

(Erweiterte Fassung des in SJZ 101 [2005] Nr. 21 499 ff. publizierten Beitrages)

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, LL.M. und lic. iur. Marco Spadin, Rechtsanwalt (beide Zürich)

Aus der *Rechtsprechung* sind keine Meilensteine zu vermelden; die Phase der Konsolidierung und Verfeinerung des Aktien- und des Börsengesellschaftsrechts setzt sich fort, das auf den 1. Juli 2004 in Kraft gesetzte Fusionsgesetz hat in der Judikatur – jedenfalls der des Bundesgerichts – noch keinen Niederschlag gefunden.

Im Gesellschaftsrecht wurde wiederum rege *publiziert*, mit Schwerpunkten auf dem Fusionsrecht (dem dominanten Thema des letzten Jahres), dem Aktienrecht und dem Börsengesellschaftsrecht.

Einige wichtige *Gesetzesprojekte* – namentlich das neue GmbH-Recht, das Revisionsrecht und das Revisionsaufsichtsgesetz – stehen bei der Drucklegung dieser Übersicht (Ende September) vor dem Abschluss. Sie dürften im Verlaufe des nächsten Jahres geltendes Recht werden.

I. Rechtsprechung

A. Aktienrecht

1. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen; Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Nach dem Sachlichkeitsgebot (OR 706 II Ziff. 2) sind Beschlüsse der Generalversammlung u.a. anfechtbar, wenn sie in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken.

Das BGer kam zum Schluss, dass ein Beschluss auf Ausschüttung einer statutarisch vorgesehenen *Tantieme* keine Beschränkung der Rechte der Aktionäre im Sinne von OR 706 II Ziff. 2 bedeutet, da der Anspruch des Aktionärs auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzge-

winn gemäss OR 660 I nur besteht, soweit dieser nach Gesetz oder Statuten überhaupt zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist. Die Ausrichtung von Tantiemen ist nach Auffassung des BGer auch nicht deshalb unsachlich, weil die ausschüttende Gesellschaft eine Holdinggesellschaft ist. Schüttet die Holdinggesellschaft und nicht die einzelne operative Gesellschaft die Tantieme aus, so bemisst sich diese jedoch nach dem Ergebnis der gesamten Unternehmensgruppe und nicht nur nach dem Ergebnis der Obergesellschaft. In casu erwähnten die Statuten nicht nur die Ausrichtung von Tantiemen, sondern schrieben diese in einem gewissen Mass zwingend vor. In diesem Fall steht den Mitgliedern des Verwaltungsrates – wenn die statutarischen Voraussetzungen erfüllt sind – gegenüber der Gesellschaft ein Rechtsanspruch auf die Tantieme zu. Dass der Verwaltungsrat mit dem von der Generalversammlung genehmigten Antrag auf Ausrichtung einer Tantieme ein Recht in Anspruch nahm, das er zuvor während vielen Jahren nie geltend gemacht hatte, ist nicht rechtsmissbräuchlich.

Das BGer hatte sich im selben Entscheid auch zur *Unabhängigkeit der Revisionsstelle* zu äussern. Nach OR 727c I müssen die Revisoren vom Verwaltungsrat und von einem Aktionär, der über die Stimmenmehrheit verfügt, unabhängig sein. Das BGer erinnert daran, dass auch eine *wirtschaftliche* Abhängigkeit, die den Revisor in seiner Entscheidungsfreiheit wesentlich einschränkt, zu vermeiden ist. Die von der Treuhand-Kammer erlassenen «Richtlinien zur Unabhängigkeit» bestimmen, dass der Honoraranteil eines einzelnen Kunden nicht mehr als 10% der gesamten Honorareinnahmen des Abschlussprüfers ausmachen soll. Diese Richtlinien einer Berufsvereinigung sind aus Sicht des BGer zwar für die konkrete Beurteilung heranzuziehen, haben aber keine Gesetzeskraft. Es lässt sich nicht einfach aus einem zahlenmässig festgelegten Anteil der Honorareinnahmen auf eine unzulässige wirtschaftliche Abhängigkeit schliessen, so dass bei einem Wert, der geringfügig unterhalb der Limite liegt, die Unabhängigkeit per se gegeben, und bei einem Wert, der geringfügig darüber liegt, per se Abhängigkeit anzunehmen wäre. Rechtlich besteht keine starre «10%-Regel»¹, sondern es ist von Fall zu Fall zu prüfen, ob die Höhe des Anteils der aus einem Revisionsmandat fliessenden Honorareinnahmen die Unabhängigkeit der Revisionsstelle beeinträchtigt (Urteil 4C.386/2002 = BGE 131 III 38).

2. Aktienliberierung

OR 687 II hat die verbleibende Haftung des Zeichners nach einem rechtsgültigen Verkauf seiner *teillibierten Namenaktien* zum Gegenstand. Dass das Gesetz keine dieser Bestimmung entsprechende Regelung für den Verkauf *teillibierter Inhaberaktien* enthält, erklärt sich gemäss BGer daraus, dass solche Aktien nicht ausgegeben und somit auch nicht verkauft

¹ Anmerkung der Verfasser: Eine solche sieht nun aber das neue Revisionsaufsichtsgesetz (dazu hinten I-II. C. 1.) in Art. 11 I lit. a für Revisionsunternehmen vor, die Revisionsdienstleistungen für Publikumsgesellschaften erbringen.

werden dürfen. Damit fehlt es an einer Lücke bzw. einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, welche durch die analoge Anwendung von OR 687 II geschlossen werden könnte (Urteil 4C.229/2004; keine BGE-Publikation).

