

RECHT

für Lehrkräfte für Wirtschaftsfächer

Vierter Teil:

Handels- und Wettbewerbsrecht

**(Handelsregister, Geschäftsfirmen,
Gesellschaftsrecht, Wertpapierrecht,
Wettbewerbsrecht)**

Prof. Dr. iur. Christian Brückner

Ausgabe 18.01.2016

INHALT

Einleitung	5
1. Themen	5
2. Didaktische Schwerpunkte - Ideal und Realität	6
1. Kapitel: Das Handelsregister	7
1. Begriff	7
2. Die drei Funktionen des Handelsregisters	7
a) Publizität	7
b) Auslösung von Rechtswirkungen	8
c) Rechtspolizei	8
d) Kritische Bemerkungen	8
3. Organisation	9
4. Eintragungspflicht und Eintragungsberechtigung	10
5. Das Eintragungsverfahren	11
6. Nachtrag: Vergleichende Betrachtung zu Grundbuch und Handelsregister	11
2. Kapitel: Die Geschäftsfirmen	12
A. Einleitung	12
1. Terminologie	12
2. Die beiden Regelungsbereiche der handelsregisterlichen Eintragungsfähigkeit und der Konfliktlösung zwischen den Rechsträgern mit ähnlichen Namen bzw. Firmen	12
B. Anforderungen an die handelsregisterliche Eintragungsfähigkeit einer neuen Firma	13
1. Grundsätzliches	13
2. Technische Eintragungsvoraussetzungen	13
3. Grundsatz der Ausschliesslichkeit der Firma	13
a) Alterspriorität	13
b) Verschieden strenge Anforderungen gemäss Rechtsform	13
4. Wahrheitsgebot	14
5. Täuschungsverbot	14
6. Verbot der Verletzung öffentlicher Interessen	15
3. Kapitel: Die juristischen Personen: Allgemeines	16
1. Begriff der juristischen Person	16
2. Begriffliche Einteilungen	16
a) Körperschaften und Anstalten (Art. 52 Abs. 1 ZGB)	16
b) Juristische Personen des öffentlichen Rechts (Art. 59 Abs. 1 ZGB)	17
3. Geschichtliche Wurzeln des Begriffs der juristischen Person; Regelung des ZGB	18
4. Beginn der juristischen Person (Erlangung der Rechtspersönlichkeit)	19
5. Ende der juristischen Person: Aufhebung oder Auflösung, Liquidation, Erlöschen	19
6. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der juristischen Personen	21
7. Interne Willensbildung und externes Handeln der juristischen Personen	22
8. Revisionsstelle	23
9. Definition des Organs	24
10. Vertretungsbefugnis im Rechtsverkehr, insbesondere die kaufmännische Vertretung	25
11. Abgrenzung zwischen Organen, Hilfspersonen und Stellvertretern	28
12. Sitz der juristischen Person	30
13. Name und Firma juristischer Personen	31
14. Der sogenannte Durchgriff durch die juristische Person	31
4. Kapitel: Die Unternehmensformen	32
1. Bildhaftmachung der Rechtswirklichkeit	32
2. Überblick über die Unternehmensformen	33
3. Das Einzelunternehmen (Art. 945 f. OR)	34
4. Die einfache Gesellschaft (Art. 530-551 OR)	34
a) Allgemeines	34
b) Struktur der einfachen Gesellschaft	36
5. Die Kollektivgesellschaft (Art. 552-593 OR)	37

a) Allgemeines	38
b) Struktur der Kollektivgesellschaft	40
6. Die Kommanditgesellschaft (Art. 594-619 OR)	41
7. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) (Art. 772-827 OR)	42
a) Allgemeines	42
b) Struktur der GmbH	44
8. Die Aktiengesellschaft (Art. 620-763 OR)	46
a) Allgemeines	46
b) Struktur der AG	55
aa) Die drei gesetzlichen Organe der AG: Generalversammlung, Verwaltungsrat, Revisionsstelle	55
bb) Das reglementarische Organ der AG: Die Geschäftsführung (auch Geschäftsleitung oder Direktion genannt)	55
cc) Innenverhältnis zwischen der AG und ihren Aktionären	55
dd) Operative Geschäftsführung in der AG	56
ee) Die Generalversammlung der Aktionäre	56
ff) Die Vorschriften über die Gewinnverwendung	57
gg) Die Entlastung des Verwaltungsrates	58
hh) Das Depotstimmrecht der Banken	58
ii) Gewinn- und Verlustbeteiligung, Vertretung und Haftung	58
kk) Gläubigerschutz in der AG: Allgemeines	59
ll) Bildung und Auflösung stiller Reserven	59
mm) Pflichten des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle im Vorfeld der Insolvenz der AG	61
9. Die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764-771 OR)	64
10. Die Genossenschaft (Art. 828-926 OR)	64
a) Allgemeines	64
b) Struktur der Genossenschaft	65
5. Kapitel: Die Wertpapiere	68
A. Ein Papier als Übertragungsinstrument	68
B. Besonderheiten des wertpapierrechtlichen Rechtsverhältnisses	68
C. Wertpapier und Vertragsfreiheit	69
D. Einteilung der Wertpapiere (Begriffliches)	70
E. Wertpapiere mit aufgeschobenem Titeldruck	72
F. Katalog der gebräuchlichsten Wertpapiere und Beweisurkunden	72
1. Grundpfandverschreibung (Art. 824 ZGB)	73
2. Schuldbrief (Art. 842 ZGB)	73
3. Schuldschein (Art. 88 OR)	73
4. Banknote	73
5. Garderobenmarke	74
6. Bahnbillett	75
7. Lotterielos	75
8. Konnossement (Seefrachtbrief; engl.: bill of lading, abgekürzt: "b/l")	75
9. Strassenfrachtbrief	75
10. Bahn- und Luftfrachtbrief	75
11. Lagerschein (Art. 482 OR)	76
12. Dokumenten-Akkreditiv	76
13. Anleihenobligation (engl.: bond) (Art. 1156 OR)	77
14. Kassensobligation	77
15. Sparheft	78
16. Aktie	78
17. Bescheinigung über Aktienbucheintrag	78
18. Anteilscheine der GmbH und der Genossenschaft (Art. 789 und 853 OR)	79
19. Gezogener Wechsel (Tratte) (Art. 991 OR)	79
20. Eigenwechsel (Art. 1096 OR)	80
21. Check (Art. 1100 OR)	81
22. Versicherungspolice	82
G. Die kollektive Kapitalanlage	82
H. Der Handel mit börsenkotierten Wertpapieren	83

6. Kapitel: Wettbewerbsrecht	86
I. Ueberblick	86
II. Das Verbot des unlauteren Wettbewerbs gemäss UWG	86
1. Die Generalklausel	87
2. Der Katalog spezieller Unlauterkeitstatbestände	88
3. Verbotene Werbegewinnspiele gemäss Lotterie-Gesetzgebung	89
III. Kartellrecht	91
A. Vorbemerkungen	91
1. Entstehungsgeschichte des Kartellrechts in der Schweiz	91
2. Die Regelungsziele des Kartellrechts	92
3. Grundbegriffe und Grundprobleme jedes Kartellrechts	92
B. Materielles Kartellrecht	96
1. Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 5 Abs. 3 KG)	96
a) Preisabreden (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)	96
b) Mengenabreden (Art. 5 Abs. 3 lit. b KG)	96
c) Gebietsabreden (Art. 5 Abs. 3 lit. c KG)	96
2. Missbrauch der Marktbeherrschung	96
a) Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Boycott) (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)	97
b) Preisdiskriminierung (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)	98
c) Erzwingung unangemessener Bedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)	98
d) Gezielte Unterbietung von Preisen (Dumping, Art. 7 Abs. 2 lit. d KG)	99
e) Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG)	99
f) Treuerabatte	100
g) Nachgebotsrechte	100
h) Langfristige Exklusivität	101
i) Einschränkungen der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG)	101
3. Rechtfertigungsgründe	101
a) Grundsatz	101
b) Kooperationen (Zusammenarbeitsverhältnisse)	101
4. Fusionskontrolle	103
C. Behörden und Verfahren	103
D. Rechtshilfe zugunsten des Auslandes	104

Einleitung

1. Themen

- 1 Unter dem Begriff "Wirtschaftsrecht" werden jene Gebiete aus dem öffentlichen Recht, dem Privat- und dem Strafrecht zusammengefasst, die für die privatwirtschaftlich tätigen Unternehmungen in besonderer Weise von Belang sind. Im Gebiete des öffentlichen Rechts gehören die verschiedenen staatlichen Aufsichtsstrukturen hiezu (Bankenaufsicht, Versicherungsaufsicht), ferner die Regeln für staatliche Eingriffe in die freie Marktwirtschaft (Währungsrecht, staatliche Wirtschaftsförderung und -lenkung durch Subventionen, Preiskontrolle). Im Gebiet des Privatrechts gehören jene Teile des Obligationenrechts dazu, die traditionellerweise unter dem Begriff des *Handelsrechts* zusammengefasst werden, nämlich die Kapitel über das Handelsregister, die Geschäftsfirmer, die kaufmännische Buchführung, die Handelsgesellschaften und die Wertpapiere. Auf der Grenze zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht steht das Wettbewerbsrecht; es umfasst das Verbot des unlauteren Wettbewerbs (Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, abgekürzt UWG) und die Einschränkung von Kartellen (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, abgekürzt KG). Zum privatrechtlichen Teil des Wirtschaftsrechts ist schliesslich das Kapitalmarktrecht zu zählen, nämlich die Normen, welche die Abläufe an den Effekten- und Optionenbörsen regeln.
- 2 Zum Wirtschafts*strafrecht* gehören jene Strafnormen, welche Fehlverhalten in der Rechnungslegung, Verstösse gegen Regeln des Kartellrechts, unlauteren Wettbewerb, Fehlverhalten gegenüber den Effektenbörsen (Insiderdelikte), Korruption und anderes mehr beschlagen.
- 3 Die traditionelle Bezeichnung "*Handelsrecht*" entstammt der mittelalterlichen wirtschaftlichen Realität. Damals gab es neben ortsgebundenen Produzenten in der Landwirtschaft und im örtlichen Gewerbe den Stand der Handels- bzw. Kaufleute, die die Verbindung herstellten und das Verkaufsrisiko (Transport, Lagerung, Preiszerfall) übernahmen zwischen den örtlich gebundenen Produzenten an einem Ort und den ebenso ortsfesten Konsumenten an einem andern Ort. Für diesen Handel brauchte es besondere Rechtsregeln. Demgemäss wurden seit 1800 in den meisten europäischen Ländern sogenannte Handelsgesetzbücher erlassen. Für die Ausbildung der Kaufleute wurden "*Handelsschulen*" geschaffen.
- 4 Heute bilden die Handelsleute oder Kaufleute keinen relevanten gesellschaftlichen Stand mehr. Die Hersteller von Produkten und die Erbringer von Dienstleistungen vertreiben ihr Angebot in der Regel selber, indem sie die wesentlichen Absatzgebiete mit eigenen Verkaufsorganisationen durchdringen. Transport und Spedition sind zu professionalisierten Branchen geworden, die ihre Dienstleistungen auf die Überführung von Waren von einem Ort zum andern einschränken, selber jedoch am Handel, d.h. am Ankauf und Weiterverkauf von Waren, nicht mehr teilnehmen (der klassische Handelsmann des 19. Jahrhunderts war Händler und Spediteur in der gleichen Person).
- 5 Eigentliche Handeltreibende, die ohne eigene Produktionsleistung lediglich Waren einkaufen und weiterverkaufen, sind zwar auch heute noch anzutreffen, namentlich auf der Detailhandelsstufe. Aber diese Handelsleute sind längst nicht mehr die dominierende Gruppe jener Personen, deren unternehmerische Tätigkeit unter das sogenannte Handelsrecht fällt. Wichtiger sind die industriellen Unternehmungen geworden, wel-

che Waren und Dienstleistungen *herstellen* und mindestens bis auf die Grosshandelsstufe auch selber vertreiben.

- 6 Richtigerweise wird der alte Begriff des *Handelsrechts*, der *Handelsschulen* etc. nun sukzessive abgelöst durch die zeitgemässeren und umfassenderen Begriffe des *Wirtschaftsrechts*, der *Wirtschaftsgymnasien* etc.

2. Didaktische Schwerpunkte - Ideal und Realität

- 7 Zur Allgemeinbildung jeder Maturandin und jedes Maturanden und damit zum Mittelschulunterricht in der Schweiz sollten richtigerweise fünf Schwerpunkte gehören, nämlich
 1. die *Aktiengesellschaft* (Struktur und Funktionsweise);
 2. Grundzüge des kaufmännischen *Rechnungswesens*;
 3. Grundzüge des *Unternehmenssteuerrechts* einschliesslich Mehrwertsteuer,
 4. Grundzüge des *Kapitalmarktrechts*;
 5. Grundzüge des *Wettbewerbsrechts*.
- 8 Demgegenüber legen die geltenden Lehrpläne und Prüfungsordnungen ein allzu grosses Gewicht auf die Darstellung überholter, in der heutigen Wirtschaft kaum mehr aktueller Themen wie etwa der Regelungen von Kollektivgesellschaft und Kommanditgesellschaft sowie des Wechselrechts. Diese Themen sollten in Mittelschulen nicht mehr unterrichtet werden. Ferner werden in Mittelschulen noch immer gewisse Spezialthemen unterrichtet und geprüft, deren Vermittlung in die Berufsausbildung von Spezialisten gehört, nämlich die Regeln über das Handelsregister, über die Gründungsformalitäten bei den verschiedenen Gesellschaftstypen und die Regeln über die handelsregisterliche Eintragungsfähigkeit neuer Geschäftsfirmen; diese Kenntnisse gehören zum beruflichen Rüstzeug von Notaren, Rechtsanwälten und Handelsregisterbeamten, nicht in die Mittelschule.
- 9 Dessenungeachtet werden diese überholten Themen im vorliegenden Text in jener Ausführlichkeit behandelt, die als Hintergrundwissen für die Lehrkraft nützlich ist, wenn sie gemäss geltenden Lehrplänen zu unterrichten verpflichtet ist.

