

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

Prof. Dr. Peter Forstmoser und lic. iur. Christian Christen (Zürich)

Während die *Rechtsprechung* der Vorjahre ganz im Zeichen der Erkundung der terra incognita des neuen Aktienrechts stand, sind aus dem Zeitraum, über den hier Bericht erstattet wird (Juli 1999 bis September 2000), kaum fundamentale Entscheide zu vermelden. Vielmehr ging es um Feinschliff, um die Klärung von Einzelfragen, die zum Teil durch das Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts im Jahre 1992 neu gestellt worden sind, zum Teil aber auch seit jeher gegeben waren. Im Zentrum stand wiederum das *Aktienrecht*, wesentliche Impulse setzten die Gerichte aber auch im *Kennzeichenrecht*, wo es darum ging, den Vormarsch des Internet und die wachsende Bedeutung von Domainnamen zur Kenntnis zu nehmen. In der *Literatur* nahm neben der Auseinandersetzung mit dem geltenden Recht die Behandlung rechtspolitischer Fragen breiten Raum ein. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass sich eine Reihe bedeutsamer *Gesetzgebungsprojekte* im Stadium der Vorbereitung für die parlamentarische Auseinandersetzung befinden.

A. Rechtsprechung

I. Aktienrecht

1. Organe

a) Generalversammlung: Keine Ausnahmen von statutarischen Stimmrechtsbeschränkungen

Die Statuten der Ascom Holding enthalten eine Stimmrechtsbeschränkung, wonach ein Aktionär für eigene und vertretene Aktien zusammen höchstens die Stimmen von 3 Prozent aller Aktien ausüben kann. Gemäss einer weiteren Statutenbestimmung soll der Verwaltungsrat befugt sein, Ausnahmen von dieser Begrenzung zu bewilligen.

Gestützt auf diese Kompetenz beschloss der Verwaltungsrat, die Stimmrechtsbegrenzung für eine Generalversammlung generell ausser Kraft zu setzen, was sich insbesondere zugunsten der grössten Aktionärin, die 54% der Aktienstimmen hält, auswirkte.

In einem im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid hielt der Appellationshof des Kantons Bern dieses Vorgehen für unzulässig, weil sich der Verwaltungsrat dadurch über die zwingende Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat und die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft hinweggesetzt habe (Entscheid vom 24. August 2000, NZZ vom 26./27. August 2000, S. 25).

Der Entscheid überzeugt. Er zeigt auf, dass die gelegentlich anzutreffenden Statutenbestimmungen, wonach der Verwaltungsrat "in begründeten Fällen" Ausnahmen von einer Höchststimmllimite bewilligen können soll, ungültig sein dürften. Eine Ausnahme ist für institutionelle Stimmrechtsvertreter – Depotvertreter, Organvertreter und unabhängige Stimmrechtsvertreter – zu machen: Für sie braucht wohl eine Stimmrechtsbegrenzung selbst dann nicht beachtet zu werden, wenn ein Vorbehalt in den Statuten fehlt.

b) Verwaltungsrat

aa) Treuepflicht

In einem Entscheid des Bundesgerichts erfolgte eine Konkretisierung der in Art. 717 OR verankerten Treuepflicht der Verwaltungsratsmitglieder. Ein Verwaltungsrat, der 99% der Aktien seiner Gesellschaft hielt, liess sich von dieser als Konstruktionsschlossler mit einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 8'000.-- anstellen. Arbeitgeberseitig wurde der Vertrag von der Schwester des Verwaltungsrates, ihres Zeichens Verwaltungsratspräsidentin der gleichen Gesellschaft und Inhaberin des verbleibenden Titels, unterzeichnet. Nach seinem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat weigerte sich die Gesellschaft, einen derart hohen Lohn zu zahlen. Sie bestritt die Gültigkeit des Arbeitsvertrages und gestand dem ehemaligen Verwaltungsrat formmehr nur noch den ihrer Ansicht nach branchenüblichen Lohn von Fr. 5'349.-- zu.

Das Bundesgericht wiederholte die in der Literatur genannte Pflicht des Verwaltungsrates, bei Gefahr eines Interessenkonflikts mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Gesellschaftsinteressen gebührend berücksichtigt werden und erinnerte an die im

Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ergangene Rechtsprechung, wonach bei Handeln des Verwaltungsrates in anderem Interesse als jenem der Gesellschaft strenge Massstäbe anzulegen sind. Schliesse ein Verwaltungsrat zur Erbringung einer Arbeitsleitung mit der Gesellschaft einen Vertrag, so müsse er diesen an marktüblichen Bedingung ausrichten und jegliche eigene Begünstigung vermeiden.

Ist dies nicht der Fall, so sei der Vertrag deswegen nicht nichtig oder anfechtbar. Dem Betroffenen bleibe es jedoch verwehrt, sein eigenes rechtswidriges Verhalten zwecks Durchsetzung vertraglicher Ansprüche auszunützen, weshalb die Gesellschaft gestützt auf Art. 2 ZGB die Begleichung jener Ansprüche verweigern könne, welche durch unredliches Verhalten ihres angestellten Verwaltungsrates begründet worden sind, soweit zwischen Rechtsausübung und Rechtsverletzung ein innerer Zusammenhang bestehe. Die Gesellschaft müsse also nicht den Anspruch des treuwidrig handelnden Verwaltungsrates als gegeben akzeptieren und ihm eine Gegenforderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verrechnungs- oder widerklageweise entgegenhalten, sondern könne direkt schon der auf widerrechtlichem Verhalten gründenden Rechtsausübung die Einrede des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten (Urteil 4C.402/1998 vom 14. Dezember 1999, Pra 2000 Nr. 50 S. 285 ff).

bb) Interessenkonflikte

Das Bundesgericht hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach der Stellvertreter einer Aktiengesellschaft als solcher - wegen des immanenten Interessenkonfliktes - mit sich selbst grundsätzlich kein Rechtsgeschäft abschliessen darf (Selbstkontrahieren). Eine Ausnahme von diesem Prinzip besteht dann, wenn die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen ausgeschlossen werden kann, was namentlich dann der Fall ist, wenn ein allein zeichnender Verwaltungsrat auch Alleinaktionär einer Gesellschaft ist.

Befindet sich ein allein zeichnungsberechtigter Verwaltungsrat beim Abschluss eines Vertrages mit einem Dritten in einem Interessenkonflikt, komme es darauf an, ob der Dritte den Interessenkonflikt erkannt habe oder bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen. Nur in diesem Fall könne das Geschäft für die vertretene Gesellschaft unwirksam sein. Wie bei einem Selbstkontrahieren sei aber auch bei solchen Fällen die Gefahr eines Interessenkonflikts nicht gegeben, wenn der Vertreter alleiniger Aktionär der Vertretenen Gesellschaft ist.

Hält ein zur Vertretung berechtigter Verwaltungsrat nur die Mehrheit der Aktien, so ist ein Interessenkonflikt nicht ausgeschlossen; deshalb ist eine besonderen Ermächtigung resp. eine nachträgliche Genehmigung des betreffenden Geschäfts notwendig. Diese ist in einem Beschluss zu erteilen, welcher von der Minderheit angefochten werden kann.