3. *Sonderprüfung*

Das BGer bestätigte seine Rechtsprechung, wonach die Subsidiarität der Sonderprüfung voraussetzt, dass der Verwaltungsrat das mit der Sonderprüfung zu befriedigende Informationsbedürfnis nach Treu und Glauben bereits auf Grund des vorangegangenen Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens erkennen konnte. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Aktionäre nachträglich auf gewisse Auskunftsbegehren verzichten oder sie eingeschränkter formulieren. Die Subsidiarität der Sonderprüfung ist auch dann gewahrt, wenn zuvor in Ausübung des Auskunftsrechts zahlreiche weitere – möglicherweise ungenügend bestimmte – Fragen gestellt wurden, hindert dies den Verwaltungsrat doch nicht daran, die genügend bestimmten Fragen zu beantworten. Ob fallen gelassene Fragen dem Bestimmtheitserfordernis allenfalls nicht entsprechen, ist unerheblich. Das Rechtsschutzinteresse ist nur bezüglich der verbleibenden Fragen zu beurteilen (Urteil 4C.165/2004; keine BGE-Publikation).

4. *Verantwortlichkeitsrecht*

a) *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit; Aktivlegitimation*

Man erinnert sich: Mit dem Ziel, bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit die Möglichkeiten individueller Klagen von Gläubigern im Konkurs einzuschränken, hat das BGer im Jahre 1996 (BGE 122 II 176, «X-Corporation») neu und überraschend erklärt: Massgebend solle künftig nicht mehr sein, in welcher Vermögensmasse – beim Gläubiger direkt oder bei der Gesellschaft mit der Konsequenz, dass diese ihren Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern nicht mehr nachkommen kann – eine Verminderung eingetreten ist, sondern *welche Rechtsnorm verletzt* ist. Trotz einhelliger Kritik an dieser Konstruktion hat das Bundesgericht an seiner kühnen These über mehrere Jahre festgehalten. Im «Biber»-Entscheid ist es nun in einer als «Präzisierung» der Rechtsprechung bezeichneten Abkehr zum allgemein gültigen Schadensbegriff zurückgekehrt (direkt geschädigt ist, in wessen Vermögen unmittelbar ein Schaden eintritt, indirekt geschädigt dagegen, wer aufgrund des primär im Vermögen der Gesellschaft eingetretenen Schadens eine Vermögenseinbusse erleidet) und hat klargestellt, dass es nicht um eine Frage der Qualifikation des Schadens, sondern um eine solche der *Aktivlegitimation* geht.

Nach der präzisierten bzw. geänderten Rechtsprechung können Gläubiger bzw. Aktionäre im Konkurs der AG, wenn sowohl die Gesellschaft als auch sie direkt geschädigt sind, ihren un-

mittelbaren Schaden nur ausnahmsweise geltend machen: dann nämlich, wenn das Verhalten der Organe gegen aktienrechtliche Bestimmungen mit ausschliesslichem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutzcharakter verstösst oder die Haftung auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von OR 41 bzw. einem Tatbestand der Culpa in contrahendo gründet. Im beurteilten Fall begründete der Kläger seinen Schaden mit dem Kurseinbruch der von ihm gehaltenen Aktien, womit er lediglich einen Reflexschaden geltend machte, für dessen Geltendmachung ihm die Legitimation fehlte (Urteil 4C.111/2004 = BGE 131 III 306).

b) Aktienrechtliche Verantwortlichkeit; Verhältnis zwischen OR 757 und SchKG 260

Das BGer befasste sich im Rahmen einer Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit mit dem Verhältnis zwischen OR 757 und SchKG 260. Im Falle eines Verzichts der Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche bedarf es in Anwendung von OR 757 II – anders als bei einem Vorgehen nach SchKG 260 – keiner Abtretung, damit die Gläubiger ihre Ansprüche geltend machen können; jeder Gläubiger kann von Gesetzes wegen selbständig klagen. Dem BGer erscheint es aber fraglich, ob es bei einem Vorgehen nach OR 757 II nicht dennoch aus Gründen der Rechtssicherheit bzw. der Koordination einer Ermächtigung oder zumindest einer förmlichen Mitteilung der Konkursverwaltung bedarf. Denn die nach OR 757 II klageberechtigten Gläubiger bilden wie bei SchKG 260 eine notwendige Streitgenossenschaft. Das BGer konnte die Frage offen lassen (Urteil 4C.263/2004; BGE-Publikation vorgesehen).

c) Aktienrechtliche Verantwortlichkeit; Schadenseintritt, Verjährung

Zwar gelten die Verjährungsfristen von OR 760 sowohl für den direkten als auch für den indirekten Schaden, doch ist zu beachten, dass der Zeitpunkt der Realisierung des Schadens nicht identisch ist, da ein direkter Schaden unabhängig vom Schaden der Gesellschaft entsteht, während ein indirekter Schaden erst im Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt.

Im vom BGer beurteilten Fall entstand der direkte Schaden der Klägerin im Zeitpunkt, da die Gesellschaft sich ausdrücklich weigerte, das bei ihr deponierte Guthaben freizugeben. Diese Weigerung führte bei der Klägerin zu einer Vermögensminderung, die darin bestand, dass sie nicht mehr über diese Aktiven verfügen konnte (Urteil 4C.142/2004; keine BGE-Publikation).

d) Haftung für entgangene Sozialversicherungsbeiträge

Nach AHVG 52 hat ein Arbeitgeber der Sozialversicherung den Schaden zu ersetzen, welchen er ihr durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften zufügt. Das Eidg.