1. Kapitel: Das Handelsregister

1. Begriff

- 10 Das Handelsregister ist eine staatliche Institution zur Erhebung bestimmter Informationen über wirtschaftlich tätige Unternehmungen und zur öffentlichen Bekanntmachung dieser Informationen. Aufgaben und Organisation des Handelsregisters werden vom Bund geregelt, nämlich im OR und in der Handelsregisterverordnung. Der Vollzug liegt beim Eidgenössischen Handelsregisteramt in Bern und bei den kantonalen Handelsregisterämtern. Die kantonalen Handelsregisterämter stehen unter der Aufsicht des Eidgenössischen Handelsregisteramtes.
- 11 Im Handelsregister werden für alle in der Schweiz tätigen Unternehmen, die gewisse Kriterien erfüllen, folgende Informationen festgehalten:
 - Gründungsurkunde mit Beilagen (z.B. Sacheinlageverträge);
 - vollständige Statuten;
 - vollständiger Sammlung aller späteren Statutenänderungsbeschlüsse;
 - vollständige Sammlung beglaubigter Originalunterschriften aller im Handelsregister eingetragenen unterschiftsberechtigten Personen für jede eingetragene Unternehmung.
- 12 Jedermann kann gegen Entrichtung einer Gebühr in den Räumen eines kantonalen Handelsregisteramtes Einsicht in diese Dokumente nehmen und sich Fotokopien davon herstellen lassen. Die wichtigsten Handelsregisterdaten sind auch über das Internet (www.zefix.ch) kostenlos abrufbar.
- 13 Bestimmte Handelsregisterdaten werden im Zeitpunkt ihrer Entstehung stichwortartig im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert und dauerhaft im sogenannten *Handelsregisterauszug* zusammengefasst. Diese sogenannten **publikationspflichtigen Tatsachen** umfassen unter anderem *Firma, Sitz, Zweck, Rechtsform* (AG, GmbH etc.), *vertretungsberechtigte Personen* sowie, bei Kapitalgesellschaften, das *statutarische Kapital*.
- 14 Das Handelsregister enthält abgesehen von der Nennung statutarischer Grundkapitalien *keine* Information über die wirtschaftlichen Belange der Unternehmungen und über die Eigentumsverhältnisse und konzernmässigen Verflechtungen von Unternehmungen.

2. Die drei Funktionen des Handelsregisters

a) Publizität

- 15 Das Handelsregister dient der Kundgabe der darin vermerkten Informationen gegenüber der Öffentlichkeit. Gewisse Informationen werden im Zeitpunkt ihrer Eintragung in standardisierter Form im *Schweizerischen Handelsamtsblatt* publiziert. Der jeweilige Eintragungsstand (Dauerzustand) bezüglich der eingetragenen Firmen ist für jedermann zugänglich, und zwar ohne Interessennachweis, jedoch in der Regel nur gegen Bezahlung einer Benützungsgebühr. Es gibt drei Formen der Einsichtnahme:

- a) Persönliche Einsichtnahme in den Räumen des zuständigen Handelsregisteramtes in das Firmenblatt, welches alle publizierten Tatsachen enthält (sogenannter "Handelsregisterauszug"; vgl. vorn, Ziff. 13) und in das dazugehörige Dossier mit den Belegen, insbesondere den öffentlichen Urkunden und den Handelsregisteranmeldungen mit den beglaubigten Unterschriftsmustern der zeichnungsberechtigten Personen;
- b) Bestellen eines Handelsregisterauszugs und einzelner Belege auf dem Korrespondenzweg;
- c) Abruf der publizierten Tatsachen im Internet.

b) Auslösung von Rechtswirkungen

- 16 Die Eintragung eines Sachverhaltes im Handelsregister kann bestimmte Rechtswirkungen auslösen. So entstehen die meisten juristischen Personen erst mit der Handelsregistereintragung. In den Fällen, in denen der Handelsregistereintrag die juristische Person zur Entstehung bringt bzw. konstituiert, sagt man, der Handelsregistereintrag sei *konstitutiv*. Dies ist der Fall bei *allen juristischen Personen* mit Ausnahme der Vereine, der Familienstiftungen und der kirchlichen Stiftungen, ferner bei der *nicht-kaufmännischen Kollektivgesellschaft*¹ gemäss Art. 553 OR.
- 17 Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft schafft der Handelsregistereintrag eine klare (aber widerlegbare) Beweislage bezüglich der Haftungsverhältnisse. Bei den juristischen Personen ergibt sich aus der konstitutiven Wirkung des Handelsregistereintrags die alleinige Haftung der juristischen Person und damit die Haftungsbefreiung der Gründer und der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden.
- 18 Bezüglich der Vertretungsverhältnisse muss sich jede eingetragene Firma bei den Rechtshandlungen der eingetragenen zeichnungsberechtigten Personen behaften lassen, es sei denn, der Widerruf oder die Einschränkung der Zeichnungsberechtigung sei einer bestimmten Gegenpartei vor dem Geschäftsabschluss ausdrücklich mitgeteilt worden.
- 19 Die Handelsregistereintragung verschafft den besonderen Firmenschutz gemäss Art. 944-956 OR. Sie begründet ferner die Konkursfähigkeit und die Wechselbetriebsfähigkeit.

c) Rechtspolizei

- 20 Im Bereiche der eintragungspflichtigen Tatsachen üben die Handelsregisterämter eine rechtspolizeiliche Funktion aus, indem sie die Anmeldungsbelege auf deren Vollständigkeit und Rechtmässigkeit überprüfen, nötigenfalls zur Verbesserung zurückweisen und rechtswidrigen Akten die Eintragung verweigern.

d) Kritische Bemerkungen

- 21 Bezüglich der **Vertretungsverhältnisse** (Handelsregistereintragung zeichnungsberechtigter Personen) erleidet die Bedeutung des Handelsregisters als Publizitätsinstrument eine gewisse Einbusse, seitdem grosse Industrie-Unternehmen wie Novartis aufgehört haben, ihre Zeichnungsberechtigten unterer Stufen beim Handelsregister zur Eintragung anzumelden. Rechtlich besteht bezüglich dieser untergeordneten Organe

¹ Wenn mehrere Personen gemeinschaftlich ihr Vermögen verwalten oder eine andere nicht-gewerbliche Tätigkeit ausüben, so bilden sie eine einfache Gesellschaft. Wollen sie als nicht-gewerbliche Kollektivgesellschaft anerkannt sein, so müssen sie dies durch den Handelsregistereintrag kundtun.

nämlich keine Eintragungspflicht. Vollständige Eintragung Hunderter von Mitarbeitern ist allerdings weiterhin die Regel für Banken und andere Unternehmungen, deren Geschäftstätigkeit sich vorwiegend im Abschluss rechtsrelevanter Transaktionen vollzieht.

- 22 Solche Unternehmungen tragen nun richtigerweise nur noch ihre Verwaltungsratsmitglieder und ein knappes Dutzend Persönlichkeiten aus der Rechtsabteilung als Zeichnungsberechtigte im Handelsregister ein und verkünden im übrigen durch Inserate im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in der Tagespresse, dass alle Mitarbeiter des Unternehmens in den Bereichen ihrer Zuständigkeit kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt sind.
- 23 Eine solche Regelung macht die Anmeldung der jährlichen Mutationen im Mitarbeiterbestand beim Handelsregisteramt entbehrlich, womit ein erheblicher Aufwand wegfällt. Der Unternehmung entsteht durch den Verzicht auf die Handelsregistereintragung ihrer zeichnungsberechtigten Mitarbeiter kein Nachteil. Der private Geschäftsverkehr orientiert sich seit jeher praktisch ausschliesslich an den Anscheins- und Duldungsvollmachten der Personen, die für die Unternehmungen im täglichen Verkehr sprechen und handeln. Der Kunde, der sich von einem Bankangestellten Quittung erteilen lässt oder der mit einem Versicherungsvertreter einen Versicherungsvertrag abschliesst, kommt nicht auf den Gedanken, sich über die Zeichnungsbefugnis seines Gegenübers und über die Echtheit der Unterschrift durch einen Gang zum Handelsregisteramt und den Vergleich mit der dort hinterlegten Musterunterschrift zu vergewissern. Die Bank und die Versicherung müssen sich bei den Unterschriften ihrer Leute behaften lassen, weil sie dulden, dass diese Leute in ihren Räumen ein- und ausgehen und auf Geschäftspapier und mit Visitenkarten der betreffenden Unternehmungen korrespondieren und Verträge schliessen.
- 24 Nur im amtlichen Verkehr, namentlich mit Grundbuchämtern, Patentämtern, bei der Eröffnung von Postcheckkonten etc., ferner beim Abschluss langfristiger Verträge wie Bürgschaften und Garantien wird auf den Nachweis der Handelsregistereintragung Wert gelegt. Für diesen amtlichen Verkehr braucht jede Unternehmung einige Zeichnungsberechtigte, deren Handelsregistereintragung bei Bedarf durch einen Handelsregisterauszug nachgewiesen werden kann. Für diesen amtlichen Verkehr genügen aber die Handelsregistereintragungen der Verwaltungsratsmitglieder und ausgewählter Mitarbeiter der Rechtsabteilungen.
- 25 Während die Bedeutung des Handelsregisters bezüglich der soeben beschriebenen Publizitätsfunktion am Schwinden ist, bauen die Handelsregisterämter ihre rechtspolizeilichen Funktionen konsequent aus. Einzelne Chefbeamte veröffentlichen wissenschaftlich kommentierte Mustersammlungen von Handelsregisteranmeldungen und von Eintragungsbelegen, worauf mit zeitlicher Verzögerung ihre Ämter und andere Ämter die Anforderungen an Handelsregisteranmeldungen und Eintragungsbelege entsprechend hochschrauben.

3. Organisation

- 26 Das Handelsregister ist eine Institution des Bundesrechts. Der Bund überlässt die Organisation aber weitgehend den Kantonen. Jeder Kanton hat ein Handelsregisteramt (einen "*Handelsregisterführer*") und eine kantonale Aufsichtsbehörde. Grosse Kantone haben sogar in ihren verschiedenen Bezirken je ein Handelsregisteramt.
- 27 Das Handelsregister umfasst drei Teile, nämlich

- a) das Hauptregister (Firmenbuch), als Kartothek oder EDV-mässig geführt;
- b) das alphabetische Firmenverzeichnis;
- c) das Tagebuch: hier werden die Anmeldungen in der Reihenfolge ihres Eingangs minutengenau chronologisch aufgenommen zwecks genauer Bestimmung des Zeitpunkts der Handelsregisteranmeldung.

4. Eintragungspflicht und Eintragungsberechtigung

- 28 Zur Eintragung ihres Unternehmens im Handelsregister sind alle natürlichen Personen *verpflichtet*, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben und während eines Jahres Roheinnahmen von mindestens 100'000 Franken erzielen (vgl. Art. 36 HRegV). Wer aufgrund solcher Tätigkeit eintragungspflichtig ist, hat sich, wenn er sein Unternehmen allein führt, als *Einzelunternehmen* (Art. 934 Abs. 1 und 2 OR), wenn er es mit anderen natürlichen Personen zusammen gemeinschaftlich führt, als *Kollektivgesellschaft* (Art. 552 ff. OR) oder als *Kommanditgesellschaft* (Art. 594 ff. OR) eintragen zu lassen.
- 29 Wollen der oder die Eintragungspflichtigen ihre Haftung beschränken, so können sie einzelne Beteiligte als Kommanditäre, die Gemeinschaft als Kommanditgesellschaft eintragen lassen, oder sie können eine GmbH oder eine AG gründen und ihr Unternehmen in diese Rechtsform einbringen.
- 30 Die Eintragungspflicht obliegt nur natürlichen Personen, deren unternehmerische Tätigkeit die Voraussetzungen der eintragungspflichtigen Einzelunternehmen oder der Kollektivgesellschaft erfüllt. Hingegen ist die Gründung und Eintragung von juristischen Personen stets der freiwillige Akt der Gründer. Niemand ist verpflichtet, eine juristische Person zu gründen.
- 31 Eintragungspflichtig ist gemäss Art. 61 Abs. 2 ZGB ferner jeder Verein, der ein kaufmännisches Gewerbe treibt. Für solche Vereine wirkt der Handelsregistereintrag nicht konstitutiv². Liegt aber nach den Umständen nicht ein Verein mit ideellem Zweck und bloss nebensächlicher Gewerbetätigkeit, sondern eine schwergewichtig kaufmännisch tätige Unternehmung vor, so ist die von den Beteiligten selbstgewählte Bezeichnung "Verein" belanglos. Die Beteiligten sind in einem solchen Fall als einfache Gesellschafter oder als Kollektivgesellschaftler für die Schulden aus ihrer gemeinschaftlichen Geschäftstätigkeit solidarisch haftbar.
- 32 *Freiwillig* können sich alle übrigen Vereine und die Gewerbetreibenden (diese als Einzelunternehmen) eintragen lassen, welche die erwähnte Höhe der jährlichen Roheinnahmen nicht erreichen. Gewohnheitsrechtlich gelten als nicht-eintragungspflichtig (trotz meist höherer jährlicher Roheinnahmen) die Landwirte und die Angehörigen freier Berufe (Ärzte und Rechtsanwälte). *Freiwillig*³ können sich solche Berufsleute aber sowohl als Einzelunternehmen wie auch als Kollektiv- und gegebenenfalls Kommanditgesellschaften eintragen lassen (nicht jedoch als einfache Gesellschafter, da die einfache Gesellschaft nicht eintragungsfähig ist).

² Zum Begriff des konstitutiven Handelsregistereintrags vgl. Ziff. 16.

³ Das Eidg. Amt für das Handelsregister befürwortet die Eintragung aller Unternehmen, auch im Bereiche der Anwalts-, Notariats- und Arzt-Dienstleistungen, wenn die Organisation und das Zusammenwirken mehrerer Mitarbeiter im Vordergrund, die individuellen Leistungen Einzelner im Hintergrund stehen.

5. Das Eintragungsverfahren

- 33 Jede Handelsregistereintragung erfolgt aufgrund einer *Handelsregisteranmeldung*.
- 34 Unter Handelsregisteranmeldung ist sowohl ein Vorgang zu verstehen (nämlich die Aushändigung der Anmeldungsakten an das Handelsregisteramt), als auch das diese Akten stets begleitende Deckblatt mit der Ueberschrift "Handelsregisteranmeldung". Diesem Deckblatt sind die erforderlichen *Eintragungsbelege* beizulegen.
- 35 Ist die Handelsregisteranmeldung mit den erforderlichen Belegen dem Handelsregisteramt zugegangen, so werden Handelsregisteranmeldung und Eintragungsbelege vom kantonalen Handelsregisteramt geprüft (*handelsregisterliche Aktenprüfung*). Ist das Prüfungsergebnis positiv und führt es zu keinen Beanstandungen, so redigiert das kantonale Handelsregisteramt den standardisierten Text für die SHAB-Publikation und schickt diesen zusammen mit einer Kopie der Eintragungsbelege an das eidgenössische Handelsregisteramt nach Bern. Dort findet eine Nachkontrolle statt. Von dort aus wird alsdann die Publikation der Eintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt veranlasst. Diese Publikation erfolgt bei unbeanstandeten Geschäften in der Regel drei Tage nach dem Datum der Handelsregisteranmeldung beim kantonalen Amt.
- 36 Die Rechtswirkungen des Handelsregistereintrags beginnen im Verhältnis zwischen den Beteiligten und gegenüber dem Fiskus mit dem Tage der Handelsregisteranmeldung, gegenüber Dritten mit dem ersten Werktag nach der erfolgten SHAB-Publikation.