Nicht festgehalten wird an der Rechtsprechung, wonach in derart gelagerten Vertretungskonstellationen auch die Interessen der Gläubiger der vertretenen Gesellschaft zu beachten sind, da diesen mit den paulianischen Anfechtungsklagen und der Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. M.a.W. dient das Verbot des Selbstkontrahierens bei Interessenkonflikten sowie die beschränkte Gültigkeit von Vertretungsgeschäften in solchen Fällen aus Sicht des Bundesgerichts allein dem Schutz der Gesellschaft (Entscheid 4C.77/2000 vom 3. Juli 2000, NZZ vom 3. August 2000, S. 21 – BGE-Publikation vorgesehen).

cc) Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

In einem Urteil erinnerte das Bundesgericht an Leitsätze betreffend die Verantwortlichkeit von fiduziarisch tätigen Verwaltungsräten:

Grundsätzlich haftet der von seinem Auftraggeber abhängige, fiduziarische Verwaltungsrat ebenso wie eine unabhängige Organperson, da er Dritten gegenüber mindestens den Anschein erweckt, er kümmere sich um das Gedeihen der Gesellschaft. Jedoch steht dem ins Recht gefassten Organ der Nachweis offen, es habe im Einverständnis mit dem nachmalig Geschädigten gehandelt, da Pflichtwidrigkeit bei Einwilligung des Verletzten ausscheidet. Insbesondere für den Fall, dass der fiduziarische Verwaltungsrat auf Weisung des Fiduzianten handelt und dieser zugleich Alleinaktionär ist, ist auch die Gesellschaft mit einer Verantwortlichkeitsklage ausgeschlossen. Handelt der Verwaltungsrat im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis aller Aktionäre oder vollzieht er einen gesetzeskonform gefassten, jedoch unangefochten gebliebenen Beschluss der Generalversammlung, so kann er sich der auf Schadenersatz klagenden Gesellschaft gegenüber auf die haftungsbefreiende Einrede „volenti non fit iniuria“ berufen.

Im Sinne von Art. 758 OR schliesst die décharge-Erteilung gegenüber den verantwortlichen Organen Schadenersatzansprüche der Gesellschaft aus. Analog entfällt daher auch eine Haftung gegenüber der Gesellschaft, wenn diese resp. deren Alleinaktionär in Kenntnis der Verhältnisse Organhandlungen toleriert, die normalerweise Schadenersatzansprüche nach Art. 754 OR begründen würden (Urteil 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999, SZW 2000 197 ff., mit Bemerkungen von Bertschinger, SemJud 1999 481 ff. und ferner SJZ 1999 482).

c) *Fehlen der Revisionsstelle*

Zur Lückenfüllung berufen fühlte sich das Basler Obergericht. Nach Art. 727f Abs. 1 OR setzt der Handelsregisterführer einer Aktiengesellschaft bei Fehlen einer Revisionsstelle eine Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes an und nach Abs. 2 der Bestimmung ernennt der Richter nach unbenütztem Ablauf der Frist auf Antrag des Handelsregisterführers die Revisionsstelle für ein Geschäftsjahr; dabei bestimmt er den Revisor nach seinem Ermessen. Keine Bestimmungen enthält das Gesetz für den Fall, dass die richterliche Ernennung der Revisionsstelle durch die betroffene Gesellschaft verunmöglicht wird, indem diese den für die Ernennung notwendigen Kostenvorschuss nicht leistet. Das Basler Obergericht erblickte darin eine vom Richter zu schliessende Gesetzeslücke. Unter Berufung auf zwei gleichgelagerte Fälle (vgl. ZR 94 1995 Nr. 42 und ZR 95 1996 Nr. 41) stehen nach dessen Ansicht für die Füllung der Lücke zwei Varianten offen: Entweder wird dem Richter im Rahmen eines vom Handelsregisterführer gestützt auf Art. 727f Abs. 2 OR eingeleiteten Verfahrens lediglich die Befugnis zugestanden, die Gesellschaft ins Liquidationsstadium zu versetzen und den entsprechenden Eintrag ins Handelsregister zu veranlassen, wodurch Gläubigern und Aktionären ein Klagerecht auf Auflösung zusteht und die Teilnahme der betreffenden Gesellschaft am Geschäftsverkehr behindert wird (Liquidation im Sinne des Obligationenrechts, Art. 739 ff OR). Oder aber dem Richter wird die weitergehende Kompetenz gewährt, die Verunmöglichung der richterlichen Ernennung der Revisionsstelle mit Konkurseröffnung und anschliessender konkursamtlicher Liquidation zu sanktionieren (konkursamtliche Zwangsliquidation). Das Obergericht schützte ein Vorgehen der letzten Art, indem es die Appellation gegen eine Konkurseröffnung infolge nicht geleisteten Kostenvorschusses abwies.

Der Entscheid scheint kühn, setzt sich das Obergericht doch über dem Umstand hinweg, dass Art. 625 Abs. 2 OR beim Fehlen der vorgeschriebenen Organe nur Aktionären und

Gläubigern, nicht jedoch Handelsregisterbehörden die Legitimation zugesteht, eine Auflösung der Gesellschaft anzubegehren. Der Einwand gegen diese Lösung, mit ihr werde das Institut der konkursamtlichen Liquidation für sachfremde Zwecke verwendet, weil auch finanziell gesunden Gesellschaften die Konkursöffnung drohe, wird im Entscheid nicht entkräftet, auch wenn sich das Obergericht auf den Standpunkt stellt, die Nichtleistung des Kostenvorschusses in derartigen Fällen begründe die Vermutung, dass die Gesellschaft aufgrund ihrer finanziellen Situation hierzu nicht in der Lage oder gar überschuldet sei und ihr die Darlegung stichhaltiger Gründe offenstehe, aufgrund derer für sie die Verpflichtung zur Ernennung einer Revisionsstelle entfalle (so etwa bei erfolgter Abmeldung wegen Sitzverlegung ins Ausland). Der dabei herangezogene Vergleich mit der Ausschlagung einer Erbschaft durch sämtliche Erben, bei welcher die konkursamtliche Liquidation ebenfalls auf der Vermutung einer Überschuldung basiert, überzeugt nicht (Urteil vom 18. August 1998, BJM 1999 259 ff).

Anders entschied die genau gleiche Problematik die Walliser *autorité de recours en matière de faillite*: Ihrer Ansicht nach muss eine Aktiengesellschaft aufgelöst werden, falls es dem Richter infolge schuldhafter Unterlassung der Gesellschaftsorgane unmöglich ist, die Revisionsstelle zu ernennen (i.c. ebenfalls infolge Nichtbezahlung des benötigten Kostenvorschusses). Dabei sei jedoch die Eröffnung des Konkurses mit all ihren rechtlichen Konsequenzen nicht gerechtfertigt. Art. 192 SchKG zähle die Fälle, in denen eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung möglich sei, abschliessend auf und sei demnach vorliegend nicht anwendbar. Nichtsdestotrotz ist das Gericht der Ansicht, der Richter habe das Konkursamt zu beauftragen, die Liquidation in analoger Anwendung der Art. 221 ff SchKG durchzuführen (Entscheid vom 5. November 1998, RVJ / ZWR 1999 311 ff).