Versicherungsgericht hatte in der Berichtsperiode rund 30 Entscheide zu AHVG 52 zu fällen. Beim nachstehenden Entscheid – einem der ganz seltenen Fälle, in denen eine Schadenersatzpflicht verneint wird – nähert sich das Gericht in der Frage, ob ein Verschulden in Form grober Fahrlässigkeit vorliegt, allgemein geltenden Haftpflichtgrundsätzen an, die es im Übrigen in seiner Praxis vielfach missachtet hat.

Bei der Haftung gemäss AHVG 52 handelt es sich – so der Gesetzeswortlaut und in diesem Entscheid zu Recht auch das Gericht – nicht um eine Kausal-, sondern um eine Verschuldenshaftung, wobei sogar ein *qualifiziertes Verschulden* vorausgesetzt wird. Im konkreten Fall erblickte das Gericht kein grobes Verschulden im Umstand, dass sich die beiden Beschwerdeführer – aussenstehende Verwaltungsratsmitglieder, welche nicht mit Geschäftsführungsaufgaben befasst waren – nicht sofort nach Kenntnisnahme der finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft intensiv um die Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen kümmerten. Es lag auch kein grobes Verschulden darin, dass sie auf die von einer externen Treuhandgesellschaft erstellte Zwischenbilanz vertrauten, welche zwar die finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft auswies, jedoch nichts über die Ausstände aussagte. Die beschwerdeführenden Verwaltungsräte haben in der Folge aus Sicht des Gerichts alles ihnen Zumutbare unternommen, um die Gesellschaft zu retten und damit auch die Ausgleichskasse vor Schaden zu bewahren. Es sprach nichts dafür, dass die Verwaltungsräte von den eingetretenen Unregelmässigkeiten bei den Beitragszahlungen wussten oder bei ausreichender Aufmerksamkeit hätten wissen müssen. Nach Auffassung des Eidg. Versicherungsgerichts ist es im vorliegenden Fall allenfalls als fahrlässiges, nicht aber als grobfahrlässiges Verhalten zu werten, dass die Verwaltungsratsmitglieder sich nicht von sich aus über die Einhaltung der Verbindlichkeiten gegenüber der Ausgleichskasse und die ordnungsgemässe Bezahlung der geschuldeten Beiträge vergewissert haben (Urteil H 273/03, H 278/03; keine BGE-Publikation).

In einem *weiteren Entscheid* zur Haftung für entgangene Sozialversicherungsbeiträge hat das Eidg. Versicherungsgericht die *Praxis geändert*, wonach die (fünfjährige) Frist für die Vollstreckungsverwirkung für Beiträge von AHVG 16 II sinngemäss auch bei Schadenersatzforderungen nach AHVG 52 gilt. Analog anwendbar ist neu die *zehnjährige Frist* von OR 137 II (Urteil H 319/03 = BGE 131 V 4).

5. *Vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister eingegangene Verpflichtungen*

Wurden Verpflichtungen ausdrücklich im Namen einer noch nicht im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft eingegangen und von ihr innert Frist übernommen, werden die Handelnden befreit, und es haftet nur die Gesellschaft (OR 645 II).

Das Bezirksgericht Zürich entschied, dass die Übernahme von Verpflichtungen auch durch *konkludentes, d.h. Erklärungsgehalt aufweisendes Verhalten* erfolgen kann, wobei zur Erklärung der Übernahme einer von den Gründern eingegangenen Verpflichtung ausschliesslich der *Verwaltungsrat kompetent* ist. Blosses Stillschweigen der Gesellschaft bzw. des zuständigen Organs genügt indes nicht (ZR 104 [2005] Nr. 12).

B. Übriges Gesellschaftsrecht

1. Vereinsausschluss ohne Angabe von Gründen

Die Vereinsstatuten können bestimmen, dass ein Mitglied ohne Angabe der Gründe ausgeschlossen werden darf; diesfalls ist eine Anfechtung der Ausschliessung wegen ihres Grundes nicht zulässig (ZGB 72).

Eine Anfechtung ist auch dann grundsätzlich unzulässig, wenn ein Verein ein Mitglied gestützt auf eine Statutenbestimmung ausschliesst, die den Ausschluss bei einer Verletzung der Statuten vorsieht. In Bestätigung seiner Rechtsprechung hielt das BGer fest, dass derart allgemein formulierte statutarische Ausschlussgründe gleich zu behandeln sind wie Vereinsregeln, wonach ein *Ausschluss ohne Angabe von Gründen* zulässig ist. Ein solcher kann nur wegen vereinsinterner Verfahrensmängel oder wegen Rechtsmissbrauchs angefochten werden (BGE 51 II 237, 90 II 346). Die Nennung eines so unbestimmten Grundes lasse klar erkennen, dass es dem Verein darum gehe, die Anfechtung auszuschliessen. Wer einem solchen Verein beitrete, unterwerfe sich dem betreffenden Ausschliessungsregime.

Vom Grundsatz der vereinsrechtlichen Ausschliessungsfreiheit macht das BGer eine *Ausnahme*, soweit Standesorganisationen oder Wirtschaftsverbände in Frage stehen, die sich als Verein organisiert haben. Begründet wird dies mit dem Persönlichkeitsrecht der Mitglieder auf wirtschaftliche Entfaltung (ZGB 28). Das BGer kam aber im vorliegenden Fall zum Schluss, dass es sich bei einem Kulturverein nicht um ein Institut handelt, das wichtige wirtschaftliche Belange seiner Mitglieder betrifft oder gar in entscheidender Weise deren wirtschaftliches Fortkommen und Ansehen prägt (Urteil 5C.136/2004 = BGE 131 III 97).