6. Nachtrag: Vergleichende Betrachtung zu Grundbuch und Handelsregister

- 37 Grundbuch und Handelsregister haben eine Publizitätsfunktion. Darin liegt ihre Gemeinsamkeit.
- 38 Insgesamt überwiegen aber die Verschiedenheiten. Das Grundbuch dokumentiert die *Rechte an Grundstücken (Eigentum, Dienstbarkeiten, Pfandrechte)*. Abgesehen von den seltenen Fällen des ausserbuchlichen Erwerbs bewirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs eine Rechtslage, die derjenigen bei den Wertpapieren gleicht: *Rechte an Grundstücken in der Schweiz bestehen immer so und nur so, wie sie im Grundbuchamt dokumentiert sind*. Mit der Änderung des grundbuchlichen Eintragungsstandes ändern die Rechte.
- 39 Etwas Vergleichbares findet sich beim Handelsregister bezüglich jener Gesellschaftsformen, für deren Existenz der Handelsregistereintrag konstitutiv ist (Stiftung, GmbH, AG und Genossenschaft). Auch Statutenänderungen, Kapitalerhöhungen, Kapitalherabsetzungen und Fusionen bedürfen zu ihrem rechtswirksamen Vollzug der Handelsregistereintragung.
- 40 Aber die Eigentumsverhältnisse an den eingetragenen Unternehmungen, d.h. die *Rechte an den Unternehmungen*, sind aus dem Handelsregister nur teilweise ersichtlich, nämlich bei den GmbHs und den Personengesellschaften, nicht jedoch bei den Aktiengesellschaften.

2. Kapitel: Die Geschäftsfirmen

A. Einleitung

1. Terminologie

- 41 Die beiden juristischen Personen des ZGB, der Verein und die Stiftung, haben zu ihrer Kennzeichnung im Rechtsverkehr "*Namen*" (Vereinsnamen, Stiftungsnamen). Die entsprechende Kennzeichnung der im OR geregelten Einzelunternehmen (Art. 945 OR), Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Art. 552 und 594 OR) und juristischen Personen (AG, Kommandit-AG, GmbH und Genossenschaft; Art. 620, 764, 772, 828 OR) heisst "*Firma*". Für die Bildung der "Firmen" gelten etwas strengere Regeln⁴ als für die Bildung von Vereins- und Stiftungsnamen. Der Schutz von Namen und Firmen gegen Verwechslungsgefahr ist derselbe, so dass Präjudizien von Namensstreitigkeiten auch für den Konflikt von Firmen relevant sind, und umgekehrt.
- 42 Das Wort "*Firma*" kommt von lat. *firmare* = bekräftigen. Im Italienischen nahm "*firmare*" die Bedeutung an: "*seinen Vertragswillen bekräftigen*" - d.h.: unterschreiben. "*Firma*" ist also das Wort, mit dem der Unterzeichner seinen Vertragswillen bekräftigt - eben die Kennzeichnung der betreffenden Unternehmung.
- 43 Im unjuristischen Sprachgebrauch bedeutet "Firma" nicht nur die *Kennzeichnung* einer Unternehmung, sondern die Unternehmung als solche. Im Gesetzestext des OR ist unter "Firma" aber regelmässig nur die Unternehmens-Bezeichnung, nicht die Unternehmung als als betriebswirtschaftliche Einheit gemeint.

2. Die beiden Regelungsbereiche der handelsregisterlichen Eintragungsfähigkeit und der Konfliktlösung zwischen den Rechsträgern mit ähnlichen Namen bzw. Firmen

- 44 Die Rechtsregeln bezüglich der Namen und Firmen von Einzelkaufleuten, Personengesellschaften und juristischen Personen des Privatrechts gehören zwei verschiedenen Regelungsbereichen an. Es handelt sich um
- a) Regeln zur Wahrung allgemeiner Interessen, konkretisiert durch die Anforderungen an die *handelsregisterliche Eintragungsfähigkeit* eines neuen Namens oder einer neuen Firma;
 - b) Regeln zum Schutz von Individualinteressen, konkretisiert durch die Rechtsprechung zu Art. 29 und 30 ZGB und Art. 956 OR in den Streitfällen konkreter *Verwechslungsgefahr* bzw. *Zuordnungsverwirrung* bestehender Namens- und Firmenträger.
- 45 Die Einhaltung der unter (a) genannten Regeln wird von den Handelsregisterämtern anlässlich der Eintragung neuer Namen und Firmen überwacht. Die Wahrung der unter (b) genannten Individualinteressen ist der Initiative der von Rechtsverletzungen betroffenen Namens- und Firmenträger anheimgestellt und obliegt im Streitfall dem Zivilrichter⁵.

⁴ Die gesetzlichen Vorschriften für die Neubildung und Änderung von Geschäftsfirmen finden sich in den Art. 944-954 OR.

⁵ Bedauerlicherweise gibt es Handelsregisterämter, die anlässlich der Anmeldung neuer Namen und Firmen versuchen, ihre Kognition auszudehnen auf Aspekte individueller Zuordnungsverwirrung, indem

B. Anforderungen an die handelsregisterliche Eintragungsfähigkeit einer neuen Firma

1. Grundsätzliches

- 46 Die Anforderungen an die handelsregisterliche Eintragungsfähigkeit einer neuen Firma lassen sich unterteilen in
- *technische Eintragungsvoraussetzungen* (sie sind im OR nicht erwähnt);
 - Grundsatz der *Ausschliesslichkeit* (Art. 946 OR);
 - *Wahrheitsgebot* (Art. 944 Abs. 1 OR);
 - *Täuschungsverbot* (Art. 944 Abs. 1 OR);
 - Verbot der Verletzung *öffentlicher Interessen* (Art. 944 Abs. 1 OR).
- 47 Diese Anforderungen sind rekapituliert in Art. 26 der Handelsregisterverordnung (HRegV): "*Die Eintragungen in das Handelsregister müssen wahr sein und dürfen weder zu Täuschungen Anlass geben noch einem öffentlichen Interesse widersprechen.*"

2. Technische Eintragungsvoraussetzungen

- 48 Eintragungsfähig sind nur Firmen in *lateinischer Schrift* und *arabischen Zahlen*. Die bei den Handelsregisterämtern installierten Geräte vermögen weder griechische noch chinesische Buchstaben zu registrieren. Nicht eintragungsfähig sind Formatierungen (z.B. hochgestellte Buchstaben und Zahlen) und Farben. Der Handelsregistereintrag ist schwarz-weiss.
- 49 Zu den technischen Voraussetzungen mag man auch die Regel zählen, wonach eine Firma stets etwas *Verbales* sein und als solches dem allgemeinen Sprach- und Schreibgebrauch zugehören muss. Sie muss also mindestens aus einem Buchstaben bestehen.

3. Grundsatz der Ausschliesslichkeit der Firma

- 50 Gemäss Art. 946 Abs. 2 und 951 Abs. 2 OR muss sich eine neu einzutragende Firma von bereits eingetragenen Firmen *deutlich unterscheiden*. Hiezu im Einzelnen:

a) Alterspriorität

- 51 Beim Konflikt gleichlautender Firmen gilt das Prinzip der *Alterspriorität*: Die ältere Firma hat das Vorrecht, die neuere muss weichen bzw. mit ergänzenden Zusätzen versehen werden, bis sie sich von der älteren Firma deutlich unterscheidet. Dabei kommt es nicht auf das Alter der Unternehmung an, sondern darauf, welche *Unternehmenskennzeichnung* (*Firma* im technischen Sinne) die ältere ist.

b) Verschieden strenge Anforderungen gemäss Rechtsform

- 52 Die Ausschliesslichkeit der Firmen ist verschieden streng geregelt für die *personenbezogenen* und die *nicht-personenbezogenen*. Bei den personenbezogenen Firmen genügt es, wenn die betreffende Firma "an demselben Orte" nicht mehrfach verwendet wird

sie beispielsweise die Eintragung einer neu angemeldeten Firma mit dem Bestandteil "*olympisch*" davon abhängig machen, dass die Anmeldenden die schriftliche Zustimmung des Internationalen Olympischen Komitees beibringen. - Durch solche Anforderungen überschreiten die Handelsregisterämter ihre Prüfungskompetenz.

(Art. 946 Abs. 1 OR). Bei den nicht-personenbezogenen Firmen wird verlangt, dass sich jeder Neueintrag "*von jeder in der Schweiz bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet*" (Art. 951 Abs. 2 OR).

- 53 Der Grund für diese Differenzierung liegt darin, dass die personenbezogenen Firmen oft nur in einem geographisch beschränkten Kreise wirken. Den nicht-personenbezogenen Firmen ist die Unterscheidung von allen in der Schweiz eingetragenen Firmen umso eher zuzumuten, als sie bei der Firmenbildung grössere Freiheit geniessen, namentlich nicht verpflichtet sind, Familiennamen in ihre Firmen aufzunehmen.

4. Wahrheitsgebot

- 54 *Firmenwahrheit* heisst: Soweit eine Firma etwas aussagt, muss die Aussage wahr sein. Das Wahrheitsgebot lässt sich mit folgenden Regeln konkretisieren:
- 55 Die in der Firma enthaltene Aussage darf dem *statutarischen Geschäftszweck* nicht widersprechen. So darf eine Aktiengesellschaft, die gemäss Statuten die Fabrikation von Möbeln bezweckt, nicht als "Taxi Quick AG" firmieren.
- 56 *Nationale und geographische* Angaben müssen mit dem Sitz übereinstimmen. Eine in Aktiengesellschaft mit Hauptsitz in Bern darf sich nicht "Basler Handelsgesellschaft AG" nennen.
- 57 *Personennamen* (genauer: *Familiennamen* wie Blocher, Leuthard, Dreyfus) müssen in den Firmen der Einzelunternehmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften den Inhaber oder einen oder mehrere Inhaber wahrheitsgemäss bezeichnen. Beim Ausscheiden der Namensgeber muss deren Name aus der Firma entfernt werden. Bei den juristischen Personen müssen solche Familiennamen am Anfang, d.h. bei der Gründung, mit dem Namen eines Gründers übereinstimmen, brauchen aber bei dessen Ausscheiden nicht entfernt zu werden. - Wegen des kommerziellen Schadens, der sich aus einer Firmaänderung ergeben kann, wählen Unternehmungen, die ihre Firma bewerben, in der Regel von Anfang an die Rechtsform einer juristischen Person.
- 58 Kollektiv- und Kommanditgesellschaften müssten ihre *Rechtsform* als Personengesellschaft durch einen Zusatz in der Firma angeben. Der Zusatz kann die voll ausgeschriebene Gesellschaftsform sein ("*Gebrüder Lammer Kollektivgesellschaft*"). Es kann auch eine Abkürzung ("Co" oder "Cie") gewählt werden.
- 59 Auch Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften müssen in ihrer Firma die Rechtsform angeben. Diese Pflicht besteht seit dem Inkrafttreten des revidierten Art. 950 OR (1.01.2008). Für Gesellschaften, deren Firmen nach bisherigem Recht ohne Rechtsformzusatz eingetragen waren, besteht eine Anpassungsfrist bis Ende 2009. So musste sich seinerzeit die *UBS* in *UBS AG* umbenennen.

5. Täuschungsverbot

- 60 Jede unwahre Firma ist täuschend. Darüber hinaus können aber auch wahre Firmen täuschend - und aus diesem Grund unzlässig - sein, wenn sie geeignet sind, das Publikum zu falschen Interpretationen zu verleiten. So kann ein Lastwagenchauffeur in Ofringen, der mit seinem Wagen vorwiegend im Napfgebiet zirkuliert, zweimal im Jahr aber auch eine Sendung nach Amsterdam bringen muss, sich nicht "*Fred Lammer Internationale Transporte*" benennen. Diese Bezeichnung wird vom Konsumenten als

diejenige einer internationalen Organisation mit Zweigniederlassungen in vielen Ländern interpretiert und ist also täuschend, obwohl nicht unwahr.

6. Verbot der Verletzung öffentlicher Interessen

- 61 Öffentliche Interessen sind verletzt, wenn eine Firma wahrheitswidrig einen amtlichen Bezug andeutet. Unter diesem Gesichtswinkel ist den privaten Unternehmungen die Verwendung von Wörtern wie *eidgenössisch*, *kantonal* und dergleichen verwehrt.

3. Kapitel: Die juristischen Personen: Allgemeines

1. Begriff der juristischen Person

- 62 Juristische Personen heissen alle Rechtssubjekte, die nicht natürliche Personen sind.
- 63 Für die juristische Person ist charakteristisch, dass sie Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann, d.h. rechtsfähig ist, und zwar unabhängig von ihren allfälligen Mitgliedern.

