monographien.

1. *Allgemeine Literatur zum Gesellschaftsrecht*

Abegglen Sandro: Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen (Habil. Bern 2004); *Chaudet François*: Droit Suisse des affaires (2. A. Basel 2004); *Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter*: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (9. A. Bern 2004); *Montavon Pascal*: Abrégé de droit commercial (3. A. Lausanne 2004).

2. *Fusionsgesetz*

Zum kürzlich in Kraft getretenen Fusionsgesetz sind eine ganze Reihe von Kommentaren erschienen: *Behnisch Urs R./Heiz Christoph/Vogel Alexander*: Fusionsgesetz, Kurzkommentar (Zürich 2004); *Baker & McKenzie* (Hrsg.): Fusionsgesetz, Handkommentar (Bern 2003); *Peter Henry/Trigo Trindade Rita* (Hrsg.): Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Zürich 2004); *Von der Crone Hans Caspar/Gersbach Andreas/Kessler Franz J./Dietrich Martin/Berlinger Katja*: Das Fusionsgesetz (Zürich 2004); *Vischer Frank/VISCHER Anwälte und Notare* (Hrsg.): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (Zürich 2004); *Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Tschäni Rudolf/Däniker Daniel* (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Fusionsgesetz (Basel 2004). Zu erwähnen ist sodann das Handbuch von *Altenburger Peter R./Calderan Massimo/Lederer Werner*: Schweizerisches Umstrukturierungsrecht (Zürich 2004). Dem Fusionsgesetz sind auch verschiedene Sondernummern von Zeitschriften gewidmet: 7. Heft der AJP 13 (2004) 763-896; 3. Heft der SZW 76 (2004) 153-304; 1. Heft des I. Halbbandes der ZSR NF 123 (2004) 1-201. Interessant – und je nach Alter und Flexibilität des Adressaten mit Argwohn oder freudiger Erwartung beobachtet – sind sodann zwei Internetsites, in welchen insofern Neuland betreten wird, als nicht einfach der Inhalt von Büchern in einer zusätzlichen Zugriffsform verfügbar gemacht, sondern eine ausschliesslich auf einer Website verfügbare "Publikation" präsentiert wird: die von *von der Crone Hans Caspar* entwickelte site <http://www.fusg.ch> und die von *von Salis Ulysses* redigierte site <http://www.fusionsgesetz.ch>. Beide Darstellungen sollen laufend aktualisiert werden – eine Stärke des Internet, von der in Zukunft vermehrt auch in *Ergänzung* zu Druckerzeugnissen Gebrauch gemacht werden dürfte (vereinzelt ist dies schon heute bei Lehrbüchern und privaten Gesetzesausgaben der Fall, vgl. sodann auch vorn Anm. 1).

3. *Aktienrecht und Corporate Governance*

Das Ereignis der letzten Monate war die im Umfang fast verdoppelte und weit über das Aktienrecht hinausgreifende Darstellung von *Böckli Peter*: Schweizer Aktienrecht (3. A. Zürich 2004). Im Zürcher Kommentar ist neu erschienen: *Tanner Brigitte*: Die Generalversammlung (Art. 698-706b OR) (Zürich 2003). Von den vielen Veröffentlichungen zum Thema "Corporate Governance" seien erwähnt: *Böckli Peter/Huguenin Claire/Dessementet François*: Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts (Zürich 2004 = SA 21); *dieselben*: Le Gouvernement d'Entreprise, Rapport du groupe de travail en vue de la revision partielle du droit de la société anonyme (Lausanne 2004 = CEDIDAC 59); *Dessementet François/Bohrer Gaétan* (Hrsg.): Corporate Governance en Suisse (Lausanne 2003 = CEDIDAC 54); *Giger Gion*: Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 2003 = SSHW 224).

Ferner sind zum Aktienrecht folgende Werke erschienen: *Emmenegger Susan*: Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht (Habil. Bern 2004 = ASR 691); *Emmenegger Susan/Geiger Hansueli*: Bank-Aktiengesellschaften, Statuten und Reglemente mit Mustern (Zürich 2004 = SnA 18); *Gehrer Carole L.*: Statutarische Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen. Eine Untersuchung der an der SWX kotierten Schweizer Aktiengesellschaften (Diss. Zürich 2003 = SSHW 225); *Heinzmann Michel*: Die Herabsetzung des Aktienkapitals (Freiburg 2004 = AISUF 228); *Montavon Pascal*: Droit Suisse de la SA (3. Auflage, Lausanne 2004); *Weber Rolf H.* (Hrsg.): Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht (Zürich 2003 = EIZ 49).