2. Haftung für Sozialversicherungsbeiträge im Vereinsrecht

Mit Bezug auf die Schadenersatzpflicht gemäss AHVG 52 kam das Eidg. Versicherungsgericht zum Schluss, dass bei einem Verein *kein anderer Haftungsmassstab gilt als bei einer Aktiengesellschaft*. Weder die ehrenamtliche Ausübung der Organfunktionen noch die Rechtsform des Arbeitgebers haben einen Einfluss auf die Haftung des Arbeitgebers nach AHVG

52. Im beurteilten Fall kam hinzu, dass der Verein ein kaufmännisches Gewerbe führte (Urteil H 34/04, H 36/04, H 38/04, H 39/04; keine BGE-Publikation). – Dem ist zuzustimmen. Zu kritisieren ist aber nach wie vor die in anderen Entscheiden erfolgte Umdeutung einer Haftung für grobe Fahrlässigkeit in eine faktische Kausalhaftung, dies aufgrund weltfremder Vorstellungen von Aufgaben und Arbeitsweise eines Oberleitungsorgans. Zu hoffen ist diesbezüglich, dass das Eidg. Versicherungsgericht durch den vorstehend A. 4. d referierten Entscheid klammheimlich eine Praxisänderung vollzogen hat.

3. *Parteifähigkeit einer aufgelösten und im Handelsregister gelöschten Kommanditgesellschaft*

Das Obergericht des Kantons Luzern hatte sich über die Parteifähigkeit einer kaufmännischen Kommanditgesellschaft auszusprechen, die sich laut Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt aufgelöst hatte, deren Liquidation durchgeführt worden und deren Firma erloschen war. Da eine kaufmännische Kommanditgesellschaft unabhängig vom Handelsregistereintrag entsteht, bewirke im Falle einer Liquidation die *Löschung des Eintrags auch nicht das Ende der Gesellschaft*. Entscheidend sei vielmehr die *Beendigung der Liquidation*. Solange eine aufgelöste Gesellschaft noch Ansprüche gegen Dritte besitze oder Forderungen Dritter gegen sie vorhanden seien, bestehe sie trotz Löschung im Handelsregister weiter, und es könne ihre Wiedereintragung verlangt werden. Im beurteilten Fall wurde gegen die Kommanditgesellschaft eine Forderung geltend gemacht, so dass sie nicht als liquidiert gelten konnte, sondern unbekümmert um ihre Löschung im Handelsregister weiterbestand und deshalb auch parteifähig war (ZBJV 140 [2004] 704).

C. **Registerrecht**

1. *Pflicht zum Handelsregistereintrag bei Ausübung freier Berufe*

Ein Unternehmen muss in das Handelsregister eingetragen werden, wenn es nach Art und Umfang einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordert (OR 934 I, HRegV 53 lit. C).

Bei einem freien Beruf wie dem des Architekten ist dies nach Ansicht des BGer nur dann anzunehmen, wenn das Unternehmen in erster Linie unter Rentabilitäts Gesichtspunkten organisiert und damit unter Zurückstellung des für freie Berufe typischen persönlichen Kunden- bzw. Mandantenverhältnisses tatsächlich wie ein kaufmännisches geführt wird. Wann dies zutrifft, kann laut BGer nicht generell gesagt werden, doch gibt es allgemeine Kriterien, die

für eine Eintragungspflicht sprechen, wie etwa ein hoher Geschäftsumsatz oder ein bedeutender Aufwand für Personal und Administration.

Im beurteilten Fall war ein Architekturbüro auf Jahresumsätze zwischen knapp drei und vier Millionen Franken gekommen, hatte weit über anderthalb Millionen Franken an Löhnen bezahlt sowie Jahresgewinne zwischen einer halben und knapp zwei Millionen Franken erzielt. Das BGer kam unter diesen Umständen zum Schluss, dass der Betrieb nach kaufmännischen Grundsätzen geführt werde, eine geordnete Buchhaltung erfordere und daher in das Handelsregister einzutragen sei (Urteil 4A.3/2004 = BGE 130 III 707 = Pra 2005 Nr. 75).

2. *Wiedereintrag der Gesellschaft in das Handelsregister zur Verjährungsunterbrechung*

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich entschied, dass *unabhängig vom Grund der Löschung* die Möglichkeit des Wiedereintrags einer Gesellschaft ins Handelsregister besteht, um noch vorhandene, glaubhaft gemachte Aktiven zu verwerten. Die *Art des Wiedereintrags* müsse der gelöschten Gesellschaft erlauben, unabhängig von einem resolutiv bedingten Nachkonkursverfahren die Verjährung der behaupteten Forderung zu unterbrechen. Im konkreten Fall wurde das Handelsregisteramt angewiesen, die gelöschte Gesellschaft wieder einzutragen zum Zweck der Liquidation im Nachkonkurs, eventuell – sollte ein solcher letztlich nicht stattfinden – zugleich durch die Gesellschaft selbst. Dieser Eintrag stelle klar, dass sämtliche Liquidationsschritte der Gesellschaft unter der Suspensivbedingung eines entfallenden Nachkonkurses stünden (ZR 103 [2004] Nr. 43).

D. **Kennzeichenrecht**

Anforderungen an individualisierende Firmenzusätze bei der schweizerischen Zweigniederlassung einer Unternehmung mit Sitz im Ausland

Die Einzelrichterin am Handelsgericht Zürich hatte zu beurteilen, ob sich die Firma «Internet Security AG, Linz, Zweigniederlassung Schwerzenbach-Zürich» genügend von «ISSX Internet Security Systems AG» unterscheidet. Sie befand, dass der Hauptbestandteil der Firma, «Internet Security», sich nicht hinreichend von «Internet Security Systems» unterscheide. Eine genügende Individualisierung sei auch durch die Firmenzusätze «Linz» sowie «Zweigniederlassung Schwerzenbach-Zürich» nicht gegeben. Die Zusätze seien allesamt geographischer bzw. organisatorischer Natur und stünden ausserdem am Ende der Firma (womit sie nur eine geschwächte Aufmerksamkeit geniessen und weniger im Gedächtnis haften bleiben). Die Kennzeichnungskraft gehe aber überwiegend – und hinreichend – vom am Anfang der Firma

stehenden Akronym «ISSX» aus. Die Richterin verneinte daher eine Verwechslungsgefahr (ZR 103 [2004] Nr. 80).