2. Begriffliche Einteilungen

- 64 Die juristischen Personen werden eingeteilt in Körperschaften und in Anstalten (vgl. Ziff. 67 ff.).
- 65 Die juristischen Personen werden ferner eingeteilt in solche des öffentlichen Rechtes (vgl. hienach, Ziff. 75 ff.) und solche des Privatrechts (vgl. hienach, Ziff. 172 ff.).
- 66 Für die juristischen Personen und die Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit des Privatrechts sind die nachfolgend genannten begrifflichen Einteilungen gebräuchlich. (Zum Erlernen der Begriffe ist es nützlich, die 9 Typen in Listenform untereinander zu schreiben und die unter einem Begriff zusammengehörigen Typen in verschiedenen Kolonnen zusammenzufassen. Empfehlenswert ist die Reihenfolge Verein - einfache Gesellschaft - Kollektivgesellschaft - Kommanditgesellschaft - GmbH - AG⁶ - Kommandit-AG - Genossenschaft - Stiftung).

a) Gemäss *Standort im ZGB und im OR*: Verein und Stiftung sind die *juristischen Personen des ZGB*. GmbH, AG, KommanditAG und Genossenschaft sind die *juristischen Personen des OR*.

b) Gemäss *Personenbezug und Kapitalbezug*: einfache Gesellschaft, Kollektivgesellschaft und Kommanditgesellschaften sind die *Personengesellschaften*. GmbH, AG und KommanditAG sind die *Kapitalgesellschaften*.

c) Gemäss dem *Gesellschaftszweck*: Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, GmbH, AG und KommanditAG sind die *Handelsgesellschaften*.

a) Körperschaften und Anstalten (Art. 52 Abs. 1 ZGB)

- 67 Als **Körperschaft** bezeichnet man eine Organisation, bei welcher die Mitglieder (ein "Körper" von Einzelwesen) im Zentrum stehen. Körperschaften sind demokratisch organisierte juristische Personen.
- 68 Bei den **Anstalten** steht dagegen ein Vermögen oder ein Betrieb im Mittelpunkt. Auch in der Anstalt gibt es Menschen, aber nicht als Stimmvolk, sondern als Verwalter, als Benützer oder als Begünstigte des Anstaltsbetriebs. Anstalten werden monokratisch "von oben" regiert, während Körperschaften demokratisch "von unten" regiert werden.
- 69 Die Eidgenossenschaft, die Kantone und die Gemeinden sind öffentlichrechtliche *Körperschaften*, Schweizerische Post, SUVA und ETH Zürich und die Basler Verkehrsbetriebe sind öffentlichrechtliche *Anstalten* (die ersten drei sind juristische Personen des öffentlichen Rechtes des Bundes; die Basler Verkehrsbetriebe sind eine juri-

⁶ Es ist empfehlenswert, sich die GmbH als die Zwischenform einzuprägen, die zwischen der personenbezogenen Kollektivgesellschaft und der kapitalbezogenen Aktiengesellschaft in der Mitte steht. Das OR behandelt GmbH und AG leider in umgekehrter Reihenfolge. Das verwischt den Zusammenhang.

stische Person des öffentlichen Rechts des Kantons Basel-Stadt; auch die Kantone können aus ihrem eigenen öffentlichen Recht heraus juristische Personen schaffen).

- 70 Die Begriffe der Körperschaft und der Anstalt werden auch im Privatrecht verwendet (vgl. Art. 52 Abs. 1 ZGB): Der Verein (Art. 60-79 ZGB), die Aktiengesellschaft (Art. 620-763 OR), die GmbH (Art. 772-827 OR) und die Genossenschaft (Art. 828-926 OR) sind Körperschaften. Die Stiftung (Art. 80-89bis ZGB) ist die einzige juristische Person des schweizerischen Privatrechts, die unter den Begriff der Anstalt fällt.

b) Juristische Personen des öffentlichen Rechts (Art. 59 Abs. 1 ZGB)

- 71 Für die öffentlichrechtlichen juristischen Personen, insbesondere für die Eidgenossenschaft, die Kantone und die Gemeinden, gelten gemäss Art. 59 Abs. 1 ZGB nicht die Bestimmungen von ZGB und OR, sondern
- das öffentliche Recht des Bundes (für die bundesrechtlichen juristischen Personen) und
 - dasjenige der Kantone (für die kantonrechtlichen juristischen Personen).
- 72 Öffentlichrechtliche Körperschaften und Anstalten nehmen im Gegensatz zu den privatrechtlich organisierten juristischen Personen an der staatlichen Hoheitssphäre teil. Sie verfolgen einen im öffentlichen Interesse liegenden Zweck und erfüllen öffentliche Aufgaben, die ihnen das Gemeinwesen übertragen hat. Sie sind Trägerinnen öffentlicher Gewalt und üben öffentliche Befugnisse aus.
- 73 Aus diesem Grund bedarf ihre Errichtung stets einer gesetzlichen Grundlage, wobei der Gesetzgeber je nach den Umständen die Einzelheiten der Ausgestaltung auf dem Delegationsweg an die Verwaltung übertragen kann⁷.
- 74 Als Hilfskriterien zur Bestimmung des öffentlichrechtlichen Charakters einer juristischen Person können in Betracht gezogen werden: Die Gründung durch Gesetz und nicht durch Rechtsgeschäft, die Anerkennung durch eine staatliche Behörde, die an bestimmte Voraussetzungen und nicht an eine Willensäußerung gebundene Mitgliedschaft sowie die Rechtsnatur ihrer Anordnungen.
- 75 Wichtigste **juristische Person des öffentlichen Rechts** ist "der Staat". Allerdings ist der Staat nicht eine einzige juristische Person. Das im Singular verwendete Wort "Staat" ist vielmehr ein Sammelbegriff, der eine Vielzahl verschiedener juristischer Personen umfasst. Im gleichen vereinfachenden Singular spricht man auch vom Gemeinwesen oder von der öffentlichen Hand.
- 76 Spricht man in den Aussenbeziehungen eines Landes oder im völkerrechtlichen Sinne von Staaten, so ist der schweizerische Staat allerdings eine einzige juristische Person: die schweizerische Eidgenossenschaft. Spricht man von Innenbeziehungen, so bedeutet "Staat" die Summe von Eidgenossenschaft, Kantonen, Gemeinden⁸ und einer Vielzahl anderer öffentlichrechtlicher juristischer Personen wie SBB, PTT, BVB etc.

⁷ Vgl. BGE 104 Ia 440-448 (447) i.S. Studentenschaft Zürich.

⁸ Es gibt verschiedene Gemeindetypen. Wichtigster Typ ist die Einwohnergemeinde, die alle in einem bestimmten Gebiet wohnhaften Schweizerbürger umfasst. Das schweizerische Staatsgebiet wird flächendeckend von Kantonen, die Kantonsgebiete flächendeckend von den ca. 3000 Einwohnergemeinden bedeckt. - Andere Gemeinden, die nicht flächendeckend das ganze Staatsgebiet überdecken und sogar über Kantonsgrenzen hinausreichen oder ohne geographisch definiertes Gemeindegebiet als blosse Personalgemeinden bestehen können, sind Bürgergemeinden, Schulgemeinden, Kirchengemeinden.

- 77 Die Aufteilung der Staatsgewalt in eine Vielzahl von juristischen Personen ist historisch begründet. Sie hat den demokratisch erwünschten Effekt, dass der Staat dem Bürger nicht als übermächtiger Monolith gegenübertritt, sondern als ein pluralistisches, konsensbedürftiges Wesen. Dies fördert die Freiheit des Bürgers, hemmt aber zugleich die Effizienz der Staatstätigkeit.
- 78 Für den Aussenstehenden, der mit dem Staat zu tun hat, ist es oft nicht leicht, zu erkennen, ob die ihm unmittelbar gegenüberstehende Behörde eine selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts vertritt, oder ob sie bloss untergeordnete Dienstabteilung einer grösseren Organisation ist. Im täglichen Geschäftsverkehr ist das in der Regel ohne Belang, indem jedermann mit den staatlichen Stellen an den Adressen und unter den Bezeichnungen verkehrt, die auf den Briefköpfen ersichtlich sind. Muss aber eine Betreibung eingeleitet oder ein Prozess vor Gericht geführt werden, dann muss der Rechtsträger, gegen den man vorgehen will, exakt benannt werden. So kann man beispielsweise nicht gegen das Universitätsspital Basel Klage führen, weil das Spital eine bloss Dienstabteilung des Kantons Basel-Stadt ist. Stattdessen muss die Klage gegen den Kanton gerichtet werden.

3. Geschichtliche Wurzeln des Begriffs der juristischen Person; Regelung des ZGB

- 79 Vor der Kodifikation stellte sich für die Rechtswissenschaft die Frage, wie die juristischen Personen zu deuten seien. Im 19. Jahrhundert standen sich zwei Theorien gegenüber, die Fiktionstheorie und die Realitätstheorie.
- 80 In der **Fiktionstheorie** wurde die juristische Person als eine Fiktion der Rechtsordnung verstanden, der ausschliesslich im Bereiche der Vermögensrechte die Rechtsfähigkeit zustand. Als fingierte Trägerin von Vermögensrechten konnte die juristische Person weder den Persönlichkeitsschutz geniessen noch unerlaubte Handlungen begehen. Die für die juristische Person handelnden Personen waren, wie Vormünder oder Bevollmächtigte, bloss Stellvertreter und standen ausserhalb der juristischen Person.
- 81 In der **Realitätstheorie** wurde die juristische Person als etwas Reales, Wirkliches verstanden, dem sowohl der Persönlichkeitsschutz als auch die Deliktsfähigkeit zukam. Die für die juristische Person handelnden Personen waren, wie Hände und Mund des Menschen, "Organe", und damit Teil der juristischen Person.
- 82 Das heutige schweizerische Privatrecht steht auf dem Boden der Realitätstheorie: Juristische Personen geniessen den Persönlichkeitsschutz, soweit dieser nicht an den körperlichen und seelischen Eigenschaften des Menschen anknüpft, und sie sind zivilrechtlich deliktsfähig.
- 83 Das Strafgesetzbuch ist hingegen primär auf natürliche Personen anwendbar (Ausnahmen: Art. 100quater und 100quinquies, Art. 172, 323-325 StGB). Im Verwaltungsstrafrecht sind juristische Personen schuldfähig. Als Strafen kommen lediglich Geldbussen sowie allenfalls Berufs- und andere Verbote, nicht dagegen Freiheitsstrafen, in Frage.
- 84 Der Theorienstreit ist aufgrund der gesetzlichen Regelung bedeutungslos geworden. Wozu die juristischen Personen in der Schweiz fähig und unfähig sind, ist seit dem Inkrafttreten von OR und ZGB aus dem Gesetz, nicht aus einer Theorie abzuleiten.

4. Beginn der juristischen Person (Erlangung der Rechtspersönlichkeit)

- 85 Drei Typen von juristischen Personen erlangen die Rechtspersönlichkeit durch blossen privaten Akt: Der *Verein* (Art. 60 ZGB), die *kirchliche Stiftung* und die *Familienstiftung* (Art. 52 Abs. 2 ZGB).
- 86 Alle übrigen juristischen Personen des Bundesprivatrechts⁹ erlangen die Rechtspersönlichkeit durch einen privaten Gründungsakt *und den anschliessenden Handelsregistereintrag*. Der Handelsregistereintrag ist konstitutiv¹⁰.
- 87 Der private Gründungsakt ist bei den verschiedenen Typen verschieden geregelt. Bei der **Stiftung** besteht er in einer testamentarischen Erklärung oder in einer lebzeitigen, notariell beurkundeten, einseitigen Erklärung des Stifters (Art. 81 Abs. 1 ZGB). Bei der **AG** und **GmbH** besteht der Gründungsakt in einer notariell protokollierten Gründungsversammlung (Art. 629 und 777 OR), bei welcher namentlich die Einzahlung des Gesellschaftskapitals auf ein Sperrkonto der in Gründung befindlichen Gesellschaft überprüft und festgestellt wird; ferner werden die Statuten beschlossen und die Organe gewählt. Bei der **Genossenschaft** findet ebenfalls eine Gründungsversammlung statt (Art. 834 OR), allerdings ohne Notar und ohne Kapitalnachweis, weil die Genossenschaft kein Mindestkapital zu haben braucht.
- 88 Die Stiftungserklärung oder das Protokoll der Gründungsversammlung wird zusammen mit einer Handelsregisteranmeldung (einem zu unterzeichnenden Formulartext) beim Handelsregisteramt jenes Handelsregisterkreises, in welchem die neu gegründete juristische Person ihren Sitz haben wird, eingereicht ("angemeldet"). In jenem Augenblick, in welchem die korrekt erstellten und vollständigen Anmeldeakten dem Handelsregisterbeamten übergeben werden bzw. (während der Geschäftszeit) in den Briefkasten des Handelsregisteramtes fallen, beginnt die juristische Person zu existieren.

5. Ende der juristischen Person: Aufhebung oder Auflösung, Liquidation, Erlöschen

- 89 Die *Existenz* juristischer Personen *endigt* in der Regel *in drei Schritten*:
1. Aufhebung (auch Auflösung genannt) -> Eintritt in die Liquidationsphase;
 2. Liquidation des Vermögens und Verteilung eines allfälligen Überschusses an die Berechtigten;
 3. Erlöschen -> Ende der Rechtsfähigkeit.
- 90 Die **Aufhebung** (Auflösung) erfolgt entweder auf rechtsgeschäftlichem Weg, nämlich durch einen Auflösungsbeschluss der Vereins- oder Generalversammlung¹¹, oder durch Eröffnung des Konkurses. In seltenen Fällen klagen Unzufriedene vor Gericht

⁹ Die juristischen Personen des kantonalen Privatrechts, d.h. die Allmendgenossenschaften und ähnliche Korporationen, können ohne Handelsregistereintrag entstehen.

¹⁰ Zum Begriff des konstitutiven Handelsregistereintrags vgl. Ziff. 16. - Juristische Personen des öffentlichen Rechts entstehen durch Gesetz. Falls sie im Handelsregister eingetragen werden, ist der Eintrag nicht konstitutiv.

¹¹ Verein: Art. 76 ZGB; AG: Art. 736 Ziff. 1 und 2 OR; Kommandit-AG: Art. 770 Abs. 2 OR; GmbH: Art. 821 Ziff. 2 OR; Genossenschaft: Art. 911 Ziff. 2 OR.

gegen eine juristische Person auf deren Auflösung; dann kann das Gericht die Auflösung verfügen¹². Stiftungen werden immer durch behördlichen Akt aufgehoben.