2. Offenlegung der Jahresrechnung

Das St. Galler Handelsgericht konkretisierte die Anforderungen an die Erstellung der Gläubigereigenschaft zur Gewährung der Einsicht in die Jahres- und Konzernrechnung sowie die Revisionsberichte von Aktiengesellschaften (Art. 697h Abs. 2 OR): Die blosser Behauptung der Gläubigereigenschaft genüge jedenfalls nicht. Andererseits seien - im Einklang mit BGE 111 II 281 - bezüglich des Beweises der Forderung des Gesuchstellers keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Keinesfalls könne der volle, strikte Beweis für

die seinem Anspruch zugrundeliegende Sachdarstellung verlangt werden, da im summarischen Verfahren, welches im Kanton St. Gallen bei Art. 697h Abs. 2 OR zum Zuge kommt, ein eigentliches Beweisverfahren nicht stattfindet. Vom Ansprecher dürfe indessen gefordert werden, dass er seine Gläubigereigenschaft „in hohem Masse glaubhaft“ mache. Dabei habe er Anhaltspunkte zu liefern, die für eine grosse Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhalts sprächen (Entscheid des St. Galler Handelsgerichtspräsidenten vom 30. September 1998, AJP 2000 465, GVP 1998 Nr. 49 S. 134 ff).

3. Sonderprüfung

Anlässlich der Generalversammlung stellte ein Aktionär ein Gesuch auf Durchführung einer Sonderprüfung. Nachdem der Vertreter der Revisionsstelle hierauf erklärte, es bestehe kein Aktionärsrecht auf Einsicht in einzelne Geschäftsvorfälle und die Gewährung einer solchen durch den Verwaltungsrat wäre gesetzeswidrig, verhielt sich der Versammlungsleiter und Verwaltungsratspräsident vollständig passiv, worauf der Antrag nicht weiter behandelt und nicht zur Abstimmung gebracht wurde.

Das Handelsgericht Aargau war der Ansicht, einem Minderheitsaktionär dürfe der Weg, ein Begehren um richterliche Anordnung einer Sonderprüfung einzureichen, nicht dadurch abgeschnitten werden, dass eine Beschlussfassung der Generalversammlung unterbleibt, weshalb eine konkludente Ablehnung der Beschlussfassung der ausdrücklichen Verweigerung einer Abstimmung über den entsprechenden Antrag gleichzusetzen sei. Eine solche konkludente Ablehnung bejahte das Gericht in der Folge.

Weiter prüfte das Gericht, ob das Rechtsbegehren auf Anordnung einer Sonderprüfung der Parteidisposition und damit der prozessualen Erledigung durch Parteierklärung unterliegen kann. Es bejahte die Frage und erachtete die Anerkennung des Begehrens durch die Gesellschaft auf Sonderprüfung als zulässig. Das Gericht argumentierte, ein Rechtsbegehren im Sinne von Art. 706 OR, mit welchem ein Generalversammlungsbeschluss angefochten wird, unterliege nicht der Parteidisposition, weil dabei auch Interessen der nicht anfechtenden Aktionäre und allenfalls der Gläubiger involviert seien. Von dieser Interessenlage unterscheide sich diejenige bei einem Verfahren auf gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung massgeblich, da bei letzterer die Gesellschaft ein Interesse an der Klärung von Verdachtsmomenten habe. Bestehe der Verdacht der Schädigung der Gesellschaft, müssten

auch die anderen Aktionäre oder die Gesellschaftsgläubiger an der Klärung der vermuteten Pflichtwidrigkeiten interessiert sein. Dementsprechend könne dem Interesse der am Prozess nicht Beteiligten Dritten für die Frage der Disponibilität des Rechtsbegehrens auf Anordnung einer Sonderprüfung nicht dasselbe Gewicht beigemessen werden wie im Anfechtungsprozess (Vizepräsident des Handelsgerichts Aargau vom 9. November 1998, AGVE 1998 40 ff).

4. Auflösung und Liquidation

a) Auflösung aus wichtigem Grund

Nach OR 736 Ziff. 4. kann der Richter aufgrund eines Antrages von Aktionären, die mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, eine AG aus wichtigen Gründen auflösen. Zwar ist nach Ansicht des Bundesgerichts der Fall des Missbrauchs der Vormachtsstellung der Mehrheitsaktionäre Anwendungsfall der Bestimmung, diese hat jedoch einen breiteren Anwendungsbereich: So ist durchaus denkbar, dass das Weiterbestehen der AG für die Minderheitsaktionäre aus anderen Gründen unzumutbar wird. Dabei können insbesondere bei kleinen Familiengesellschaften auch persönliche Aspekte im Rahmen der Interessenabwägung eine Rolle spielen, namentlich wenn sie dazu führt, dass die Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Beziehungen objektiv und dauerhaft unerträglich wird (vgl. BGE 105 II 114). Die Aufrechterhaltung kann den Minderheitsaktionären dann nicht mehr zugemutet werden, wenn der Gesellschaftszweck nicht mehr erreicht werden kann. Zur Erinnerung hielt das Gericht fest, dass die richterliche Auflösung der Aktiengesellschaft nach OR 736 Ziff. 4. immer nur eine ultima ratio ist (BGE 126 III 266 ff, SJZ 2000 393).

b) Voraussetzungen des Konkursaufschubes nach Art. 725a Abs. 1 OR

Der Zweck des Konkursaufschubes ist die Aufrechterhaltung der Existenz der Gesellschaft im Interesse der Gläubiger sowie anderer interessierter Kreise, sofern die Sanierung der Gesellschaft als möglich erscheint. Der Konkurs muss hingegen ausgesprochen werden, wenn er aufgrund der momentanen finanziellen Verhältnisse, der beabsichtigten Sanierungsmassnahmen und des kurz- und mittelfristigen Businessplans unumgänglich erscheint. Derjenige, der den Konkursaufschub beantragt, muss glaubhaft machen, dass eine dauernde Sanierung der Gesellschaft dank den Massnahmen, die im dem Richter unterbreiteten Sanierungsplan als anwendbar vorgeschlagen werden, möglich erscheint. Der

Sanierungsplan muss zur Sanierung der Gesellschaft führen und darf die Situation der Gläubiger im Vergleich zur sofortigen Konkursöffnung nicht verschlechtern. Der Richter muss bei seiner Entscheidung sämtliche Interessen berücksichtigen, namentlich jene der Aktionäre, der Gläubiger (einschliesslich jene der Arbeitnehmer) sowie anderer Interessierter. Das ernsthafte Risiko einer Verschlimmerung der Situation der gefährdeten Gesellschaft ist ebenfalls zu berücksichtigen. Beim Fehlen von Dokumenten und anderen zuverlässigen Entscheidungsgrundlagen darf der Richter unter keinen Umständen einen Konkursaufschub bewilligen; das Begehren muss insbesondere dann zurückgewiesen werden, wenn das Risiko einer Verschlechterung der Situation der Gläubiger wahrscheinlich ist. Bei der Beurteilung der finanziellen Situation der Gesellschaft sind auch nicht quantifizierbare und in der Bilanz nicht erscheinende Elemente, wie etwa eine schlechte Buchführung oder eine den Geschäftsbetrieb betreffende hängige Strafanzeige, in Betracht zu ziehen (Entscheidung des Obergerichts des Kantons Jura vom 31. März 1999, SJZ 1999 444 f).

c) *Fehlendes Rechtsdomizil am Gesellschaftssitz*

Besitzt eine juristische Person am Ort ihres statutarischen Sitzes kein Rechtsdomizil mehr, dann kann der Handelsregisterführer unter Androhung der Auflösung Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ansetzen und nach unbenutztem Ablauf dieser Frist die Auflösung der Gesellschaft eintragen. Wird innert drei Monaten nach Eintragung der Auflösung der gesetzliche Zustand wieder hergestellt, kann die Auflösung widerrufen werden (HRV 86 II, III). Nach Ablauf dieser Frist ist dagegen ein Widerruf nicht mehr möglich (BGE 126 III 283 ff).

d) Siehe auch hinten Ziff. III. 2.