4. *Sonstiges Gesellschafts- und Körperschaftsrecht*

Mabillard Ramon: Gesellschaftrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen – Eine Untersuchung der Culpa in contrahendo (Diss. Basel 2004); *Müller Karin*: Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der Einfachen Gesellschaft – Ein Diskussionsbeitrag zum Recht der Gesamthandschaft (Diss. Zürich 2003 = LBR 2); *Perrin Jean-François*: Droit civil suisse, Droit Civil V, Droit de l'association (art. 60-79 CC) (Zürich 2004); *Taddei Filippo*: Die US-amerikanischen Partnerships im Vergleich zum schweizerischen Recht (Diss. Bern 2004).

5. *Börsengesellschaftsrecht*

Bournet Gregory A.: Börsengang mittels Reverse Takeover (Diss. Bern 2004 = S.E.C.A. 3); *Bühler Christoph B.*: US Corporate Governance Reform: Impact on NYSE-Listed Swiss Companies, (2. A., Zürich 2004); *Huber Felix M./Hodel Peter/Staub Gierow Christoph*:

Praxiskommentar zum Kotierungsrecht der SWX Swiss Exchange (Zürich 2004); *Wernli Stephan*: Schweizerische Pensionskassen und Corporate Governance, Einflussnahme auf Schweizerische Publikumsgesellschaften (Diss. Zürich 2004 = BIRC 21); *Zbinden Daniel*: Börsenrechtliche Aspekte eines Initial Public Offering (IPO) in der Schweiz (Diss. Bamberg 2003).

6. Wertpapierrecht

Luchsinger Gähwiler Catrina: Der Vertrieb von Fondsanteilen – Unter besonderer Berücksichtigung des Anlegerschutzes (Zürich 2004 = SSB 76); *Wicki Marc*: Der börsliche Handel mit Anlagefondsanteilen aus Sicht des Anlagefondsgesetzes, Unter besonderer Berücksichtigung der Exchange-Trade Funds (ETF) (Zürich 2003 = SSBR 75).

7. Gesellschaftsrechtlich relevante Literatur aus anderen Rechtsgebieten

Althaus Stämpfli Annette: Personendaten von Bankkunden und ihre Weiterleitung im Finanzkonzern und an dritte Dienstleister (Diss. Bern 2004 = BBA 12); *Amstutz Marc* (Hrsg.): Die vernetzte Wirtschaft, Netzwerk als Rechtsproblem (Zürich 2004); *Basler Bankenvereinigung* (Hrsg.): Nach der Jahrhundertbaisse: Was ist zu tun? Tagungsband zum 11. Basler Bankentag vom 13. November 2003 (Bern 2004); *Borghgi Mauro/De Rossa Frederica*: Compendio di diritto dell' economia (Basel 2003); *Ganz Eliane E.*: Die Beurteilung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht (Diss. Zürich 2004 = SSHW 227); *Graber Christoph Beat/Girsberger Michael/Nenova Mira* (Hrsg.): Free Trade versus Cultural Diversity: WTO Negotiations in the Field of Audiovisual Services (Zürich 2004); *Höhn Jakob*: Einführung in die Rechtliche Due Diligence (Zürich 2003); *Kaufmann Christian*: Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Diss. Zürich 2004 = SSHW 226); *Knoepfler François/Schweizer Philippe*: Arbitrage international, Jurisprudence suisse commentée depuis l'entrée en vigueur de la LDIP (Zürich 2003); *Müller Christoph*: International Arbitration, A Guide to the Complete Swiss Case Law (Zürich 2004); *Nobel Peter*: Schweizerisches Kapitalmarktrecht (2. Auflage, Zürich 2004); *derselbe* (Hrsg.): Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Heft 11 2002/2003 (Bern 2004); *Petrin Martin*: Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz (Diss. Zürich 2004 = StGSR 7); *Reinert Mani*: Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen (Zürich 2004 = EIZ 47); *Rimle Alois*: Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Ein Grundriss für die Praxis (Zürich 2004); *Thévenoz Luc/Bovet Christian* (Hrsg.): Journée 2003 de droit bancaire et financier (Zürich 2004); *Thévenoz Luc/Zulauf Urs* (Hrsg.): BF Geldwäscherei, Regulierung und Selbstregulierung zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung in der Schweiz (Zürich 2004); *Ulrich*

Thomas: Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle (Diss. Zürich 2004 = SSHW 229); *Wiegand Wolfgang* (Hrsg.): Banken und Bankenrecht im Wandel, Jubiläumstagung zum zehnjährigen Bestehen des Institutes für Bankenrecht und des Berner Bankenrechtstages (Bern 2003 = BBT 10); *Zobel Dieter/Geiger Hans/Schwob Renate/Winzeler Christoph* (Hrsg.): Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (15. Nachlieferung, Zürich 2004); *Zobl Dieter/Kramer Stefan*: Schweizerisches Kapitalmarktrecht (Zürich 2004); *Zurkinden Philipp/Trüeb Hans Rudolf*: Handkommentar Kartellgesetz 2003 (Zürich 2004).