- 91 Ist die juristische Person in einer der hievor beschriebenen Weisen aufgehoben worden, so tritt sie ins **Liquidationsstadium**. Während dieses Stadiums behält sie die juristische Persönlichkeit. Der statutarische Zweck der juristischen Person wird durch deren Aufhebung hinfällig. Während des Liquidationsstadiums ist der Stiftungs- oder Gesellschaftszweck nur noch die Liquidation, d.h. die Veräusserung der Aktiven und die Tilgung der Passiven sowie die Auszahlung eines allfälligen Liquidationsbetrages an die Berechtigten.
- 92 Die Übertragung von Vermögensstücken und Geld seitens der in Liquidation befindlichen juristischen Person an die Berechtigten erfolgt auf dem Wege der Singularsukzession, d.h. durch Besitzübertragung, Forderungsabtretung etc. - Es ist also nicht so, dass die Aktionäre mit der Aufhebung der AG automatisch zu Eigentümern der Gesellschaftsaktiven werden.
- 93 Ausser im Falle des Konkurses, wo das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zur Anwendung gelangt, erfolgt die Liquidation im Wesentlichen nach den Vorschriften, die für die AG gelten (Art. 739-745 OR), ergänzt durch die genossenschaftlichen Liquidationsvorschriften (Art. 913 Abs. 2-5 OR)¹³.
- 94 Die allgemein gültigen Regeln für das Liquidationsverfahren bei juristischen Personen lassen sich folgendermassen zusammenfassen: Zuständig für die Liquidation ist das oberste Exekutivorgan der juristischen Person (bei der Stiftung der Stiftungsrat, beim Verein der Vorstand, bei der Aktiengesellschaft der Verwaltungsrat etc.). Im Aufhebungsbeschluss kann die Liquidation allerdings auch anderen Personen, insbesondere ausserstehenden Personen (beispielsweise einer für die Liquidation besonders kompetenten Treuhandgesellschaft) übertragen werden (Art. 740 Abs. 1 OR).
- 95 Bei der Übernahme ihres Amtes haben die Liquidatoren zunächst eine Bilanz zu erstellen und einen Schuldenruf zu erlassen (Art. 742 OR). Der Schuldenruf ist die schriftliche Aufforderung an die Gläubiger der juristischen Person, ihre Forderungen geltend zu machen. Auch Gläubiger, deren Forderungen unbestritten sind, müssen diese nochmals ausdrücklich "anmelden" (Art. 742 Abs. 2 OR), d.h. sie müssen ihren Willen äussern, dass sie an der Forderung festhalten und deren Tilgung begehren¹⁴.
- 96 Seinen wichtigsten Zweck erfüllt der Schuldenruf gegenüber jenen Gläubigerinnen, deren Forderungen in den Geschäftsbüchern der juristischen Person nicht oder nicht korrekt vermerkt sind. Um auch solche Gläubigerinnen zu erreichen, muss der Schuldenruf nicht nur durch privaten Brief, sondern zugleich auch im Schweizerischen Handelsamtsblatt und überdies in der von den Statuten vorgesehenen Form publiziert werden. Institutionelle Gläubigerinnen (Banken) pflegen die im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publizierten Schuldenrufe regelmässig zu kontrollieren und

¹² Z.B. bei der AG gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR; GmbH: Art. 821 Ziff. 3 OR.

¹³ Wer nach der gesetzlichen Grundlage fragt, fühlt sich an der Nase herum geführt: in Art. 58 ZGB verweist der Gesetzgeber für das Liquidationsverfahren bei allen juristischen Personen auf die genossenschaftlichen Vorschriften. Blättert man im Genossenschaftsrecht nach, so stösst man auf Art. 913 OR, welcher für das Liquidationsverfahren auf die aktienrechtlichen Vorschriften weiterverweist.

¹⁴ Bei einer nicht im Liquidationsstadium befindlichen juristischen Person werden die unbestrittenen Forderungen ohne weiteres getilgt, d.h. offene Rechnungen bezahlt, ohne dass die Gläubigerin nötig hätte, irgendetwas "anzumelden".

zu überprüfen, ob ein Anlass zur Forderungsanmeldung gegeben ist. Private Gläubigerinnen haben für solches keine Zeit und übersehen die Schuldenrufe in der Regel.

- 97 Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte der juristischen Person zu beenden, die ausstehenden Aktiven einzuziehen und zu verwerten und die Verpflichtungen der juristischen Person zu erfüllen (Art. 743 Abs. 1 OR). Wenn ein Vermögensüberschuss besteht, können einzelne Aktiven auch direkt an Berechtigte (z.B. an Aktionäre) übereignet werden, im Sinne einer Naturaldividende. Solches ist namentlich bei kleinen Aktiengesellschaften, insbesondere bei Einpersonen-Gesellschaften üblich, bei welchen der Aktionär die von ihm besonders geschätzten Gesellschaftsaktiven von der Gesellschaft übernimmt, ohne dass die Aktiven an Dritte veräussert werden müssten.
- 98 Verbleibt nach der Tilgung sämtlicher Schulden und nach der Rückzahlung allfälliger Gesellschaftsanteile ein Vermögensüberschuss, so wird dieser nach den entsprechenden Bestimmungen der Statuten oder der Stiftungsurkunde an die Berechtigten verteilt. Dies sind bei der Stiftung in der Regel die Destinatäre, bei der Aktiengesellschaft die Aktionäre, bei der Genossenschaft die Genossenschafter, beim Verein die Vereinsmitglieder. Bei jenen juristischen Personen, die wegen statutarisch deklariertes Gemeinnützigkeit steuerbefreit waren, ist die Überführung des Liquidationsüberschusses an die Mitglieder in der Regel nicht tunlich, weil hiedurch hinterher die gemeinnützige Zweckbestimmung des Vermögens in Frage gestellt und dadurch die Steuerbefreiung der juristischen Person rückwirkend dahinfällt. Die Steuerbefreiung wird in neuerer Zeit nur noch solchen juristischen Personen gewährt, die in ihren Statuten ausdrücklich festhalten, dass der Vermögensüberschuss, der im Liquidationsfall verbleibt, ausschliesslich zu gemeinnützigen Zwecken verwendet werden darf. Solche Klauseln finden sich namentlich in den Statuten gemeinnütziger Stiftungen und in den Statuten von Personalvorsorgestiftungen (Pensionskassen).
- 99 Wird eine juristische Person wegen anfänglicher oder später eingetretener Unsittlichkeit oder Widerrechtlichkeit aufgehoben, dann fällt der Vermögensüberschuss an den Staat (Art. 57 Abs. 3 ZGB).

6. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der juristischen Personen

- 100 Gemäss Art. 53 ZGB sind die juristischen Personen aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben.
- 101 Demgemäss geniesst die juristische Person Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 und 27 ZGB bezüglich ihrer geschäftlichen und beruflichen Ehre, ihrer sozialen Geltung, Wahrung der Geheim- und Privatsphäre, Schutz des Namens oder der Firma. Dagegen fällt der Persönlichkeitsschutz ausser Betracht bezüglich der physischen Integrität, des Umgangs mit dem menschlichen Körper, der psychischen Integrität, der Gestaltung der Beziehungen zu nahen Angehörigen, des Rechtes am eigenen Bild und an der eigenen Stimme.
- 102 Im Bereiche der Vermögensrechte sind die juristischen Personen uneingeschränkt rechtsfähig. Sie können Trägerinnen von Vermögensrechten, von Forderungsrechten, von Sachenrechten und Immaterialgüterrechten sein. Es kommt ihnen auch der Besitz gemäss Art. 919 ff. ZGB zu¹⁵.

¹⁵ Vgl. BGE 81 II 343.

- 103 Da juristische Personen nicht sterben, können sie nicht Erblasserinnen sein, ihr Vermögen also nicht vererben. Hingegen können sie Erbinnen sein, Erbschaften erwerben und ausschlagen.
- 104 Im zivilrechtlichen Bereich kommt der juristischen Person, wie vorn, Ziff. 82, erwähnt, die volle Deliktsfähigkeit zu. Dies ergibt sich aus Art. 55 Abs. 2 ZGB, wo festgehalten ist, dass die Organe der juristischen Person diese nicht nur durch den Abschluss von Rechtsgeschäften, sondern *auch durch ihr sonstiges Verhalten* (womit unerlaubte Handlungen und die Schaffung von Bereicherungstatbeständen gemeint sind) verpflichtet.
- 105 Zur strafrechtlichen Haftung juristischer Personen vgl. vorn, Ziff. 83.
- 106 Die **Handlungsfähigkeit** ist bei juristischen Personen immer dann gegeben, wenn die nach Gesetz und Statuten unentbehrlichen Organe bestellt sind (Art. 54 ZGB). Die bei den natürlichen Personen geltenden Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit und Volljährigkeit sind bei den juristischen Personen nicht massgeblich.

7. Interne Willensbildung und externes Handeln der juristischen Personen

- 107 Bei den juristischen Personen ist zu unterscheiden zwischen der internen Willensbildung und dem externen Handeln im Umgang mit anderen Personen. Ähnlich wie staatliche Körperschaften, die nach dem Prinzip der Gewaltenteilung strukturiert sind, haben die meisten juristischen Personen des Privatrechts ein *statutengebendes und wählendes Organ* ("Legislative"), das nur an der internen Willensbildung beteiligt ist. Ferner haben sie mindestens *ein* ausführendes Organ (Exekutive), das sowohl intern Willen bildet als auch namens der juristischen Person nach aussen handelt, schliesslich ein Kontrollorgan, nämlich die Revisionsstelle¹⁶.
- 108 Das statutengebende und wählende Organ heisst beim Verein *Vereinsversammlung*¹⁷, bei der AG *Generalversammlung* (vgl. Überschrift vor Art. 698 OR), bei der Kommandit-AG *Generalversammlung* (Art. 766 OR), bei der GmbH *Gesellschafterversammlung* (Art. 808 OR) und bei der Genossenschaft *Generalversammlung* (Art. 879 OR).
- 109 Dieses Willensbildungsorgan besteht nicht einfach aus der Gesamtheit der jeweiligen Mitglieder oder Gesellschafter, sondern aus den *formgerecht zu einer Versammlung zusammengerufenen und an dieser Versammlung anwesenden Mitgliedern oder Gesellschaftern*. Schlagwortartig verkürzt kann gesagt werden: Organ sind nicht die Mitglieder, sondern die *formgerecht versammelten Mitglieder*. Ausserhalb solcher Versammlungen kann das betreffende Organ weder Mitteilungen empfangen noch einen Willen bilden; es ruht. Das oberste Gesellschaftsorgan fungiert also nur punktuell, in der Regel ein einziges Mal pro Jahr während einiger Stunden. Auch wenn die Gesamtheit aller Mitglieder oder Gesellschafter zufälligerweise in einem Raume versammelt sind, bilden sie keine Gesellschafterversammlung und üben keine Organfunktion aus, solange sie sich nicht formgerecht als Versammlung konstituiert, d.h. den Beschluss, als Gesellschafterversammlung zu tagen, gefasst haben.

¹⁶ Der ehemals gebräuchliche Begriff der Kontrollstelle ist seit 2008 aus der gesetzlichen Terminologie von ZGB und OR vollständig eliminiert.

¹⁷ So die Überschrift bei Art. 64 ZGB; in den meisten Vereinsstatuten wird statt dessen von der Mitgliederversammlung gesprochen.

- 110 Anders verhält es sich diesbezüglich mit den Exekutiv- und Kontrollorganen. Sie sind permanent in Funktion.
- 111 Das **oberste Exekutivorgan** heisst
- beim Verein: *Vorstand* (Art. 69 ZGB);
 - bei der Stiftung: (meist) *Stiftungsrat*;
 - bei der AG: *Verwaltungsrat* (Überschrift vor Art. 707 OR);
 - bei der Kommandit-AG: *Verwaltung* (Art. 765 OR);
 - bei der GmbH: *Geschäftsführung* (Art. 809 OR);
 - bei der Genossenschaft: *Verwaltung* (Art. 894 OR).
- 112 Das oberste Exekutivorgan wird durch das zuvor beschriebene Wahlorgan gewählt. Eine Ausnahme macht die Stiftung, bei der es in der Regel kein Wahlorgan gibt, weil die Stiftung keine Mitglieder hat. Stiftungsratsmitglieder pflegen sich entweder durch Kooptation¹⁸ zu ergänzen, oder sie werden durch Dritte bestimmt, etwa durch die Arbeitgeberfirma, oder sie werden durch ein Wahlorgan gewählt, so beispielsweise die Arbeitnehmervertreter im Stiftungsrat der Personalvorsorgestiftung durch eine eigens für das Wahlgeschäft einberufene Arbeitnehmerversammlung.

8. Revisionsstelle

- 113 Eine Revisionsstelle ist gemäss Art. 727 OR vorgeschrieben für alle Gesellschaften des Bundesprivatrechts, die an der Börse kotiert sind, ferner für die nicht-kotierten, sofern sie wirtschaftlich bedeutend sind, d.h. zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten:
- a. Bilanzsumme von 10 Millionen Franken,
 - b. Umsatzerlös von 20 Millionen Franken,
 - c. 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt;
- (Diese drei Zahlen 10/20/50 werden ab 1.01.2012 erhöht auf 20/40/250; vgl. Änderung von 17.06.2011, BBl 2011 S. 4843).
- 114 Stiftungen sind revisionspflichtig, wenn die Bilanzsumme CHF 200'000 übersteigt.
- 115 Auf freiwilliger Basis können Revisionsstellen auch von Rechtsträgern bestellt werden, die dazu nicht verpflichtet sind.
- 116 Das Gesetz unterteilt die Rechtsträger bezüglich der Revisionspflicht in drei Kategorien.
1. Börsenkotierte Publikumsgesellschaften, wirtschaftlich bedeutende Gesellschaften (vgl. hievon die Schwellenwerte "10, 20, 50") sowie Gesellschaften mit Pflicht zur Konzernrechnung müssen jährlich eine *ordentliche Revision* machen lassen (Art. 727 OR). Dabei müssen die börsenkotierten Publikumsgesellschaften als Revisi-

¹⁸ Vom lateinischen *cooptare* = "gemeinsam wählen"; Kooptation ist die Wahl neuer Mitglieder eines Gremiums durch dieses Gremium selbst. Kooptation begünstigt Klügelwirtschaft. Sie ist als Wahlverfahren für das oberste Exekutivorgan nur im Falle der Stiftung zulässig. Aber auch bei grösseren Vereinen und Aktiengesellschaften ist zumindest die *faktische Kooptation* die Regel, indem das Wahlorgan (Vereinsversammlung, Generalversammlung) bei Wahlgeschäften den Anträgen der amtierenden Exekutive zu folgen pflegt.

onsstelle ein *staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen* beziehen. Die anderen beiden Gesellschaftstypen müssen die Revision einem *zugelassenen Revisionsexperten* anvertrauen.

2. KMUs sind verpflichtet zu einer *eingeschränkten Revision* (Art. 727a OR). Das ist ein einfacheres und billigeres Verfahren als die ordentliche Revision. Die Arbeit kann einem *zugelassenen Revisor* anvertraut werden.
3. Kleine Gesellschaften, d.h. solche mit maximal 10 Vollzeitstellen, können auf die Revision gänzlich verzichten (Art. 727a Abs. 2 OR)¹⁹.