II. GmbH-Recht

Pflicht zur Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung

Bei Überschuldung einer GmbH (Art. 817 OR) ist gemäss Obergericht des Kantons Basel-Landschaft die Geschäftsführung für die Benachrichtigung des Konkursrichters zuständig. In entsprechender Anwendung der betreffenden aktienrechtlichen Bestimmungen bedarf es auch bei der GmbH für den Fall, dass mehrere Personen zur Geschäftsführung befugt sind, der

Zustimmung zumindest der Mehrheit der Geschäftsführung, wobei die Durchführung der Benachrichtigung einem einzelnen von ihnen übertragen werden kann. Sofern die Statuten für das Zustandekommen eines gültigen Beschlusses Einstimmigkeit verlangen, muss der Beschluss einstimmig gefasst werden.

Das gleiche Urteil äussert sich zur in der Lehre geteilten Ansicht darüber, ob eine GmbH, die über keine Kontrollstelle verfügt, verpflichtet ist, die im Hinblick auf eine allfällige Benachrichtigung des Konkursrichters erstellte Bilanz einer Kontrollstelle vorzulegen oder nicht. Für das Gericht ist ausschlaggebend, dass es sich bei der Konkurseröffnung um einen Akt von grosser Tragweite für die betreffende Gesellschaft handelt, der auch Auswirkungen auf Dritte, insbesondere Gläubiger oder Arbeitnehmer der betreffenden Gesellschaft hat, womit es sich der ersten Ansicht anschliesst. Die Verpflichtung zur Einholung eines Berichts einer Kontrollstelle vor Benachrichtigung des Richters gelte unabhängig davon, ob sich die Geschäftsführer über die Überschuldung einig sind oder nicht. Komme zufolge Uneinigkeit über die Überschuldung oder aus anderen Gründen kein Beschluss der Geschäftsführer über die Einsetzung einer derartigen speziellen Kontrollstelle zustande, so sei die betreffende Minderheit der Geschäftsführer, die auch aus einem einzelnen Geschäftsführer bestehen kann, befugt, dem Richter die Einsetzung einer solchen Kontrollstelle zu beantragen, wobei sie die Überschuldung glaubhaft zu machen habe (Urteil vom 28.4.1998, SJZ 1999 354 f).

III. Gesellschaftsrechtlich relevante Entscheide aus anderen Rechtsgebieten

1. Kennzeichenrecht

a) Ähnlichkeit und Identität von Firmen, insbesondere beim Rechtsformwechsel

Die erste Zivilabteilung des Bundesgerichts setzte sich in einem Entscheid mit firmen- und handelsregisterrechtlichen Aspekten der Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft auseinander. Die in Art. 951 Abs. 2 OR statuierte doppelte Zielsetzung der verlangten Unterscheidbarkeit von Firmen, nämlich sowohl die Persönlichkeit und die Gesamtheit der wirtschaftlichen Interessen des Inhabers einer bereits im Handelsregister eingetragenen Firma zu schützen als auch zu vermeiden, dass das Publikum irregeführt wird, bestimme die Art des Eingriffs der Handelsregisterbehörden. Es sei nicht deren Aufgabe, die Beachtung der privaten Interessen des Inhabers einer eingetragenen Firma sicherzustellen.

Dies bleibe dem Rechtsinhaber überlassen. Wiesen zwei Firmen lediglich Ähnlichkeit auf, sei der Zivilrichter zuständig, auf Klage über die Zulässigkeit einer Firma zu entscheiden. Hingegen müssten die Handelsregisterbehörden die Eintragung von identischen oder quasi-identischen Firmen von Amtes wegen verweigern, weil öffentliche Interessen betroffen würden. Die abstrakten Begriffe „Ähnlichkeit“ und „Identität“ ermöglichten es jedoch nicht, Kategorien zu bilden, in die alle Firmen zweifelsfrei eingeordnet werden könnten; letztlich habe eine fallweise Einzelbeurteilung zu erfolgen.

Nach dem Bundesgerichtsentscheid besteht grundsätzlich kein Grund, von den sich auf Art. 4 Abs. 3 HRegV stützenden allgemeinen Weisungen des Eidgenössischen Handelsregisteramtes an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffen die Prüfung von Firmen und Namen abzuweichen, obwohl diesen keine Gesetzeskraft zukomme. Sie bestimmen unter anderem, dass im Falle der Übereinstimmung von Zeichenfolgen verschiedene Bestandteile und Besonderheiten nicht geeignet sind, eine neue Firma hinreichend von einer bereits eingetragenen zu unterscheiden, was sowohl für die Rechtsform umschreibende Zusätze als auch für amtliche Zusätze (wie etwa „in Liquidation“) gelte; eine eingetragene Firma verleihe das Recht auf ausschliesslichen Gebrauch bis zur Löschung des betreffenden Rechtssubjekts.

Diese Grundsätze gälten wohl uneingeschränkt für den Fall der Eintragung einer neuen Gesellschaft, welche keinen Bezug zu einer im Handelsregister bereits eingetragenen Gesellschaft hat. Ein Nebeneinander der Firmen „Canal Alpha Plus, société coopérative, en liquidation“ und „CANAL ALPHA PLUS SA“ wäre somit unzulässig. Ginge es jedoch wie vorliegend um eine Umwandlung, müsse diesen besonderen Umständen Rechnung getragen werden. Sowohl im Rahmen einer Fusion durch Absorption als auch bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH komme es zu einer zeitweiligen Koexistenz zweier - im Sinne der erwähnten Weisungen - identischer Firmen im Handelsregister, weshalb dies auch vorliegend zulässig sein müsse (wobei der Vorbehalt angebracht wird, dass die Zulässigkeit der liquidationslosen Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft aus dem Prinzip der Privatautonomie hergeleitet werden kann [vgl. betr. die liquidationslose Umwandlung einer GmbH in eine AG BGE 125 III 18]) (Urteil 4A.8 vom 11. September 1998, Reprax 2/1999 69 ff).

b) *Domainnamen*

aa) *Domainname und Marke*

Das Obergericht Basel-Landschaft hatte die rechtlichen Aspekte der Verwendung einer einem Dritten zustehenden Marke als Domänenname durch einen Internetbenutzer zu beurteilen. Der Inhaberin des bei der SWITCH registrierten Domainnamens „hotmail.ch“ sollte durch ein Massnahmebegehren der Inhaberin der schweizerischen Marke „hotmail“ (sie betreibt einen E-mail-Dienst mit dem Domainnamen „hotmail.com“) provisorisch verboten werden, unter dem Namen „hotmail.ch“ oder „hotmail“ Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Kommunikation anzubieten, den Domainnamen „hotmail.ch“ zu benützen oder diesen zu veräussern. Weiter sollte sie provisorisch angewiesen werden, den Domainnamen „hotmail.ch“ der Gesuchsgegnerin zur Verfügung zu stellen.