III. Rechtsetzung

A. Neu in Kraft getretene Bestimmungen

1. Fusionsgesetz

Das neue BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), welches am 1. Juli 2004 in Kraft getreten ist (AS 2004 2617), regelt die Restrukturierung von Unternehmen umfassend und löst so die zu einem guten Teil *praeter legem* entwickelte Praxis ab. Mit dem neuen Gesetz wird die Flexibilität bei Umstrukturierungen erhöht. Nicht-Mitwirkende – wie zum Beispiel Arbeitnehmer – werden besser geschützt. Das Gesetz bringt aber auch mehr Transparenz und erhöht die Rechtssicherheit. Darüber hinaus verbessert sich die Europakompatibilität der zur Verfügung gestellten Instrumente. Vgl. im Übrigen die Hinweise auf S. 351 des laufenden Jahrgangs der SJZ.

2. Handelsregisterverordnung: Änderungen vom 21. April 2004

Mit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes wurden zahlreiche Änderungen in der Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 (HRegV) nötig, die ebenfalls auf den 1. Juli 2004 in Kraft getreten sind (AS 2004 2669). Der Verordnungsgeber hat die Gelegenheit der ohnehin erforderlichen Revision wahrgenommen für – zum Teil weit gehende – Änderungen auch in anderen Gebieten und insbesondere für die Neueinführung einer *Identifikationsnummer*, die jeder eintragungspflichtigen Institution – vom Einzelunternehmen bis zur Körperschaft – in die Wiege gelegt wird und die ihr grundsätzlich (auch über alle Rechtsformwechsel hinaus) bis zur Bahre erhalten bleibt.

B. Hängige Projekte¹

1. Rechnungslegung und Revision

Das BBl Nr. 28 vom 20. Juli 2004 (BBl 2004 3969 ff.) enthält die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts bezüglich der Revisionspflichten im Gesellschaftsrecht und zum BG über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23.6.2004.

Die Änderungen im Obligationenrecht betreffen im Wesentlichen Anpassungen bei der AG, der GmbH und der Genossenschaft hinsichtlich der Regelung der Revisionsstelle und ihrer Aufgaben – einschliesslich der Einführung einer eingeschränkten Revision bei kleinen und mittleren Gesellschaften und der Möglichkeit des gänzlichen Verzichts in Kleingesellschaften. Der Entwurf sieht sodann die Einführung einer Revisionspflicht bei Vereinen und Stiftungen vor (mit Ausnahmen für kleine, nicht im Handelsregister eingetragene Vereine und der Möglichkeit von Ausnahmen bei Stiftungen aufgrund eines Entscheides der Aufsichtsbehörde). Die Einzelunternehmung und die Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) sollen auch künftig nicht revisionspflichtig sein.

Durch ein neues *Revisionsaufsichtsgesetz* (RAG) werden für alle Personen und Unternehmen, die Revisionsdienstleistungen erbringen, strenge Voraussetzungen betreffend Ausbildung und Fachpraxis statuiert sowie ein unbescholtener Leumund verlangt. Alle Erbringer von Revisionsdienstleistungen müssen sich sodann – wenn der Gesetzesvorschlag geltendes Recht werden sollte – *registrieren* lassen und eine *Zulassung* beantragen.

2. Totalrevision des Anlagefondsgesetzes

Noch bevor zehn Jahre seit Inkrafttreten des Anlagefondsgesetzes (AFG) vergangen sind, hat der Bundesrat eine Totalrevision dieses Gesetzes in Angriff genommen. Das AFG soll durch ein *BG über die kollektiven Kapitalanlagen* (KAG) mit erweitertem Anwendungsbereich ersetzt werden. In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht bedeutsam sind die Vorschläge für zwei neue Gesellschaftsformen: die *Anlagegesellschaft mit variablem Kapital* und die *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen*. Mit diesen erweiterten Möglichkeiten sollen die Attraktivität des Fondsstandortes Schweiz gefördert und die EU-Kompatibilität der hiesigen Gesetzgebung im Bereich der Kapitalanlagen gewahrt werden.

3. Revision des Rechts der GmbH

Die Behandlung des bundesrätlichen Entwurfs zur Revision des Rechts der GmbH wurde von der Rechtskommission des Nationalrates Anfang 2003 suspendiert, weil die Vorschläge zur

¹ Ein Überblick über die laufenden Gesetzgebungsprojekte und deren jeweils aktuellen Stand findet sich auf der Webseite des Bundesamtes für Justiz <<http://www.bj.admin.ch/d/content-projekte.htm>>.