9. Definition des Organs

- 117 Organ heisst jede Person und Personengruppe, die *effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Willens der juristischen Person teilhat*²⁰. Massgebendes Kriterium bildet der *Grad selbständiger Entscheidungsbefugnis in einem wesentlichen Aufgabebereich der juristischen Person*. Personen und Personengruppen müssen immer dann als Organe für die ihrem augenscheinlichen Geschäftsbereich entspringenden Willensakte anerkannt werden, wenn aus ihrer Funktion in der betrieblichen Hierarchie und aus ihrer äusseren Stellung auf den Kreis derjenigen geschlossen werden darf, die an der Verantwortung für die juristische Person beteiligt sind.
- 118 Die soeben gegebene Definition trifft in erster Linie zu auf die **statutarischen Organe**, d.h. jene Gremien innerhalb juristischer Personen, die in den Statuten ausdrücklich als Organe bezeichnet sind²¹.
- 119 Die Definition trifft in zweiter Linie zu für die **weiteren im Handelsregister eingetragenen Organe**, so namentlich für die (in den Statuten nicht erwähnte) Direktion oder Geschäftsführung von Aktiengesellschaften.
- 120 Zusätzlich zu den statutarischen und den weiteren, im Handelsregister eingetragenen Organen kommt die Organqualität in dritter Linie auch allen jenen Personen zu, die auf andere Weise an der Willensbildung der juristischen Person entscheidenden Anteil haben. In diesem Falle spricht man von **faktischen Organen**. So hat das Bundesgericht, unabhängig von der Bezeichnung durch die Statuten, dem Sekretär einer

¹⁹ Der Verzicht auf die Revision gemäss Art. 727a Abs. 2 OR wird zuweilen als "*opting out*" bezeichnet. Die Einzelheiten bezüglich der drei Typen von Revisionsverfahren - ordentliche Revision, eingeschränkte Revision, Verzicht auf die Revision - sowie bezüglich der drei Typen von Revisoren - staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen, zugelassene Revisionsexperten und zugelassene Revisoren - können im OR nachgelesen werden. Sie bilden nicht Prüfungsgegenstand.

²⁰ Vgl. BGE 101 Ib 435, 96 I 479, 87 II 187.

²¹ So findet sich in den meisten AG-Statuten ein Artikel mit folgendem Wortlaut: "*Organe der Gesellschaft sind: 1. Die Generalversammlung, 2. der Verwaltungsrat, 3. die Revisionsstelle.*" - Die in allen grösseren Aktiengesellschaften vorhandene Direktion, die dem Verwaltungsrat hierarchisch untergeordnet ist, hat ebenfalls Organqualität, darf aber in den Statuten nicht als Organ aufgeführt werden, weil die Bestellung einer Direktion zu den unentziehbaren Organisationskompetenzen des Verwaltungsrates (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR) gehört. Es steht den Aktionären nicht zu, in den von ihnen erlassenen Statuten dem Verwaltungsrat vorzuschreiben, ob er eine Direktion einsetzt oder nicht. Zulässig wäre höchstens eine Statutenbestimmung mit dem Wortlaut: "*Der Verwaltungsrat kann eine Direktion einsetzen*". Diese Kompetenz des Verwaltungsrates ergibt sich aber unmittelbar aus dem Gesetz, so dass auf deren Erwähnung in den meisten AG-Statuten verzichtet wird.

Genossenschaft²², dem verantwortlichen Zeitungsredaktor²³ und dem leitenden und überwachenden Ingenieur eines Baukonsortiums²⁴ die Organstellung zuerkannt²⁵.

- 121 In der Praxis wird davon ausgegangen, dass bei den im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen alle Hierarchiestufen vom Vizedirektor aufwärts (Vizedirektoren, Direktoren, Verwaltungsräte) Organqualität haben, wogegen die tieferen Hierarchiestufen, nämlich die Prokuristen (Art. 458 OR) und die (im Handelsregister nicht eintragungsfähigen) Handlungsbevollmächtigten (Art. 462 OR) sowie alle nichtzeichnungsberechtigten Angestellten keine Organqualität haben.
- 122 Auch "*stille Verwaltungsräte*", d.h. Personen, die regelmässig an den Verwaltungsratssitzungen teilnehmen und durch ihre Voten auf die Beschlussfassung Einfluss nehmen, ohne von der Gesellschafterversammlung in den Verwaltungsrat gewählt worden zu sein, haben Organqualität, wenn ihr Einfluss entscheidend war. Das gleiche gilt für Allein- oder Mehrheitsaktionäre, insbesondere für Muttergesellschaften von hundertprozentig beherrschten Tochtergesellschaften, wenn sie die Geschicke der beherrschten Gesellschaft entscheidend beeinflussen. Bei Einpersonen-Gesellschaften und bei den beherrschten Tochtergesellschaften in Konzernen besteht demgemäss die Organhaftung des beherrschenden Aktionärs oder der beherrschenden Muttergesellschaft praktisch immer. Fällt die Tochtergesellschaft in Konkurs und kommen deren Gläubiger zu Verlust, so ist fast immer eine Haftung der Obergesellschaft aus faktischer Organschaft gegeben, entweder weil sie die konkursite Tochtergesellschaft in rechtswidriger Weise ausgeplündert hat oder weil sie den Konkurs zu spät angemeldet und durch diese Verspätung den Gläubigern Schaden verursacht hat.

10. Vertretungsbefugnis im Rechtsverkehr, insbesondere die kaufmännische Vertretung

- 123 Juristische Personen werden in der Regel durch ihre Organe und weiteren Zeichnungsberechtigten in der Form der *kaufmännischen Vertretung* vertreten. Die kaufmännische Vertretungsbefugnis ergibt sich für die meisten Zeichnungsberechtigten aus dem Handelsregister. Verwaltungsräte, Geschäftsführer, Direktoren, Vizedirektoren und Prokuristen²⁶ und sollen mit ihren Namen und mit der Art ihrer Zeichnungsbefugnis im Handelsregister eingetragen werden.
- 124 Eine weitere, im Handelsregister aber nicht eintragungsfähige Form der kaufmännischen Vertretung ist die in Art. 462 OR geregelte Handlungsvollmacht. Solche *Handlungsbevollmächtigte* müssen als die kaufmännischen Vertreter des untersten Ranges gelten²⁷.
- 125 Die als Organe oder Zeichnungsberechtigte zur Vertretung der juristischen Person befugten natürlichen Personen sind ermächtigt, namens und auf Rechnung der juristischen Person alle Rechtshandlungen vorzunehmen, *die deren Zweck mit sich bringen*

²² Vgl. BGE 68 II 289.

²³ Vgl. BGE 72 II 65f.

²⁴ Vgl. BGE 87 II 188.

²⁵ Bei solchen Gerichtsfällen geht es regelmässig nicht darum, die betreffende Person zu ehren, sondern darum, sie gemäss den Vorschriften über die Organhaftung, insbesondere Art. 754 ff. OR, für einen Schaden haftbar zu machen und zu Geldzahlungen zu verurteilen.

²⁶ Prokuristen stellen ihrer Unterschrift im kaufmännischen Verkehr die Buchstaben *pp* oder *ppa* (Abkürzung von "*per procura*") voran.

²⁷ Handlungsbevollmächtigte stellen ihrer Unterschrift im kaufmännischen Verkehr die Buchstaben *i.V.* (in Vertretung) oder *i.A.* (im Auftrag) voran. Beide Varianten sind gleichbedeutend.

*kann*²⁸. Eine intern beschlossene Beschränkung der Vertretungsbefugnis einzelner Organmitglieder kann gutgläubigen Dritten nicht entgegen gehalten werden.

- 126 Mit dem Wort "*kann*" ist der Kreis der rechtswirksam möglichen Rechtsgeschäfte weit gezogen. Bedenkt man beispielsweise den Zweck eines Alpenclubs, so "*kann*" dieser nicht nur Dinge wie die Miete des Vereinslokals, den Bau von Berghütten, die Einholung ökologischer und geologischer Gutachten sowie den Kauf von Seilen und Kletterausrüstungen mit sich bringen, sondern wohl auch den Kauf eines Autos (für Vereinsanlässe), einer Computeranlage (für das Sekretariat) und äusserstenfalls vielleicht sogar den Kauf der theologischen Werke von Karl Barth (als Lesestoff für Hüttenbesucher an Regensonntagen). Erst wenn der Vertragsgegenstand in den Augen Dritter ganz offensichtlich mit dem Zweck der juristischen Person nichts zu tun haben kann, tritt Unwirksamkeit des Geschäftes im Verhältnis zur juristischen Person ein - etwa bei der Bestellung von Juwelen in grossem Stil für einen Alpenclub. Dabei ist Dritten in der Regel nicht zuzumuten, die Vereinsstatuten und die dort vorhandene Zweckklausel zu konsultieren. Was nach aussen zählt, ist der Name der juristischen Person: Ein *Alpenclub* braucht offensichtlich keine teuren Juwelen, ein *Automobilclub* braucht offensichtlich keinen Bettenbelegungsvertrag mit einer Spitalabteilung für Geburtshilfe, eine *Coiffeursalon Figaro GmbH* braucht keine Gesamtausgabe des Berner Kommentars zum ZGB.
- 127 Schliesst ein Organ Rechtsgeschäfte in Bereichen ab, die ausserhalb des statutarischen Zweckes liegen und die aus diesem Grunde die juristische Person nicht binden, so spricht man von einem Handeln "*ultra vires*" (wörtlich aus dem Lateinischen übersetzt: "jenseits der Kräfte", gemeint: "jenseits der rechtlichen Vertretungsmacht").
- 128 Bei den im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen ist die auf dem Firmenblatt eingetragene und im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierte Formulierung der Zweckklausel massgebend für die Abgrenzung jener Rechtshandlungen, die die Vertretungsbefugten mit Wirkung für die juristische Person vornehmen können. Eine davon abweichende Formulierung in den Statuten kann gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden.
- 129 Der Rechtsverkehr mit juristischen Personen erfolgt fast immer ohne Einsichtnahme in das Handelsregister und in das Schweizerische Handelsamtsblatt. Wer bei einer Bank Geld einbezahlt und sich von der Person am Schalter eine Quittung geben lässt, prüft in der Regel nicht im Handelsregister nach, ob diese Person unterschriftsberechtigt ist und ob ihre Unterschrift mit dem beim Handelsregister deponierten Unterschriftsmuster übereinstimmt. Der Bankkunde darf sich auf den äusseren Anschein verlassen und tut es regelmässig. Es ist Sache der Bank, falschen Anschein²⁹ zu vermeiden; unterlässt sie dies, so trägt *sie*, nicht der Kunde, die allfälligen negativen Konsequenzen. Da die lückenlose Überprüfung der tatsächlichen Vertretungsbefugnisse durch Einsichtnahme ins Handelsregister nicht üblich und auch gar nicht möglich ist, müssen sich die juristischen Personen auch dann bei den Anscheinsvollmachten behaften las-

²⁸ Vgl. diese Formulierung in Art. 459 Abs. 1 OR (für die Prokura), Art. 564 Abs. 1 OR (für die Kollektivgesellschaft), Art. 718a Abs. 1 OR (für die AG und, kraft Verweises in Art. 814 Abs. 4 OR, für die GmbH) und Art. 899 Abs. 1 OR (für die Genossenschaft).

²⁹ Auf den Tatbestand des falschen Anscheins passen die beiden Betriffe der Duldungsvollmacht und der Anscheinsvollmacht. Bei der *Duldungsvollmacht* hat der Prinzipal keinen Willen zur Vollmachtserteilung, weiss und duldet aber, dass sich ein anderer als sein Vertreter ausgibt. Bei der *Anscheinsvollmacht* hat der Prinzipal weder den Willen noch die Kenntnis vom Auftreten des anderen; aber die Umstände schaffen bei Dritten den Anschein der Bevollmächtigung.

sen, wenn diese vom handelsregisterlichen Eintragsstand abweichen. So muss die Bank die von ihrem Schalterbeamten allein unterzeichnete Quittung auch dann gegen sich gelten lassen, wenn für diesen Mann im Handelsregister die Kollektivunterschrift zu zweien eingetragen ist.

- 130 Die für privatrechtliche juristische Personen geltende Formel, wonach die Vertretungsbefugnis alles umfasst, was der *"Unternehmenszweck mit sich bringen kann"*, gilt *nicht* für die *juristischen Personen des öffentlichen Rechts*. Bund, Kanton und Gemeinden haben keinen Zweck, aus dem der Umfang der Vertretungsbefugnis der einzelnen Beamten abgeleitet werden könnte. Die öffentlichrechtlichen juristischen Personen sind auch nicht im Handelsregister eingetragen, so dass sich der Umfang der Vertretungsbefugnis einzelner Beamten nicht aus dem Handelsregister ersehen lässt. Bei grösseren Geschäften mit dem Staat braucht es zusätzlich zur Vertragsunterschrift eines oder zweier Beamter meist die vorgängigen Ermächtigungs- oder nachträglichen Genehmigungsbeschlüsse übergeordneter Willensbildungs-Instanzen (Regierungsrat, Parlament). Niemand, der an den Staat ein Grundstück verkauft, darf gutgläubig annehmen, ein oder zwei Beamte seien aus eigener Kompetenz befugt, den Kaufvertrag namens der Gemeinde, des Kantons oder des Bundes ohne weitere Formalitäten abzuschliessen. Ein Gutgläubensschutz Dritter ist zwar nicht völlig ausgeschlossen, kann zum Nachteil des Gemeinwesens aber nur in Fällen greifen, in welchen der Dritte klarerweise an der Vertretungsbefugnis des Beamten nicht zu zweifeln brauchte, insbesondere bei kleinen Geschäften.
- 131 Dass ein kantonaler Steuerbeamter befugt ist, Veranlagungsverfügungen allein zu unterzeichnen, ist offensichtlich; dies bedeutet aber nicht, dass er auch befugt wäre, namens und auf Rechnung des Kantons bei einer Druckerei den Druck neuer Veranlagungsformulare in Auftrag zu geben. Tut er es, so riskiert der Drucker, mit einem vollmachtlosen Stellvertreter zu kontrahieren, was bedeutet, dass nur der Beamte persönlich, nicht auch der Kanton für die Forderung des Druckers haftet.
- 132 Zur Klärung der Verhältnisse haben manche Gemeinwesen eine zentrale Einkaufsstelle geschaffen, die für den Abschluss aller Materialeinkäufe dieses Gemeinwesens zuständig ist.
- 133 Juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts können für besondere Geschäfte, z.B. für die Prozessführung oder für den Erwerb eines Grundstücks, auch **gewillkürte Vollmachten** gemäss Art. 32-37 OR an betriebsangehörige oder aussenstehende Personen erteilen. So kann die UBS AG einem Rechtsanwalt eine Vollmacht erteilen, um eine ausstehende Forderung auf dem Prozessweg einzutreiben. Der Umfang der Vertretungsmacht eines solchen Bevollmächtigten ergibt sich dann nicht aus dem Unternehmenszweck der Prinzipalin, sondern aus dem Wortlaut seiner Vollmacht. Im erwähnten Beispiel muss die Vollmacht des Anwalts namens der UBS AG von Personen unterzeichnet werden, die für die UBS AG die *kaufmännische Vertretungsmacht* haben, also durch zeichnungsberechtigte Verwaltungsräte, Direktoren oder Prokuristen. Prokuristen können allerdings Vollmachten an Dritte nur in jenem Umfang gültig erteilen, als sie selber gemäss Art. 459 OR vertretungsbefugt sind. Um sicher zu gehen, lassen sich Dritte demzufolge ihre Vollmachten wenn möglich durch Zeichnungsberechtigte der Prinzipalin unterzeichnen, die ihrerseits mindestens Direktionsrang haben (Vizedirektoren, Direktoren und Verwaltungsratsmitglieder). Denn für die Zeichnungsberechtigten dieser höheren Ränge gibt es keine Einschränkungen der Vertretungsmacht im Sinne von Art. 459 OR.