Das Gericht war der Ansicht, die Verwendung einer einem Dritten zustehenden Marke als Domainname durch einen Internetbenutzer stelle nach schweizerischem Recht eine Markenrechtsverletzung dar; dies zumindest dann, wenn sie zum Zweck des Vertriebs von Gütern oder Dienstleistungen erfolge. Demgegenüber würden mit der Vergabe bzw. dem Erwerb eines Domainnamens keinerlei Schutzrechte vergeben oder erworben. Solche könnten nur entstehen, wenn der Inhaber des Domainnamens diesen als Marke eintragen liesse. Für die Frage, ob eine Marken-, Namen- oder Kennzeichenschutzverletzung vorliege, sei bei Domainnamen nur der frei wählbare Second-Level-Domainname massgeblich, nicht hingegen der mehr oder weniger zwingende Namensteil der Top-Level-Domain.

Das Gericht gelangte mit diesen Überlegungen zum Schluss, dass die Verwendung der Marke „hotmail“ durch die Beklagte eine Verletzung von Art. 13 MSchG darstelle und dass die Klägerin demnach berechtigt sei, die Schutzbestimmungen der Art. 52 ff resp. 61 ff MSchG in Anspruch zu nehmen, da es den für den Erlass vorsorglicher Massnahmen notwendigen drohenden und nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bejahte. Es entsprach den Begehren der Klägerin jedoch nicht vollumfänglich und erachtete dasjenige, ihr den Domainnamen „hotmail.ch“ zur Verfügung zu stellen, als nicht derart dringlich, um es als provisorische Verfügung zu erlassen, insbesondere da die Klägerin ihren eigenen E-mail-Dienst unter ihrem Domainnamen „hotmail.com“ abwickeln könne (Massnahmeentscheid vom 21.6.1999, sic! 2000 26 f).

bb) Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 lit. d UWG durch Verwendung gemeinfreier Zeichen

Das Bundesgericht befasste sich mit der Verwendung einer gemeinfreien geographischen Bezeichnung als Internet Domainname („berneroberland.ch“) und stellte fest, dass die Bildung von Internetadressen nicht dem rechtsfreien Raum zuzuordnen ist, auch wenn in der Schweiz bezüglich Domainnames verbindliche Spezialvorschriften zu Verwendbarkeit, Exklusivität und Schutz sowie eine den Registerbehörden im Marken- und Firmenrecht vergleichbare Prüfungsinstanz fehlen. Die Kennzeichnungsfunktion der Domainnames hat zur Folge, dass diese gegenüber den absolut geschützten Kennzeichen Dritter den gebotenen Abstand einzuhalten haben, um Verwechslungen zu vermeiden. Ist das als Domainname verwendete Zeichen namen-, firmen- oder markenrechtlich geschützt, kann der entsprechend Berechtigte einem Unberechtigten demnach die Verwendung des Zeichens als Domainname verbieten, wobei über Kollisionen zwischen verschiedenen Rechten durch Abwägung der gegenseitigen Interessen zu entscheiden ist. Im übrigen unterstehen Domainnamen auch dem Lauterkeitsgebot des Wettbewerbsrechts.

Beim im Streit stehenden Begriff „Berner Oberland“ handelt es sich um eine gemeinfreie geographische Bezeichnung, deren Verwendung nach allgemeinen kennzeichenrechtlichen Grundsätzen jedem Wettbewerbsteilnehmer offensteht. Nichtsdestotrotz ist die Verwendung einer gemeinfreien Bezeichnung im Internet untersagt, soweit damit die Gefahr von Verwechslungen geschaffen wird, der nicht mit geeigneten Zusätzen oder auf andere Weise begegnet werden kann. Ebenso wenig darf eine gemeinfreie Bezeichnung, welche durch langen Gebrauch zum Individualzeichen geworden ist, in Konkurrenzbezeichnung geführt werden.

Das Bundesgericht schützte die vorinstanzliche Anerkennung der Klagelegitimation der Berufungsbeklagten, einem Verein zur Förderung des Tourismus in der in der Region Berner Oberland, da er durch die Vermittlung und den Verkauf touristischer Angebote am wirtschaftlichen Wettbewerb selbst teilnehme.

Internetbenutzer assoziierten den geographischen Begriff „Berner Oberland“ einerseits mit Tourismus, andererseits erwecke die Bezeichnung den Eindruck eines offiziellen oder zumindest offiziösen Anbieters. Mit der Verwendung des in Frage stehenden Domainnamens

durch eine Aktiengesellschaft mit dem Zweck der Vermittlung von Informations- und Kommunikationstechniken wird deshalb eine Unlauterkeit begründet, d.h. eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 lit. d UWG, weil gemäss der Bestimmung jemand unlauter handelt, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren Werken Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen (BGE 126 III 239 ff).

2. Liquidation als Vorkaufsfall?

Die Übertragung von Grundstücken einer Immobilien-AG auf ihren einzigen Aktionär anlässlich ihrer Liquidation und der dabei vorzunehmenden Verteilung ihres Vermögens nach Art. 745 OR gilt nicht als Vorkaufsfall im Sinne von Art. 216c Abs. 1 OR. Insbesondere stellt der Vorgang auch keine dem klassischen Vorkaufsfall - dem Verkauf des Grundstücks - wirtschaftlich gleichkommende Erscheinung dar.

In seinem Entscheid ging das Bundesgericht davon aus, dass auf Verlangen eines Aktionärs an Stelle einer Auszahlung des Liquidationserlöses in Bargeld eine Realleistung in Gestalt eines Gesellschaftsaktivums erfolgen könne. Dies habe jedoch mit dem Einverständnis der Generalversammlung zu geschehen, was freilich bei der in Frage stehenden Einmann-AG keine Probleme schuf. Das durch die Auflösung der Gesellschaft bedingte Recht des Aktionärs auf einen verhältnismässigen Anteil am Ergebnis der Liquidation nach Art. 660 Abs. 2 OR verwandle sich im Laufe derselben in eine Forderung gegen die Gesellschaft. Die gesellschaftsrechtlich begründete Übertragung des Grundstücks auf den Aktionär lasse die Schuld der Gesellschaft gegenüber diesem untergehen und erfolge ohne Gegenleistung des Begünstigten, da die Gesellschaft die Übertragung zur Tilgung ihrer Schuld gegenüber diesem vornehme. Aus diesem Grund komme die Übertragung weder juristisch noch wirtschaftlich einem Verkauf gleich, weshalb der Vorkaufsberechtigte auch kein Vorkaufsrecht ausüben könne (BGE 126 III 187 ff; der genannte Vorgang unterscheidet sich also namentlich von der Übertragung aller Aktien einer Immobilien-AG, welche ein von einem Vorkaufsrecht erfasstes Grundstück zu Eigentum hat; diese Aktienübertragung kommt bekanntlich wirtschaftlich einem Verkauf gleich, so dass ein Vorkaufsfall vorliegt).

3. Kirchensteuerpflicht der juristischen Person

Das Bundesgericht hält an der Verfassungskonformität der bestehenden Kirchensteuerpflicht juristischer Personen in 20 Kantonen der Schweiz fest. Zwar sei eine langjährige Rechtsprechung nicht unveränderlich (der letzte einschlägige Entscheid erging mit BGE 102 I 468 ff), vorliegend fehle es jedoch an ernsthaften und sachlichen Gründen für eine Praxisänderung. Mit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung sei keine Änderung der Rechtslage eingetreten. Insbesondere Art. 15 der neuen Bundesverfassung gebiete nicht die Aufgabe der ständigen Bundesgerichtspraxis. Das Bundesgericht erinnerte an die Selbständigkeit der juristischen Person und deren fiskalische Behandlung als selbständiges Steuersubjekt. Es sei nicht einzusehen, weshalb einzig und allein für die Kirchensteuer auf die dahinter stehenden natürlichen Personen Rücksicht genommen werden müsse. Wer sich wegen ihrer wirtschaftlichen Vorteile für die Rechtsform der juristischen Person entscheide, könne konsequenterweise nicht verlangen, bei der Kirchensteuer wie ein Einzelunternehmen behandelt zu werden. Der Gesichtspunkt, dass eine Praxisänderung weitreichende Folgen für die Landeskirchen, die Kirchgemeinden und die betroffenen Kantone habe, sei zwar eher rechtspolitischer Natur, nichtsdestotrotz könne er bei der Gesamtwürdigung, ob und in welchem Umfang sich die Verhältnisse gewandelt haben, nicht unbeachtet gelassen werden (BGE 126 I 122 ff, NZZ vom 12./13. August 2000, S. 16).