E. Börsengesellschaftsrecht

In zahlreichen Empfehlungen der Übernahmekommission (UEK) (sie sind durchwegs elektronisch einsehbar unter <http://www.copa.ch/intro_de.html>) und in vereinzelt Verfügungen der Übernahmekammer der Eidg. Bankenkommision sowie in einem Bundesgerichtsentscheid (BGE 130 II 350, «Quadrant») ist das Übernahmerecht weiter verfeinert worden.

F. Gesellschaftsrechtlich relevante Entscheide aus anderen Rechtsgebieten

1. Unterlassung der Buchführung

Laut einem Urteil des bundesgerichtlichen Kassationshofs in Strafsachen ist der Straftatbestand der Unterlassung der Buchführung (StGB 166) nicht anwendbar auf Vorgänge, die sich nach dem Abschluss des Konkursverfahrens oder nach der Einstellung eines Konkurses mangels Aktiven ereignet haben. Dies folgt aus dem Wortlaut von StGB 166, aus Sinn und Zweck dieser Bestimmung, aber auch aus deren Entstehungsgeschichte. Dass die Pflicht zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher indessen auch nach der Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister weiter besteht, ergibt sich namentlich aus OR 747. Die Verletzung dieser Pflicht zieht gemäss StGB 325 eine Bestrafung wegen ordnungswidriger Führung der Geschäftsbücher nach sich. Dabei handelt es sich um eine Übertretung, die indes im beurteilten Fall absolut verjährt war (Urteil 6S.243/2004 = BGE 131 IV 56).

2. Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung

Der bundesgerichtliche Kassationshof in Strafsachen entschied, dass ein handlungsbefugtes Organ einer AG den Tatbestand der Gläubigerschädigung (StGB 164) nicht erfüllt, wenn es eine fällige und einklagbare Darlehensschuld der Gesellschaft für sie begleicht, da dadurch insbesondere keine Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert (StGB 164 Ziff. 1 III) veräussert werden.

Die beiden im konkreten Fall ebenfalls in Frage kommenden Tatbestände der Bevorzugung eines Gläubigers (StGB 167) und der Misswirtschaft (StGB 165) waren absolut verjährt (Urteil 6S.177/2004 = BGE 131 IV 49).

II. Literatur

A. Allgemeine Literatur zum Gesellschaftsrecht und besonders zum Fusionsgesetz

Amstutz Marc/Mabillard Ramon: FusG (Basel 2005); *Baker & McKenzie (Hrsg.)*: Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2004/2005 (Zürich 2005); *Bahar Rashid*: Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions (Diss. Genf 2003, Zürich 2004); *Bauen Marc/Jegher Gion/Wenger Boris/Zen-Ruffinen Marie-Noëlle*: Merger Law/Loi sur la fusion/Fusionsgesetz (Zürich 2005); *Böckli Peter*: Einführung in die IFRS/IAS (2. Auflage, Zürich 2005 = SA 16); *Binder Andreas*: Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung. Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes (Zürich 2005); *Von der Crone Hans-Caspar/Forstmoser Peter/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.)*: Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts. Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag (Zürich 2004, mit Beiträgen insbesondere auch zur Corporate Governance); *Imsand Pierre-Louis (Hrsg.)*: La responsabilité civile dans l'entreprise (Lausanne 2004 = CEDIDAC 56); *Kellerhals Andreas/Luginbühl Jürg (Hrsg.)*: Fusionsgesetz. Auswirkungen auf die Praxis (Zürich 2004 = EIZ 53); *Peter Henry/Trigo Trindade Rita*: Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Zürich 2005); *Schumacher Reto*: Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz (Diss. Zürich 2005, erscheint in der Reihe SSHW); *Tschäni Rudolf (Hrsg.)*: Mergers & Acquisitions VII (Zürich 2005 = EIZ 57); *Vogt Nedim Peter (Hrsg.)*: Mergers, Acquisitions & Corporate Restructuring, Band 1 (Basel 2005).

Zu erinnern ist an die Internet-Publikationen zum Fusionsgesetz von *Hans Caspar von der Crone et al.* unter <http://www.fusg.ch> und von *Ulysses von Salis* unter <http://www.fusionsgesetz.ch>, welche periodisch aktualisiert werden (vgl. dazu bereits die letztjährigen Entwicklungen im Gesellschaftsrecht in SJZ 100 [2004] Nr. 21 520).

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass dieses Jahr – ca. Mitte November – ein weiteres Online-Update zum Lehrbuch Schweizerisches Gesellschaftsrecht (9. Auflage, Bern 2004) von *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser* erscheint (<http://www.sjl.recht.ch>).