11. Abgrenzung zwischen Organen, Hilfspersonen und Stellvertretern

- 134 Die juristische Person kann nicht nur durch ihre Organe, sondern auch durch Hilfspersonen und durch Stellvertreter handeln.
- 135 **Hilfspersonen** unterscheiden sich von den Organen dadurch, dass sie nicht selbständig, sondern nach erteilten Weisungen handeln. Auch **Stellvertreter** handeln nach Weisungen, sind aber, im Gegensatz zu den Hilfspersonen, nicht in die juristische Person integriert, nicht also Angestellte derselben, sondern handeln in der Regel aufgrund eines Auftragsverhältnisses als gesellschafts-externe Personen (insbesondere als Rechtsanwälte, Treuhänder, Makler etc.). Demgemäss ist der einzeln zeichnungsberechtigte Verwaltungsratspräsident einer Bank Organ, wogegen alle Mitarbeiter von den Prokuristen "abwärts" Hilfspersonen sind. Rechtsanwälte, die für die Bank Verhandlungen und Prozesse führen, Verträge und Vergleiche abschliessen, sind beauftragte Stellvertreter (gemäss Art. 394 ff. OR und Art. 32 ff. OR).
- 136 Die Unterscheidung zwischen Organen, Hilfspersonen und Stellvertretern ist von Bedeutung bei *unerlaubten Handlungen*. Hierbei gilt folgendes:
- 137 Alle unerlaubten Handlungen, die durch ein **Organ** *in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen* begangen werden, begründen die Schadenersatzpflicht bzw. die Haftung ("Organhaftung") der juristischen Person (Art. 55 ZGB). Keine solche Schadenersatzpflicht besteht, wenn das Organ die unerlaubte Handlung nicht *in Ausübung*, sondern nur *bei Gelegenheit geschäftlicher Verrichtungen* begangen hat.
- 138 Alle unerlaubten Handlungen, die durch eine **Hilfsperson** ohne Organqualität *in Ausübung* ihrer geschäftlichen Verrichtungen begangen werden, begründen die Schadenersatzpflicht der juristischen Person, sofern sich diese nicht durch den Nachweis von der Haftung zu befreien vermag, dass sie diese Hilfsperson mit gehöriger Sorgfalt (a) ausgewählt, (b) instruiert und (c) überwacht hat (Art. 55 OR), und dass sie die Hilfsperson (d) mit geeignetem Werkzeug ausgerüstet und den Betrieb sorgfältig organisiert³⁰ hat.
- 139 Für unerlaubte Handlungen, die die Hilfsperson lediglich *bei Gelegenheit* ihrer geschäftlichen Verrichtungen begangen hat, haftet der Geschäftsherr nicht.
- 140 Der Unterschied zwischen unerlaubten Handlungen *in Ausübung* und unerlaubten Handlungen *bei Gelegenheit* geschäftlicher Verrichtungen kann folgendermassen illustriert werden: Wenn der Angestellte der Elektrikerfirma X.-AG, welcher bei Installationsarbeiten im Hause eines Kunden neue Kabel einzieht, den LötKolben auszuschnallen vergisst und einen Brand verursacht, so haftet (zusätzlich zum fehlbaren Angestellten) die X.-AG; denn der Brand wurde *in Ausübung* der Installationstätigkeit verursacht, ist also der Installationsfirma zuzurechnen. Man kann den Unfall als einen Installations-Schaden betrachten. Wenn der gleiche Angestellte stattdessen die Kundschaft bestiehlt, so hat dies mit der Installationstätigkeit nichts zu tun und erfolgt "*bei Gelegenheit*". Für den Diebstahls-Schaden haftet nur der Angestellte persönlich, nicht auch die X.-AG als Geschäftsherrin.
- 141 Bei **Stellvertretern**, die nicht durch ein Anstellungsverhältnis in den Betrieb der juristischen Person integriert sind, sondern die aufgrund eines Auftrags und einer Vollmacht im Namen und auf Rechnung der juristischen Person handeln, gibt es überhaupt keine Deliktshaftung der juristischen Person. Wenn der Rechtsanwalt bei Verhandlung-

³⁰ Vgl. BGE 110 II 460.

gen namens seiner Klientin die Gegenpartei unter Verwendung gefälschter Urkunden betrügt, so haftet die Auftraggeberin des Rechtsanwaltes für den Betrugsschaden nur, wenn sie das deliktische Vorgehen ihres Stellvertreters gewollt oder bewusst in Kauf genommen hat. Ob und wie sie den Rechtsanwalt ausgewählt, instruiert und überwacht hat, spielt keine Rolle. Auch eine schlechte Wahl, ungenügende Instruktion und mangelnde Überwachung gereicht der Auftraggeberin nicht zum Nachteil, d.h. macht sie nicht schadenersatzpflichtig für die Delikte ihres Stellvertreters.

- 142 Organe, Hilfspersonen und Stellvertreter haften immer auch persönlich für die unerlaubten Handlungen, die sie in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen begehen. Eine Ausnahme besteht bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts: Die meisten Staatshaftungs-Gesetze sehen vor, dass sich die durch fehlerhafte Staatstätigkeit Geschädigten ausschliesslich an den Staat (Bund, Kanton, Gemeinde) zu halten haben, nicht auch an die fehlbaren Beamten.
- 143 Der Wortlaut von Art. 55 ZGB, insbesondere der Vergleich des zweiten mit dem dritten Absatz, könnte zur unrichtigen Auffassung führen, nur die persönliche Haftung der Organe gemäss Abs. 3 sei verschuldensabhängig, nicht dagegen die Haftung der juristischen Person. Dem ist nicht so. Auch die Haftung der juristischen Person gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB untersteht den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechtes. Auch die juristische Person haftet demgemäss nur aus Verschulden, sofern nicht eine besondere gesetzliche Kausalhaftung gegeben ist. Das Verschulden der juristischen Person bemisst sich nach dem Verschulden des Organs, d.h. das Verschulden des Organs wird der juristischen Person als ihr eigenes Verschulden zugerechnet. Bei der Quantifizierung des Verschuldens kommt es allerdings nicht auf die subjektiven Eigenschaften der als Organ handelnden Person(en) an, sondern darauf, mit welchem Sorgfaltsstandard die juristische Person bei der ausgeübten Betätigung hätte vorgehen müssen (sogenannter objektiver Verschuldensmassstab). Wenn also eine Revisionsgesellschaft den Lehrling hinschickt, um die unübersichtliche Buchhaltung einer konkursreifen Unternehmung zu revidieren, und wenn wegen Unfähigkeit des Lehrlings ein falscher Revisionsbericht entsteht, der bei Drittpersonen unberechtigtes Vertrauen weckt und dadurch Schaden stiftet, so ist nicht dem Lehrling, sondern seiner Arbeitgeberin ein Verschulden zuzurechnen (ungenügende Sorgfalt bei der Auswahl).
- 144 Hatte die Revisionsgesellschaft einen fähigen Revisor hingeschickt, und wurden diesem Revisor von Mitarbeitern der revidierten Aktiengesellschaft mündliche Hinweise auf Urkundenfälschungen und Veruntreuungen zugetragen, die der Revisor anschliessend ignoriert, da er mit den fehlbaren Direktoren der Aktiengesellschaft persönlich befreundet ist, so wird dieses Verschulden des Revisors auch seiner Arbeitgeberin zugerechnet, wie wenn sie die relevanten Kenntnisse selber gehabt hätte (Wissenszurechnung)³¹.
- 145 Wo das Organ persönlich neben der juristischen Person für unerlaubte Handlungen haftet, besteht Solidarität (Art. 55 Abs. 3 ZGB, Art. 143 ff. OR). Dies bedeutet, dass der Geschädigte nach seiner Wahl gegen die juristische Person, gegen das schuldhaft handelnde Organ oder gegen beide klagen kann. Auch wenn er gegen beide klagt, hat er nur die einmalige Ersetzung seines Schadens zugute. Tilgt die juristische Person den Schaden, so hat sie anschliessend gegebenenfalls den Rückgriff auf das fehlbare Organ, wobei der Rückgriff abhängig ist vom Verschulden des Organs im Verhältnis zur juristischen Person. So hat im vorherigen Beispiel die Revisionsgesellschaft kei-

³¹ Vgl. dazu hinten, Ziff. 146.

nen Rückgriff auf den Lehrling, soweit dieser im Rahmen seiner Fähigkeiten gemacht hat, was er konnte. Für die schlechte Wahl des betreffenden Mitarbeiters ist die Arbeitgeberin selber verantwortlich, es sei denn, der Mitarbeiter habe sie über seine Fähigkeiten getäuscht.

- 146 Der juristischen Person ist alles **Wissen zuzurechnen**, das jene ihrer Organe und Hilfspersonen haben, die mit der fraglichen *Angelegenheit befasst* sind. Bei Organen ist der Bereich der fraglichen Angelegenheiten naturgemäss grösser als bei untergeordneten Hilfspersonen.
- 147 Das sei veranschaulicht: Meldet ein Passant dem Abwart eines chemischen Werks, dass das Erdreich an einem bestimmten Ort nach Benzin riecht, so ist das Wissen des Abwarts ab sofort der chemischen Firma zuzurechnen. Denn der Abwart ist mit der Sicherheit des Werkgeländes befasst. Nun "weiss" die Unternehmung, dass möglicherweise ein Leitungsbruch und damit eine besondere Gefahrensituation besteht, die unverzügliches Einschreiten erheischt. Erzählt der gleiche Passant seine Beobachtung nicht dem Abwart, sondern einem Buchhalter der betreffenden Firma, so "weiss" die Firma noch nichts von der Gefahrensituation. Denn der Buchhalter ist nicht mit der Sicherheit des Werkgeländes befasst. Meldet der Passant seine Beobachtung einem Geschäftsleitungsmitglied oder dem Verwaltungsratspräsidenten, so "weiss" die Firma wiederum von der Gefahr. Denn die zuletzt genannten Personen haben wegen ihres weiten Verantwortungsbereichs die Pflicht, entsprechende Meldungen betriebsintern an die zuständige Stelle weiterzugeben.
- 148 Bei der Wissenszurechnung (die vor allem bei Fragen des Verschuldens, des guten oder bösen Glaubens und des Beginns von Verjährungsfristen von Belang ist) kommt es nicht darauf an, ob Organe und Hilfspersonen der juristischen Person das Wissen *in Ausübung* oder *bei Gelegenheit* ihrer geschäftlichen Verrichtungen erlangt haben, sondern ob sie betriebsintern *mit der betreffenden Angelegenheit befasst* sind. Auch ausserdienstlich erlangtes Wissen ist zurechenbar. Es ist weder möglich noch rechtlich sinnvoll, das Wissen der Betriebsangehörigen zu unterteilen in dienstlich und in ausserdienstlich erworbenes.

12. Sitz der juristischen Person

- 149 Mit dem Begriff des Sitzes wird bei juristischen Personen jene örtliche Anknüpfung verstanden, die bei den natürlichen Personen "Wohnsitz" heisst. Der *Sitz* befindet sich dort, wo die Statuten dies angeben. Als Sitz wird eine (Einwohner-)Gemeinde angegeben.
- 150 Vom Sitz zu unterscheiden ist das *Rechtsdomizil*, nämlich die Postadresse, an der die juristische Person erreicht werden kann.
- 151 Die **Nationalität der juristischen Person** bestimmt sich im Verhältnis zu ausländischen juristischen Personen gemäss Art. 154 f. IPRG nach der Inkorporationstheorie. Die Bestimmung lautet: "*Gesellschaften unterstehen dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind ...*".
- 152 Zur **Sitzverlegung** schweizerischer juristischer Personen von einer Gemeinde in eine andere Gemeinde bedarf es einer Statutenänderung. Änderungen des Rechtsdomizils innerhalb der gleichen Gemeinde fallen nicht unter den Begriff der Sitzverlegung. Bei den im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen bedarf es anschliessend des handelsregisterlichen Vollzugs, nämlich des Eintrags der juristischen Person im zuständigen Handelsregister des neuen Sitzes und der anschliessenden Löschung des

Eintrags im Register des alten Sitzes (Art. 123 HRegV). Die Sitzverlegung über Landesgrenzen hinweg (internationale Sitzverlegung) ist ein äusserst seltener und komplizierter Vorgang, der hier nicht dargestellt wird. Die Seltenheit des Vorganges rührt namentlich daher, dass der Fiskus des Wegzugslandes alle während der Anwesenheitsdauer der juristischen Person in diesem Lande erarbeiteten Reserven noch einer Wegzugsbesteuerung unterwirft, bevor diese angehäuften Reserven ins Ausland abfliessen. Juristische Personen, die auf eine erfolgreiche Vergangenheit zurückblicken, können sich die internationale Sitzverlegung aus diesem Grunde finanziell in der Regel nicht leisten.

13. Name und Firma juristischer Personen

153 Es kann auf Ziff. 41 ff. verwiesen werden.

14. Der sogenannte Durchgriff durch die juristische Person

154 Hinter jeder juristischen Person, die als "Körperschaft" ausgestaltet ist, stehen andere natürliche oder juristische Personen. Die rechtliche Konstruktion besteht darin, die juristische Person gedanklich als etwas Selbständiges, Dauerhaftes zu sehen und sie von den jeweils dahinterstehenden Personen abzugrenzen.