4. Internationale Tatbestände

a) Anwendungsbereich des Börsengesetzes

Ein breites Echo fand die Verfügung der Übernahmekommission der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) vom 30. September 1999 i.S. LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton (Paris) und TAG Heuer International SA (Luxemburg). LVMH und TAG Heuer schlossen eine Vereinbarung, wonach sich erstere verpflichtete, für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der TAG Heuer zu einem bestimmten Preis ein öffentliches Kaufangebot zu unterbreiten. Die genannten Namenaktien waren zu jenem Zeitpunkt an der SWX Schweizer Börse und der New York Stock Exchange kotiert. In der diesbezüglichen Pressemitteilung wurde u.a. festgehalten, dass das Übernahmeangebot nach den Regeln des schweizerischen Börsengesetzes durchgeführt werde, obwohl dessen Bestimmungen vorliegend gar nicht zwingend anzuwenden seien. Die Übernahmekommission (Kommission für öffentliche Kaufangebote, Art. 23 BEHG) erliess daraufhin am 21. September 1999 eine Empfehlung, welche die Übernahmeregeln des BEHG für nicht anwendbar erklärte und sich

dafür aussprach, eine freiwillige Unterstellung auf Antrag des Anbieters in künftigen ähnlichen Fällen grundsätzlich zuzulassen.

Dem widersprach die Übernahmekammer der EBK in ihrer erwähnten Verfügung und ordnete die Unterstellung des Übernahmeangebots unter das BEHG an. Entscheidende Bedeutung erhielt dabei die Auslegung von Art. 22 Abs. 1 BEGH durch die Übernahmekammer: Die Regel besagt, dass die Bestimmungen betreffend öffentliche Kaufangebote (Art. 22-33 BEGH, Art. 52 f BEGH) für „öffentliche Kaufangebote für Beteiligungen an schweizerischen Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise an einer Börse in der Schweiz kotiert sind (Zielgesellschaften)“, gelten. Das Kriterium der mindestens teilweisen Kotierung war zweifellos erfüllt. Jenes der schweizerischen Gesellschaft bejahte die Übernahmekammer im konkreten Fall, obwohl es sich bei der TAG Heuer um eine in Luxemburg inkorporierte Gesellschaft handelt. Ausschlaggebend war insbesondere der Umstand, dass nach Ansicht der Übernahmekammer die tatsächliche operative Verwaltung der TAG Heuer bei der TAG Heuer SA in Marin, Neuchâtel, lag.

Eine Anknüpfung an die im Internationalen Privatrecht geltende Inkorporationstheorie nach Art. 154 IPRG erachtete die Übernahmekammer als „eine zu enge Sichtweise“. Sie stellte vielmehr anstelle der rechtlichen Konstruktion als massgebendes Kriterium auf den effektiven Sitz ab, da einerseits das schweizerische Bankenaufsichtsrecht ausländische Banken dem Bankengesetz unterstellt, wenn die Willensbildung organisiert und regelmässig in der Schweiz erfolgt, andererseits diese Praxis in Bezug auf die Beurteilung der Tätigkeit ausländischer Effekthändler in der Schweiz übernommen und ausgebaut wurde, womit es nur „sachlogisch und konsequent“ erschien, diese Praxis weiterzuentwickeln und auch auf das Übernahmerecht zu übertragen. Dem Schutzgedanken des BEGH sei weitestmöglich Nachachtung zu verschaffen; Art. 35 Abs. 1 BEGH ermächtigt die EBK, die zum Vollzug des Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen notwendigen Verfügungen zu treffen. Eine Verfügung im erläuterten Sinne sei verhältnismässig und stelle die Massnahme dar, die am wenigsten in die Rechte der Betroffenen eingreife und ihren Zweck trotzdem erreiche (Entscheid vom 30. September 1999, vgl. dazu etwa *Brügger/Dubs*: Zum internationalen Anwendungsbereich der börsenrechtlichen Übernahmeordnung bei freiwilligen Übernahmeangeboten, SZW 2000 69 ff sowie *Meier-Schatz/Gasser*: Zum räumlichen Anwendungsbereich der Übernahmeregeln – Eine Kurzreplik, SZW 2000 121 ff).

b) *Anwendbares Recht bei möglicher Durchgriffshaftung*

Anlässlich der Prüfung, ob bei einem internationalen Sachverhalt die Voraussetzungen einer Durchgriffshaftung gegeben waren, hatte die Genfer Cour de Justice als Appellationsinstanz das diesbezüglich anwendbare Recht zu bestimmen.

Ausgehend von Art. 154 IPRG stellte sie fest, irisches Recht sein auf die Appellantin, eine nach irischem Recht errichtete Gesellschaft, anwendbar. Das Statut zur Beurteilung einer möglichen Haftung der hinter der Gesellschaft stehenden natürlichen oder juristischen Personen mittels eines Durchgriffs stützte das Gericht auf Art. 155 lit. h IPRG, wonach das auf die Gesellschaft andwendbare Recht auch die Haftung für ihre Schulden bestimmt, womit in casu ebenfalls irisches Recht heranzuziehen war. Dieser Entscheid steht damit insofern im Einklang mit BGE 117 II 494 ff, als dort entschieden wurde, im IPRG bestehe kein Raum mehr für den Vorbehalt des fiktiven Sitzes. In der Lehre wird dagegen auch vertreten, im Konzernverhältnis sei zur Beurteilung einer möglichen Durchgriffshaftung nicht das auf die Tochter-, sondern das auf die Muttergesellschaft anwendbare Recht massgebend (Urteil vom 21. März 1997, SZIER 1999 520 ff, SemJud 1998 167 ff).

5. Anwendungsbereich von Art. 333 OR

Mit einer strittigen Frage betreffend den Anwendungsbereich von Art. 333 Abs. 1 OR, wonach bei der Übertragung eines Betriebes oder Betriebsteils durch den Arbeitgeber auf einen Dritten das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergeht, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt, hat sich die kantonbaslerische Schiedskommission für Arbeitslosenversicherung beschäftigt. Im Laufe des Konkursverfahrens betreffend eine Einzelfirma hatte ein Käufer Inventar, Goodwill und die angefangenen Arbeiten übernommen und einen vormaligen Arbeitnehmer der falliten Einzelfirma wieder angestellt. Ohne den Verkauf hätte das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt werden müssen. Die Arbeitslosenkasse lehnte es ab, dem wiederangestellten Arbeitnehmer Insolvenzenschädigung auszurichten, da sie der Ansicht war, Art. 333 Abs. 1 OR komme auf den genannten Kauf zur Anwendung und der Käufer hafte als Erwerber des Betriebes solidarisch für Forderungen des Arbeitnehmers bis zu Konkursöffnung.