B. Aktienrecht

Beyeler Karin: Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht (Diss. Zürich 2004 = SSHW 234); *Böckli Peter*: Audit Committee. Der Prüfungsausschuss des Verwaltungsrates auf Gratwanderung zwischen Übereifer und Unsorgfalt (Zürich 2005 = SA 22); *von Büren Roland*:

Der Konzern, SPR VIII/6 (2. Auflage, Basel 2005); von Büren Roland/Stoffel Walter A./Weber Rolf H.: Grundriss des Aktienrechts (Zürich 2005). Harsch Sebastian: Die einheitliche Leitung im Konzern (Diss. Basel 2004, Bern 2005); Krneta Georg: Praxiskommentar Verwaltungsrat. Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze. Ein Handbuch für Verwaltungsräte (2. Auflage, Bern 2005); Kunz Rudolf: Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrates (Zürich 2004 = SSHW 231); Lazopoulos Michael: Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates (Diss. Zürich 2004 = SSHW 237); Luterbacher Thierry: Die Schadenminderungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Diss. Zürich 2005 = SSHW 238); Pauli Bianca: Le droit au contrôle spécial dans la société anonyme (Diss. Freiburg 2004 = AISUF 232); Rebsamen Thomas: Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch das Aktienrecht (Diss. Freiburg 2004 = AISUF 231).

C. Übriges Gesellschafts- und Körperschaftsrecht

Küng Manfred/Hauser Isabel: GmbH. Gründung und Führung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Basel 2005).

D. Kennzeichenrecht

Von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.): Firmenrecht, Herkunftsangaben, nicht registrierte Kennzeichen, Domain Namen. Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht III/2 (2. Auflage, Basel 2005).

E. Börsengesellschaftsrecht

Bohrer Andreas: Corporate Governance and Capital Market Transactions in Switzerland (Habil. Zürich 2005); Lenoir Frédéric H.: Prospekthaftung im Zusammenhang mit Going Publics (Diss. St. Gallen, Zürich 2004 = SSHW 233); Nobel Peter (Hrsg.): Internationales Gesellschaftsrecht einschliesslich internationales Kapitalmarktrecht (Bern 2004 = SIG 5); Röthlisberger Alain P./Naegeli Esther: Defending against a Hostile Bid. A Defence Support Manual for Swiss Exchange Listed Companies (Zürich 2004 = SA 20); Spillmann Till: Institutionelle Investoren im Recht der (echten) Publikumsgesellschaften (Diss. Zürich 2004 = SSHW 232).

F. Registerrecht

Registergilde Zürich (Hrsg.): Jahrbuch des Handelsregisters 2003 (Bern 2005).

G. Wertpapierrecht

Laporte Claude: La titrisation d'actifs en Suisse. Asset-Backed Securitisation (Diss. Genf 2004, Zürich 2005 = Publications du Centre de droit bancaire et financier); Petitpierre Anne: Les papiers-valeurs, SPR VIII/7 (Basel 2005).

H. Gesellschaftsrechtlich relevante Literatur aus anderen Rechtsgebieten

Bachmann Roland: Das Arbeitsverhältnis im Konkurs des Arbeitgebers (Diss. Zürich 2004, Bern 2005 = SSA 61); Bopp Lukas: Sanierung im Internationalen Insolvenzverfahren der Schweiz (Diss. Basel 2004 = SIR 105); Frei Stephan: Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates aus strafrechtlicher Sicht (Diss. Zürich 2004 = SSHW 230); Haas Josiane: La responsabilité de l'entreprise en Europe: Un droit unique pour le Marché unique? (Diss. Freiburg 2003, Bern 2004 = Europäisches Privatrecht 2); Halter Daniel: Der Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im Nichtbankenbereich (Diss. Zürich 2004 = SSHW 235); Heiz Roman: Das Arbeitsverhältnis im Konzern (Diss. St. Gallen, Bern 2004 = ASR 696); Leysinger Michael: Unternehmensbewertung und Steuern für KMU (Solothurn 2005); Linder Thomas/Jau Martin: Handbuch zu Umstrukturierungen im Steuerrecht. Von der bisherigen Praxis zu den Neuerungen des Fusionsgesetzes (Muri/Bern 2005 = Schriftenreihe Finanz-, Rechts- und Steuerpraxis 10); Macaluso Alain: La responsabilité pénale de l'entreprise. Principes et commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP (Genf/Zürich 2004); Merlino Nicolas: Loi sur la fusion. Aspects fiscaux (Basel 2004); Olano Oscar: Der Sitz der Gesellschaft im Internationalen Zivilverfahrens- und Insolvenzrecht der EU und der Schweiz (Diss. Basel 2003, Basel 2004 = SIR 104); Wolf Stephan (Hrsg.): Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht (Bern 2005).

III. Rechtsetzung

A. Neu in Kraft getretene Bestimmungen

Vereinsrecht

Per 1. Juni 2005 ist das Vereinsrecht (ZGB 71) dahingehend geändert worden, dass Mitgliederbeiträge von Vereinsmitgliedern nur noch verlangt werden können, wenn die Statuten dies vorsehen. Gemäss dem neu eingefügten Art. 75a *haftet für die Verbindlichkeiten des Vereins* ausschliesslich das Vereinsvermögen, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. – Damit wird den unliebsamen Überraschungen, die Vereinsmitglieder hinsichtlich des Umfangs ihrer finanziellen Verpflichtungen bisher erleben konnten, weil die Vereinsstatuten die Mitgliederbeiträge nicht limitiert hatten, ein Ende gesetzt. Dies ist zu begrüssen.

B. Noch nicht in Kraft getretene, vom Parlament verabschiedete Bestimmungen

Stiftungsrecht

Am 8. Oktober 2004 haben die eidgenössischen Räte eine Revision des Stiftungsrechts verabschiedet. Die neuen Bestimmungen treten am 1. Januar 2006 in Kraft.

Die revidierten Bestimmungen sehen 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 wurden dem Aktienrecht entsprechende Bestimmungen über das Vorgehen im Fall einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit eingeführt (neu ZGB 84a).

C. Hängige Projekte

Die Vorlage betreffend die Änderung des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) sowie die Vorlage betreffend das Revisionsaufsichtsgesetz (RAG) wurden in der Frühjahrsession 2005 vom Nationalrat als Erstrat und in der Sommersession 2005 vom Ständerat als Zweirat behandelt; sie befinden sich nun im Differenzbereinigungsverfahren. Das neue Recht dürfte im Jahre 2006 in Kraft treten.