Neuordnung des Rechts über die Revision (vgl. vorstehend Ziff. 1) abgewartet werden sollten. Da die Botschaft zu diesem neuen Bundesgesetz nun vorliegt, will die nationalrätliche Kommission gegen Ende Jahr die Arbeiten wieder aufnehmen. Angesichts der Verbreitung und wachsenden Beliebtheit dieser Rechtsform – Ende 1991 gab es in der Schweiz weniger als 2'800 GmbHs, heute sind es um die 70'000, während die Zahl der Aktiengesellschaften bei ca. 175'000 stagniert – ist zu hoffen, dass die Gesetzgebungsarbeiten nun rasch abgeschlossen werden, zumal die politischen Positionen bezogen sind und man durch Zuwarten nicht klüger werden wird.

4. *Corporate Governance*

a) Ein am 23. Juni 2004 verabschiedeter Entwurf zu einem BG über die Änderung des OR will die Offenlegung der Vergütungen und Beteiligungen der Mitglieder von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen gesetzlich regeln. Eine solche Reform mag wegen der politischen Brisanz des Themas nötig sein. Ob sie auch sachlich sinnvoll ist, kann man sich angesichts der erfolgreichen Selbstregulierung in diesem Bereich mit Fug fragen.

b) Eine erweiterte Reformvorlage mit Verbesserungen des gesamten Aktienrechts unter dem Aspekt der Corporate Governance ist aufgrund eines Expertenberichts von *Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet* in Vorbereitung.

5. *Steuerrechtliche Erleichterung der Gründung von Kapitalgesellschaften*

In der Botschaft zur Änderung des BG über die Stempelabgaben vom 18. August 2004 wird beantragt, die Freigrenze bei der Emissionsabgabe für Aktien und GmbH-Anteile von Fr. 250'000.- auf Fr. 1 Mio. heraufzusetzen.

6. *Integrierte Finanzmarktaufsicht*

Ende Januar 2004 wurde das Vernehmlassungsverfahren zum ersten Teilbericht der von Prof. Ulrich Zimmerli geleiteten Expertenkommission zur geplanten Zusammenführung der Banken- und Versicherungsaufsicht abgeschlossen. Am 23. Juni 2004 hat der Bundesrat den Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse zur Kenntnis genommen und das EFD mit dessen Veröffentlichung beauftragt. Die Bildung einer integrierten Finanzmarktaufsicht scheint in der Vernehmlassung auf grosse Zustimmung gestossen zu sein. Im vorliegenden Zusammenhang hat dieses Projekt namentlich Konsequenzen auf Konzerne, welche sowohl im Banken- als auch im Versicherungsgeschäft tätig sind. In diesen Fällen wird die integrierte Aufsicht sicherlich zur Schliessung von Lücken in der Aufsicht und zur Vermeidung von

Doppelspurigkeiten beitragen. Der Bundesrat wird diesen Herbst über das weitere Vorgehen entscheiden.

Im August hat die Expertenkommission auch den zweiten Teilbericht zu den Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht zuhanden des EFD verabschiedet.

7. *Revision des Datenschutzgesetzes*

Die Rechtskommission des Nationalrats hat zwar Eintreten auf die Vorlage der Revision des Datenschutzgesetzes beschlossen, hat aber nach Anhörung der Branchen am 13. Februar 2004 beantragt, den Entwurf zur Überarbeitung an den Bundesrat zurückzuweisen, weil die vorgesehenen Massnahmen nach Angesicht der Mehrheit der Kommission der Wirtschaft ein zu enges Korsett schnürten. Nachdem der Ständerat die Rückweisung an den Bundesrat einstimmig abgelehnt hat ist die Rechtskommission des Nationalrats Anfang Juli 2004 auf ihren Entscheid zurückgekommen und hat sich einstimmig für die Behandlung der Vorlage ausgesprochen.

8. *Revision des Stiftungsrechts, Unternehmensstiftungen*

Im Bundesblatt Nr. 41 vom 19.10.2004 (S. 5435 ff) findet sich der Vorschlag für eine Revision des Stiftungsrechts. Die Referendumsfrist läuft am 27. Januar 2005 ab. Mit den Vorschlägen für eine Revision des Stiftungsrechts (BB1 2004 5435 ff) werden die bisherigen Einwände gegen die Unternehmensstiftung weitgehend beseitigt. Die revidierten Bestimmungen sehen beispielsweise die Buchführungspflicht für Stiftungen vor (neu ZGB 84b). Betreibt die Stiftung ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, so sind für die Rechnungslegung die strengen Bestimmungen des Aktienrechts sinngemäss anwendbar (neu ZGB 84b II). Weiter wird neu grundsätzlich eine Revisionsstelle verlangt (neu ZGB 83a f) und es werden dem Aktienrecht entsprechende Bestimmungen über das Vorgehen bei Besorgnis einer Überschuldung eingeführt (neu ZGB 84a).