Die Schiedskommission kam zum Schluss, Art. 333 Abs. 1 OR erfasse nur denjenigen Fall einer Betriebsübertragung, bei dem der Verkauf des Betriebes oder eines Teils davon durch die entsprechenden Organe der Verkäuferin ausserhalb eines Konkurses, d.h. vor der Konkurseröffnung, geschehe. Der vorliegende Fall, bei dem der Verkauf erst nach der Konkurseröffnung aus der Konkursmasse heraus erfolgt, werde durch Art. 333 Abs. 1 OR nicht erfasst. M.a.W. komme Art. 333 OR nur zur Anwendung, wenn der Betrieb oder Betriebsteil vom Arbeitgeber selbst übertragen werde; nur der Arbeitgeber könne in diesem Sinne Verkäufer des Betriebes oder Betriebsteils sein.

Die Kommission verwies auf die anlässlich der Revision von Art. 333 OR lautgewordenen kritischen Stimmen, wonach durch den Umstand, dass der Gesetzgeber die Anwendung der Bestimmung auf Sanierungsfälle nicht besonders geregelt habe, Sanierungen von Unternehmen, die ausstehende Forderungen von Arbeitnehmern zu begleichen hätten, in Zukunft weitgehend unmöglich würden, da es äusserst schwierig würde, Investoren zu finden. Potentielle Übernehmer würden davon abgeschreckt, Betriebe oder Betriebsteile aus einer Konkursmasse zu übernehmen. Die Kommission schloss sich diesen Argumenten an und erkannte das Risiko des Übernehmers, für die Erfüllung sämtlicher offenen arbeitsrechtlichen Forderungen des Personals der Fallitin eintreten zu müssen. Mit diesem Risiko sei eine abschreckende Wirkung verbunden, womit die Gefahr bestünde, dass sich die Zahl der Arbeitslosen erhöhen und damit die Kosten der Arbeitslosenstellen steigen würden, was nicht Sinn und Zweck einer vernünftigen staatlichen Sozialpolitik sein dürfe. Würde Art. 333 OR auf jene Fälle angewendet, in denen ein Betrieb oder ein Betriebsteil aus einem Konkurs übernommen wird, würde der Arbeitnehmerschutz und damit die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers bei der Schaffung von Art. 333 OR verloren gehen (Beschluss der kantonbaslerischen Schiedskommission für Arbeitslosenversicherung vom 22. April 1999, BJM 2000 31 ff).

B. Literatur

Literatur zur rechtspolitischen Auseinandersetzung vgl. hinten lit. C.

I. Aktienrecht

Besonders hervorzuheben sind die als Lehrmittel konzipierte Darstellung *Roland von Büren / Walter A. Stoffel / Anton K. Schnyder / Catherine Christen-Estenberg: Aktienrecht* (Zürich 2000), die magistrale systematische Darstellung des Konzernrechts auf kasuistischer Basis von *Jean-Nicolas Druey / Alexander Vogel: Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte* (Zürich 1999) sowie die Habilitationsschrift von *Markus Ruffner: Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft* (Zürich 2000).

Erwähnt seien sodann – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – folgende Monografien: *Daniel Bandle: L'assurance D & O. Analyse de l'assurance responsabilité civile des dirigeants de sociétés en droit suisse, comparé aux solutions en droits français et anglais* (Zürich 1999 = SSHW 191); *Urs Bertschinger: Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit* (Zürich 1999); *Francine Defferrard: Le transfert des actions nominatives liées non cotées* (Diss. Fribourg 1999 = AISUF 188); *Stefan Eberhard: La scission de la société anonyme – En droit allemand, américain et suisse* (Genève 1999); *Michael Hold: Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht* (Diss. St. Gallen 2000 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 60); *Peter Forstmoser / Tobias Jaag: Der Staat als Aktionär – Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften* (Zürich 2000 = SnA 15); *Reto Krummenacher: Die Verpfändung von Namenaktien mit aufgeschobenem Titeldruck – Unter besonderer Berücksichtigung der statutarischen Behandlung von Namenaktien mit aufgeschobenem Titeldruck sowie der in der Praxis verwendeten Pfandvertäge und Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (Diss. Basel 1999 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht Bd. 45); *Peter Lehmann: Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage* (Diss. Zürich 2000 = SSHW 198); *Mirjam Rhein: Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen* (Diss. Zürich 2000, erscheint voraussichtlich in der Reihe SSHW); *Rudolf Tschäni (Hrsg.): Mergers & Acquisitions II* (Zürich 2000 = Schriften des EIZ 27); *Dominik Vock: Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten – Eine Darstellung nach Zürcherischer Zivilprozessordnung* (Diss. Zürich 2000 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 114).

II. Recht der GmbH

Gabriele Herberstein: Die GmbH in Europa – 50 Länder im Vergleich (Zürich 1999).

III. Gesellschaftsrecht allgemein und Wertpapierrecht

In Neuauflage erschienen sind zwei Klassiker: *Theo Guhl / Alfred Koller / Anton K. Schnyder / Jean Nicolas Druey: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9. A. Zürich 2000) sowie *Arthur Meier-Hayoz / Hans Caspar von der Crone: Wertpapierrecht* (2. A. Bern 2000). Mit *Roland Ruedins "Droit des sociétés - Précis de droit"* (Bern 1999) ist nun auch in französischer Sprache eine grundlegende Darstellung des

gesamten Gesellschaftsrechts verfügbar, die dadurch besticht, dass die Strukturierung in erster Linie nach Problemkreisen und erst in zweiter nach Gesellschaftsformen erfolgt. Als erster Überblick gedacht ist *Franco Taisch / Christian Beutter: Gesellschafts- und Wertpapierrecht - Managementorientiertes Wirtschaftsrecht Bd. 4* (St. Gallen / Lachen 1999). Mit "Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 1999/2000" (Zürich 2000) beginnt eine vom Anwaltsbüro *Baker & McKenzie* herausgegebene Reihe.

Im Übrigen seien erwähnt: *Oliver Banz: Rechtsprobleme der Allfinanz – unter besonderer Berücksichtigung des Alternativen Risiko Transfers (ART)* (Diss. Zürich 1999 = SSBR 55); *Lukas Blättler / Oliver Untersander: Fälle und Lösungen im Handels- und Wirtschaftsrecht* (Zürich 2000); *Christoph Bühler: Die grenzüberschreitende Fusion von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union* (Diss. Basel 1999, erscheint voraussichtlich in der Reihe SSHW); *Kurt Moosmann: Der angelsächsische Trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlich Begünstigten – Eine rechtsvergleichende Studie mit Erkenntnissen für das Schweizer Treuhandrecht* (Diss. Zürich 1999 = SSBR 56); *Etienne Schön: Unternehmensbewertung im Gesellschafts- und Vertragsrecht* (Diss. Zürich 2000 = SSHW 196); *Jann Six: Der privatrechtliche Namensschutz von und vor Domännennamen im Internet* (Zürich 2000 = Zürcher Studien zum Privatrecht 158); *Ueli Sommer: Die stille Gesellschaft* (Diss. Zürich 2000 = SSHW 193); *Markus Steiner: Das bankinterne Sondervermögen – Regelung im schweizerischen Anlagefondsgesetz und Verwendung in der Bankpraxis* (Diss. Zürich 1999 = SSBR 54).