1. *Revision und Revisionsaufsicht*

Die Revisionspflicht wird mit Bezug auf die Kapitalgesellschaften und die Genossenschaften *unabhängig von der Rechtsform einheitlich geregelt*. Die neuen Bestimmungen gelten teilweise auch für Vereine und Stiftungen (vgl. auch vorn lit. B).

Für Publikumsgesellschaften und andere wirtschaftlich bedeutende Gesellschaften – die Kriterien bilden Gegenstand des Differenzbereinigungsverfahrens – wird eine *ordentliche Revision verlangt*; für die übrigen, die kleinen und mittleren Gesellschaften ist lediglich eine *eingeschränkte Revision (Review)* vorgeschrieben. Kleingesellschaften können unter Umständen *ganz auf eine Revision verzichten*.

Bei der *ordentlichen Revision* prüft die Revisionsstelle über das bereits heute Verlangte hinaus zusätzlich, ob das Unternehmen über ein internes Kontrollsystem verfügt. Die Revisionsstelle, welche eine ordentliche Revision durchführt, unterliegt strengen Unabhängigkeitsvorschriften. Bei der *eingeschränkten Revision* ist lediglich zu prüfen, ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass die Jahresrechnung und die Anträge des Verwaltungsrates über die Verwendung des Bilanzgewinnes nicht den gesetzlichen und statutarischen Anforderungen entsprechen. Die eine eingeschränkte Revision durchführende Revisionsstelle unterliegt deutlich weniger weit gehenden Unabhängigkeitsvorschriften.

Das neue RAG stellt an alle Personen, die Revisionsdienstleistungen erbringen, strenge *Anforderungen hinsichtlich Ausbildung und Fachpraxis*. Sie müssen bei der neu zu schaffenden Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde eine *Zulassung* beantragen. Revisionsunternehmen, die Revisionsdienstleistungen für Publikumsgesellschaften erbringen, bedürfen einer besonderen Zulassung und stehen unter *staatlicher Aufsicht*. Die Aufsichtsbehörde führt ein *öffentliches Register* aller zugelassenen natürlichen Personen und Revisionsunternehmen. Die Zulassung kann entzogen werden, wenn die Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt werden.

2. *Recht der GmbH*

Das künftige Recht der GmbH wird die Gewichte zugunsten kapitalgesellschaftlicher Elemente verschieben. Die GmbH nähert sich der AG an, ohne aber ihre Eigenständigkeit als *personenbezogene* Kapitalgesellschaft zu verlieren. Von den wesentlichen Änderungen im Recht der GmbH seien die folgenden erwähnt: Die Obergrenze des Stammkapitals von 2 Millionen Franken wird aufgehoben (das Minimalkapital bleibt bei 20'000 Franken, doch ist es künftig von Anfang an voll zu liberieren). Die Beschränkung der GmbH auf wirtschaftliche Ziele entfällt. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft wird nur noch das Gesellschaftsvermögen haften. Die GmbH wird künftig auch durch eine einzige Person gegründet werden können.

3. *Firmenrecht*

Neu werden auch die GmbHs mit Personenfirma in der ganzen Schweiz firmenrechtliche Ausschliesslichkeit geniessen. Die Firmengebrauchspflicht im formellen Verkehr wird künftig nicht mehr auf Verordnungsstufe, sondern im Obligationenrecht geregelt sein.

4. *Transparenz von Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung*

Der Entwurf des Bundesrates vom 23. Juni 2004 sieht für kotierte Aktiengesellschaften eine Offenlegungspflicht für Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung – und diesen nahestehende Personen – vor. Damit wird an die bereits heute geltenden Vorschriften der Schweizer Börse SWX angeknüpft, wobei diese – aufgrund öffentlichen Drucks – massvoll verschärft werden sollen. Anzugeben sind die Vergütungen der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder sowie die Gesamtvergütung der Geschäftsleitung und der höchste auf ein einzelnes Geschäftsleitungsmitglied entfallende Betrag. Weiter sieht der Entwurf eine Offenlegungspflicht für Beteiligungen an der Gesellschaft sowie für Wandel- und Optionsrechte vor.

Der Nationalrat als Erstrat hat den Entwurf in der Frühlingsession 2005 mit der Änderung angenommen, dass Vergütungen und Beteiligungen des allfälligen Beirates ebenfalls auszuweisen sind. In der Sommersession 2005 hat auch der Ständerat den Entwurf beraten. In Abweichung vom Nationalrat sollen Vergütungen an frühere Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates nur dann der Offenlegungspflicht unterstehen, wenn sie in einem Zusammenhang mit der früheren Tätigkeit als Organ der Gesellschaft stehen oder wenn sie – und dies gilt auch bei Vergütungen an nahestehende Personen – nicht marktüblich sind.

In der Herbstsession 2005 folgte der Nationalrat bei der Differenzbereinigung dieser ständerätlichen Fassung. Das Inkrafttreten des neuen Rechts wird für den 1. Januar 2007 erwartet.

5. *Totalrevision des Anlagefondsgesetzes bzw. dessen Ablösung durch ein Kollektivanlagegesetz*

Der Bundesrat hat am 23. September 2005 die Botschaft für ein neues Gesetz für kollektive Kapitalanlagen, welches das Anlagefondsgesetz ersetzen soll, verabschiedet. Das im Wesentlichen durch eine Arbeitsgruppe unter Beteiligung von Vertretern der Aufsichtsbehörden wie auch der Privatwirtschaft erarbeitete neue Gesetz soll einen weit breiteren Anwendungsbe-

reich als das bisherige AFG haben und insbesondere auch gesellschaftsrechtlich konzipierte kollektive Kapitalanlagen erfassen. Mit der «Gesellschaft mit variablem Kapital», der «Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen» sowie der «Investmentgesellschaft» sollen neue Möglichkeiten zur Verfügung gestellt bzw. bestehende bundesrechtlich geregelt werden².

Obwohl die Reform im Lichte des internationalen Wettbewerbs der Fondsstandorte äusserst dringlich ist, dauerte es nach der Vorlage des Gesetzesentwurfs durch die Arbeitsgruppe nur schon fast ein Jahr, bis die Vernehmlassung eröffnet wurde. Und bis zur Verabschiedung der bundesrätlichen Botschaft dauerte es dann nochmals knapp 20 Monate. Einmal mehr zeigt sich, dass der Bummelzug, mit welchem Gesetzesprojekte in der Schweiz transportiert werden – die Arbeiten an der Revision des AFG haben noch im letzten Jahrtausend begonnen –, zu einem wesentlichen Standortnachteil zumindest im schnelllebigen Wirtschaftsrecht geworden ist.

6. *Unternehmenssteuerreformgesetz II*

Der Bundesrat hat am 22. Juni 2005 die Botschaft zur Unternehmenssteuerreform verabschiedet. Kern der Vorlage bildet die Milderung der steuerlichen Doppelbelastung von Unternehmensgewinnen. Neu sollen Dividenden aus Aktien im Privatvermögen nur noch zu 80 Prozent und bei Geschäftsvermögen zu 60 Prozent besteuert werden. Die Kantone sind in der Festlegung ihrer Teilbesteuerungssätze frei.

IV. Epilog: Zum Zeitbedarf gesetzgeberischen Handelns in der Schweiz

Die erwähnte Reform des Rechts für kollektive Kapitalanlagen ist hinsichtlich des Zeitbedarfs keineswegs ein Ausreisser. Die Aktienrechtsreform wurde seinerzeit während 23 Jahren – zumeist auf kleinem Feuer, gelegentlich aber auch überstürzt – gar gekocht. Die GmbH-Reform ist mittlerweile auch schon ein Jahrzehnt auf der mäandernden Strasse des Gesetzgebungsverfahrens unterwegs, obwohl die meisten Neuerungen unbestritten sind und die bestrittenen lediglich eines politischen (Mehrheits-)Entscheidens bedürfen, für den man durch Zuwarten auch nicht besser gerüstet wird. Schnell geht es nur bei Fragen, die durch das Infotainment hochgespült werden – dann allenfalls auch ohne Rücksicht auf ihren materiellen Stellenwert.

² Dies hat zu einer – u.E. nicht gerechtfertigten – Kritik geführt. Stichwort: Preisgabe des Numerus clausus der Gesellschaftsformen, obwohl eine solche nicht erfolgt, sondern lediglich eine Ergänzung des bestehenden Kanons durch neue, von der Praxis geforderte Formen – eine Ergänzung übrigens, wie sie in den Dreissigerjahren mit der Einführung der GmbH geschehen ist. Diese hat dann zwar über Jahrzehnte ein Mauerblümchendasein geführt, doch ist sie nun im Kielwasser der Aktienrechtsreform zum Star geworden.

Nun hat Langsamkeit sicher nicht nur Nachteile. Erratische Ausschläge werden dadurch geglättet, Eintagsfliegen erreichen gar nicht erst das Ziel.

Die Entwicklung wirtschaftlicher Themen und Thesen hat sich aber im letzten Jahrzehnt enorm beschleunigt. Da stellt es im *Wettbewerb der Wirtschaftsstandorte* einen erheblichen Nachteil dar, wenn Reaktionen des Gesetzgebers, die im europäischen Umfeld und den USA innert Monaten erfolgen, in der Schweiz ein Jahrzehnt und länger auf sich warten lassen. Angesichts der wortreichen Bekenntnisse zur Erhaltung und Stärkung des Wirtschaftsstandortes Schweiz – von rechts bis links, von der Wirtschaft über die Politik bis hin zur *civil society* – ist es daher erstaunlich, dass ein wesentlicher Erfolgsfaktor – das gesetzliche und regulatorische Umfeld und seine Anpassungsfähigkeit – bisher mehr Gegenstand von Festreden als von Taten war. Die gesetzgeberischen Prozesse in der Schweiz, deren oberstes Ziel es zu sein scheint, die Harmonie aller Stakeholder zu erzielen³, sind jedenfalls in wirtschaftsrechtlichen Belangen nicht mehr zeitgemäss.

Ob es gelingen kann, in wirtschaftsrechtlichen Fragen den gesetzgeberischen Pegasus zu einer schnelleren Gangart zu bewegen? Ausgeschlossen scheint dies nicht, wenn man an die Leistungen des Parlaments nach der Ablehnung des EWR Ende 1992 zurückdenkt. Was damals in wenigen Wochen und Monaten entstanden ist, hätte im *courant normal* Jahre und Jahrzehnte gebraucht. Damals war man sich über die Dringlichkeit von Massnahmen einig. Heute scheint sich dieser *sense of urgency* wieder verflüchtigt zu haben.

Hoffen wir, dass die vollmundigen Parolen der Parteien aller Couleurs in Taten umgesetzt werden und sich einmal mehr der alte Erfahrungssatz bewahrheitet: «Die Schweizer erwachen zwar spät, aber sie kleiden sich dann sehr schnell an»!

³ Die nicht selten einstimmig oder ohne Gegenstimmen erfolgenden Schlussabstimmungen im Parlament legen davon Zeugnis ab.