IV. Börsengesellschaftsrecht

Die umfassende Sammlung aller einschlägigen Dokumente von *Luc Thévenoz / Urs Zulauf: Bank- und Finanzmarktrecht* ist in Neuauflage erschienen (Zürich 2000), wiederum in identischen Versionen in deutscher und französischer Sprache.

Vgl. sodann etwa *Marie v. Fischer: Die Ad hoc-Publizität nach Art. 72 Kotierungsreglement* (Diss. Bern 1999 = ASR 629); *Peter Ch. Hsu: Ad-hoc-Publizität* (Diss. Zürich 2000 = SSHW 194); *Christian Köpfler: Die Angebotspflicht im schweizerischen Kapitalmarktrecht* (Diss. Zürich 2000 = SSHW 195); *Susanne Mettier: Offenlegung von Beteiligungen im Börsengesetz* (Diss. Zürich 1999 = SSBR 52)

C. Rechtsetzung

I. Übersicht

a) Demnächst durch den Bundesrat in Kraft gesetzt werden dürften die Änderungen des Obligationenrechts betreffend die Kaufmännische Buchführung (Änderung der Art. 957, 961,

962, 963 und Aufhebung von Art. 964). Die Frist für ein fakultatives Referendum ist am 20. April 2000 unbenutzt verstrichen.

Aufgrund der Gesetzesänderung dürfen in Zukunft *Bücher elektronisch oder in vergleichbarer Weise geführt und aufbewahrt* werden, sofern die Grundsätze der Ordnungsmässigkeit von Buchführung und Aufbewahrung eingehalten werden. Die geänderten Bestimmungen unterscheiden nicht mehr zwischen Bild- und Datenträgern. Die Reform soll zur Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen beitragen.

b) Seit 1. Mai 2000 in Kraft ist sodann das BG über die Risikokapitalgesellschaften (AS 2000 1019), das Steuererleichterungen vorsieht, um die Gründung von Unternehmen durch einen erleichterten Zugang zu Risikokapital zu fördern. Als Risikokapitalgesellschaften (RKG) werden schweizerische Aktiengesellschaften anerkannt, deren Zweck die Zurverfügungstellung von Risikokapital ist. Eine RKG muss u.a. mindestens 50% in neue Unternehmen mit innovativen, international ausgerichteten Projekten im Bereich von Produkten und Dienstleistungen investieren, um in den Genuss der Steuererleichterungen zu gelangen. Letztere betreffen die Eidgenössischen Emissionsabgaben sowie die Gewinnsteuer bei der direkten Bundessteuer. Gesellschaften, die den verlangten Kriterien entsprechen, können beim Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement ein Gesuch auf Anerkennung als RKG stellen.

c) Pendent sind zur Zeit drei Gesetzgebungsprojekte, die alle schon im letzten Jahr erwähnt worden sind (vgl. SJZ 1999 477 f):

- die Reform des *Rechts der GmbH*, mit welcher die GmbH (wieder) stärker an das Aktienrecht angenähert, gleichzeitig aber in ihrer Eigenart erhalten bleiben soll,
- ein Gesetz über *Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung* (Fusionsgesetz), das eine Liberalisierung von Umstrukturierungen aller Art bezweckt, die freilich schon weitgehend durch die Praxis vorweggenommen worden ist,
- ein *BG über die Rechnungslegung und Revision*, das die finanzielle Berichterstattung rechtsformübergreifend regeln und dem Grundsatz der "fair representation" verpflichten will und in welchem auch die Revision – ebenfalls rechtsformübergreifend – geregelt werden soll.

d) Auf Druck insbesondere seitens der Publikumsgesellschaften wird sodann eine Herabsetzung des Mindestnennwertes von Aktien auf einen Rappen (oder allenfalls einen Franken) postuliert. Vorläufig ist der Vorschlag in das Fusionsgesetz eingebettet, er könnte aber angesichts seiner Dringlichkeit auch selbständig und im Voraus von den Räten behandelt werden.

e) Im Firmen- und im Handelsregisterrecht werden punktuelle Korrekturen ins Auge gefasst.

f) Im Folgenden werden lediglich neueste Fundstellen und Publikationen angeführt. Generell sei verwiesen auf die Referate über die einschlägigen Gesetzgebungsprojekte im Sammelband, der aus einem Symposium zum Thema "Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert" hervorgehen wird und noch dieses Jahr in Zürich erscheinen soll (vgl. vor allem die Beiträge von *Behr*, *Druey* und *Forstmoser*).

II. GmbH-Recht

Die Vernehmlassungen sind in einer Broschüre des Bundes zusammengestellt und geordnet worden (Bern, 5.7.2000).

Aus der Literatur seien erwähnt: *Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.): Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis* (Zürich 2000, mit Beiträgen von *Forstmoser*, *Handschin*, *Meier-Schatz*, *Schwarz* und *Wohlmann*); *Michael Hold: Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht* (Diss. St. Gallen 2000 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 60); *Jürg Schneider: Le capital social initial de la société à responsabilité limitée* (Diss. Neuchâtel 2000 = SSHW 197).

III. Fusionsgesetz

Die bundesrätliche Botschaft vom 13.6.2000 ist in BBl 2000 4337 ff veröffentlicht. Das Gesetz dürfte demnächst von den Räten behandelt werden, und angesichts der im Ganzen sehr guten Aufnahme der Vorlage in der Vernehmlassung ist zu hoffen, dass ein liberales Struktur-anpassungsgesetz in den nächsten Jahren in Kraft treten kann.

IV. Rechnungslegung

Im Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf des Rechnungslegungsgesetzes, das Ende April 1999 abgeschlossen worden war, ist etwelche Kritik laut geworden. Auch wurde verschiedentlich die Tunlichkeit einer erneuten Überarbeitung des Rechnungslegungs- und Revisionsrechts wenige Jahre nach der Aktienrechtsreform in Frage gestellt. Die Weiterbearbeitung des Projekts könnte sich daher – was zu bedauern wäre – verzögern.

V. Mindestnennwert für Aktien von einem Rappen

Vgl. zu diesem Vorschlag die Botschaft zum Fusionsgesetz, BBl 2000 4493 f, sodann etwa *Büchi/Steiner* in SZW 2000 177 ff.

VI. Firmenrecht und Handelsregisterrecht

Im Zuge der anstehenden Reformen sollen auch einzelne Aspekte des Firmen- und des Handelsregisterrechts revidiert werden:

- Im Vorentwurf für die GmbH-Reform wird vorgeschlagen, künftig nicht nur für die GmbH, sondern auch für die AG und die Genossenschaft die Beifügung der Rechtsform zu verlangen.
- Ebenfalls im Rahmen der GmbH-Reform soll die Möglichkeit eingeführt werden, eine Firma drei Monate vor der Eintragung eines Geschäfts oder einer Gesellschaft im Handelsregister eintragen zu lassen und so bereits vor Abschluss der Gründung die Eintragungspriorität in Anspruch zu nehmen.
- Sodann sieht der Entwurf für ein Fusionsgesetz vor, dass jeder im Handelsregister eingetragene Rechtsträger eine Identifikationsnummer erhält, die während seines gesamten Bestehens unverändert bleibt, insbesondere auch im Falle einer Sitzverlegung, einer Umwandlung oder einer Änderung der Firma oder des Namens. Der Bundesrat soll vorsehen können, dass – entsprechend der 1. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts vom 9.3.1968 – die Identifikationsnummer nebst der Firma auf Briefen, Bestellscheinen und Rechnungen anzugeben ist.