155 Zuweilen wird diese Unterscheidung aber zur unpassenden Künstlichkeit und führt zu unbefriedigenden Ergebnissen. Dann drängt sich auf, "durch die juristische Person hindurchzugreifen" und den oder die dahinterstehenden Personen direkt zu packen - die juristische Person also zu ignorieren, wie wenn sie nicht vorhanden wäre; wie wenn statt ihrer die Mitglieder - und nur diese - daständen.

156 Dieses Ausserachtlassen der juristischen Person heisst "Durchgriff" (im englischen Sprachraum: *disregard of the corporate entity* oder *piercing the corporate veil*).

157 Im anglo-amerikanischen Raum gibt es eine feste Praxis des Haftungsdurchgriffs bei Aktiengesellschaften: Wenn gewisse Voraussetzungen, namentlich eine von Anfang an ungenügende Kapitalausstattung der Gesellschaft ("*under-capitalization*") vorliegen, haften die Aktionäre persönlich für die Passiven der Gesellschaft.

158 Im schweizerischen Recht kommt der Haftungsdurchgriff bei Aktiengesellschaften praktisch nicht vor. Die gesetzlichen Vorschriften über Mindestkapital, Reservebildung, Kapitalherabsetzung und namentlich die Pflicht der Organe, die konkursamtliche Liquidation der Gesellschaft einzuleiten, sobald die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gefährdet erscheinen (Art. 725 OR), erlauben es praktisch immer, auf die fehlbaren Organe und Aktionäre aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 754-761 OR) zu greifen, *ohne* dass dabei die juristische Person ignoriert wird. Wurden Dividenden ausgeschüttet, ohne dass die hierfür erforderlichen Gewinne oder Reserven vorhanden waren, so haben sich die Aktionäre ungerechtfertigt bereichert und können gestützt auf Art. 62-67 OR zur Rückzahlung herangezogen werden, wiederum ohne Durchgriff durch die Aktiengesellschaft³².

³² Zum Durchgriff bei der Einpersonengesellschaft vgl. BGE 108 II 214, 97 II 295, im Konzern (Mutter-Tochtergesellschaft) SJZ 1987, S. 85.

4. Kapitel: Die Unternehmensformen

1. Bildhaftmachung der Rechtswirklichkeit

- 159 Will man die Rechtswirklichkeit als eine Unternehmenslandschaft visualisieren, so ist das Gebiet der Schweiz zu denken als eine Fläche, auf der knapp 200'000 Aktiengesellschaften und etwas weniger GmbHs als Unternehmensträger stehen. Man kann sich die rechtliche Struktur jeder AG und GmbH bildlich als ein Gestänge von einer bestimmten Grösse und Form vorstellen, wobei es einige hundert grosse bis sehr grosse gibt (im Format von Hochhäusern), daneben Tausende von sehr kleinen, im Format von Kaninchenkäfigen. Die sogenannten KMUs mag man sich als Strukturen in der Grösse von Einfamilienhäusern denken.
- 160 Rund ein Zehntel der Aktiengesellschaften und eine kleinere Quote der GmbHs beschäftigt Personal. Es sind die Gesellschaften von den KMUs an aufwärts. Neun Zehntel oder mehr aller Aktiengesellschaften und GmbHs existieren ohne eigenes Personal; es handelt sich um Buchhaltungseinheiten - Immobilien-, Patentverwertungs-, Holding- und Domizilgesellschaften.
- 161 Jener knappe Zehntel der Aktiengesellschaften und GmbHs, die eigenes Personal beschäftigen, braucht wegen der Vorschriften des BVG eine Vorsorgestiftung. Neben manchen dieser Gesellschaften steht also eine Personalvorsorgestiftung, die man sich in der gezeichneten Landschaft als grossen Sparhafen denken mag. Auch bei diesen Stiftungen gibt es grosse Gestalten von der Dimension von Silos, bis zu relativ kleinen Stiftungen im Ausmass von Suppenschüsseln.
- 162 Damit ist die rechtliche Trägerschaft der schweizerischen Wirtschaft und der dazugehörigen beruflichen Vorsorge im Wesentlichen ins Bild gebracht.
- 163 Daneben existieren in dieser Landschaft etwa 160'000 Einzelunternehmen sowie etwa 14'000 Kollektivgesellschaften. Die Kollektivgesellschaften können als Embryonalstadien künftiger Aktiengesellschaften gesehen werden. Man sollte sich Kollektivgesellschaften nicht als feste Strukturen (Gestänge), sondern als Seilschaften oder Teams von Menschen denken. Aus den meisten erfolgreichen Kollektivgesellschaften werden später Aktiengesellschaften.
- 164 Auch manche GmbHs sind bloss Embryonen künftiger Aktiengesellschaften. Andere GmbHs bleiben langfristig als Buchhaltungseinheiten ohne eigenes Personal in der Miniaturgestalt der GmbH bestehen.
- 165 Sichtbar und von einer gewissen Bedeutung ist auch das Genossenschaftswesen. Unter den ca. 10'000 Genossenschaften gibt es einzelne sehr grosse, weithin sichtbare Gebilde (beispielsweise MIGROS und COOP, aber auch grosse landwirtschaftliche Genossenschaften). Die Genossenschaften sind die Trägerinnen der *kollektiven wirtschaftlichen Selbsthilfe*. Diese Selbsthilfe hat in der Schweiz eine lange und tief verwurzelte Tradition.
- 166 Das Charakteristische an dieser Landschaft der Unternehmensformen ist, dass die Aktiengesellschaften infolge der freien Übertragbarkeit ihrer Aktien eine Art von Handelsware darstellen. Der Aktionär ist Eigentümer seiner Aktie. Aktienpakete können als Mehrheits- und Minderheitspakete von Hand zu Hand verkauft werden und werden dies auch täglich. Man muss sich also in einer zweiten Etage, gewissermassen im Himmel oberhalb der gezeichneten Landschaft, die Welt der Aktionäre bzw. der

Unternehmenseigentümer vorstellen. Dort wird gekauft und verkauft. Kaufgegenstand sind die Aktiengesellschaften bzw. Minderheits- und Mehrheitsbeteiligungen daran. Der Ort, an dem diese Käufe stattfinden, heisst der Kapitalmarkt.

- 167 Man kann die Verkäuflichkeit der Aktiengesellschaften dadurch visualisieren, dass man sich diese rechtlichen Strukturen als frei verschiebbar denkt, ähnlich wie Container, die auf Wagen geladen und wegtransportiert werden können.
- 168 Praktisch *unverkäuflich* sind dagegen alle anderen Unternehmensformen. Sie sind nicht Handelsware und werden auf dem Kapitalmarkt weder gekauft noch verkauft. Um im Bild zu bleiben, muss man sie als Strukturen denken, die fest mit dem Boden verbunden bzw. verwurzelt sind. Sie können nicht oder nur mit grossen Schwierigkeiten wegtransportiert werden.
- 169 Das trifft vorweg zu für den Verein und die Genossenschaft, wo man nur als Mitglied ein- und austreten kann. Ein Handel mit Mitgliedschaften kommt beim Verein nicht vor. Bei der Genossenschaft ist er rechtlich zulässig, kommt aber kaum vor.
- 170 Auch die GmbHs sind nicht Gegenstand des Handels, weil das Gesetz die Übertragung von Stammanteilen mit formellen Erfordernissen bewusst erschwert. Verlangt ist ein schriftlicher Abtretungsvertrag und die Genehmigung der Gesellschafterversammlung (Art. 785 und 786 OR). GmbHs können zwar theoretisch verkauft werden. Aber es gibt für ihre Stammanteile wegen der vom Gesetz vorgeschriebenen formalen Erschwernisse keinen funktionierenden Markt.
- 171 Erst recht sind die vertraglichen Rechtspositionen von Kollektiv- und Kommanditgesellschaftern nicht handelbar.

2. Überblick über die Unternehmensformen

- 172 Da die juristischen Personen etwas Geistiges, nur in der rechtlichen Anschauungsweise Existierendes sind, kann es nur solche juristische Personen geben, die von der Rechtsordnung ausdrücklich vorgesehen und anerkannt sind. Im Privatrecht besteht bezüglich der zulässigen Typen juristischer Personen ein *numerus clausus*.
- 173 Im folgenden sollen diese verschiedenen Typen in einem Quervergleich nebeneinandergestellt werden. Ziel dieser rechtskundlichen Darstellung ist die Vermittlung einer Vorstellung davon, was das Besondere jedes Gesellschaftstyps ist und *wozu die verschiedenen Typen verwendet* werden können. Der Aspekt der Verwendungsmöglichkeit wird jeweils in einem eigenen Abschnitt unter dem Stichwort "*Eignung*" behandelt. Dort wird der Frage nachgegangen, wozu der betreffende Typ besonders geeignet ist.
- 174 Die Darstellung will jenes Basiswissen vermitteln, das zur *juristischen Allgemeinbildung* gehört, also namentlich die Kenntnis von der *Grundstruktur* der einzelnen Typen und von der Mechanik ihrer inneren und äusseren Abläufe im Normalbetrieb. *Nicht* zu diesem Basiswissen gehören die zum Teil sehr komplizierten Verfahrens-Vorschriften für ausserordentliche Vorgänge wie die Gründung, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, Auflösung und Liquidation. Diese Vorschriften gehören zum Stoff gesellschaftsrechtlicher Spezialveranstaltungen.
- 175 Aus didaktischen Gründen hält sich die folgende Darstellung nicht an die Reihenfolge des Gesetzes. Statt dessen sind die Typen gemäss ihrer inneren Verwandtschaft neben-

einandergestellt³³. Der Vollständigkeit halber werden auch jene Rechtseinheiten erläutert, die nicht rechtsfähig sind und also nicht die juristische Rechtspersönlichkeit haben.

- 176 Aus der Rechtsfähigkeit der juristischen Personen des Privatrechts ergibt sich stets auch, dass sie selbständige *Steuersubjekte* sind. Die nicht rechtsfähigen Gebilde sind dagegen keine Steuersubjekte. Für die an juristischen Personen beteiligten Inhaber (Gesellschafter) ist die steuerrechtliche Verschiedenheit oft wichtiger als die privatrechtlichen Aspekte der Haftung, des Gerichtsstandes, der Betreuungsfähigkeit etc. Aus diesem Grunde wird bei einzelnen Gebilden auf die steuerrechtlichen Aspekte ausdrücklich hingewiesen.
- 177 *Lerntechnisch* ist es empfehlenswert, die vier Formen der *einfachen Gesellschaft*, *Kollektivgesellschaft*, *GmbH* und *AG* in dieser Reihenfolge auf eine Linie zu stellen und sich die Eigenschaften der vier Formen so einzuprägen, dass jede folgende Form als die Fortentwicklung der vorhergehenden verstanden wird. Dabei wird fortgeschritten von einem lockeren gesellschaftlichen Zusammenhalt zu immer festeren Strukturen und von personenbezogener Struktur zu kapitalbezogener Struktur. (Aus didaktischer Sicht ist es schade, dass das OR die GmbH *hinter* die AG stellt. Das ist verwirrend, weil es den Entwicklungszusammenhang von Kollektivgesellschaft, GmbH und AG - in dieser Reihenfolge! - nicht erkennen lässt). - Die Kommanditgesellschaft ist als (seltene) Variante der Kollektivgesellschaft einzuprägen, die Kommanditaktiengesellschaft als (sehr seltene) Variante der Aktiengesellschaft. - Die Genossenschaft folgt alsdann als ein grundsätzlich anderer Typ, der nicht auf der besagten Linie steht. - Es verbleiben Verein und Stiftung, die beiden juristischen Personen des ZGB (beide ohne Erwerbzweck). Der Verein hat gewisse Verwandtschaften mit der Genossenschaft; er wird in der folgenden Darstellung zu Beginn behandelt, weil er fast zuvorderst im ZGB geregelt ist. - Die Stiftung ist mit keiner der übrigen Formen verwandt.

3. Das Einzelunternehmen (Art. 945 f. OR)

- 178 Unter Einzelunternehmen versteht man eine natürliche Person, die in eigenem Namen und in eigener Verantwortung ein kaufmännisches Unternehmen betreibt, für dessen Verbindlichkeiten sie unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen haftet und die für dieses Unternehmen eine Bezeichnung als Firma im Handelsregister eintragen lässt.
- 179 Der Handelsregistereintrag bewirkt lediglich den Schutz der Firma (d.h. des für die Unternehmensbezeichnung gewählten Wortes) gegenüber einer missbräuchlichen Verwendung durch Dritte. Hingegen bewirkt der Handelsregistereintrag nicht, dass das Unternehmen selber rechtsfähig würde. Alleinige Rechtsträgerin ist und bleibt die natürliche Person, der das Unternehmen gehört.

4. Die einfache Gesellschaft (Art. 530-551 OR)

a) Allgemeines

- 180 **Begriff:** Einfache Gesellschaft ist die vertragliche Verbindung von zwei oder mehr Personen, die mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln einen gemeinsamen Zweck anstreben.

³³ Didaktische Reihenfolge: Einfache Gesellschaft - Kollektivgesellschaft - Kommanditgesellschaft - GmbH - AG - Genossenschaft.

- 181 Die einfache Gesellschaft ist ein Vertragsverhältnis und also kündbar. Der Gesellschaftsvertrag kann mündlich oder schriftlich abgeschlossen werden. Die einfache Gesellschaft ist nicht juristische Person und also auch nicht Steuersubjekt. Jeder Gesellschafter versteuert seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und -ertrag individuell.
- 182 **Abgrenzungen:** Die einfache Gesellschaft ist abzugrenzen einerseits gegenüber jenen im Alltag häufig vorkommenden Vereinigungen gemeinsamer Anstrengungen zu gemeinsamen Zwecken, die *ohne rechtlichen Bindungswillen* eingegangen werden. Wenn mehrere Studenten sich zur Examensvorbereitung zusammentun oder wenn vier Musikfreunde gemeinsam Streichquartett spielen, so wird die Abstimmung des Verhaltens allseits als eine freiwillige verstanden. Niemand will sich rechtlich binden. Zieht sich ein Partner plötzlich zurück, so ist dies für die Verbleibenden vielleicht ärgerlich. Aber Schadenersatz ist nicht geschuldet. Es liegt keine einfache Gesellschaft im Rechtssinne vor.
- 183 Die einfache Gesellschaft ist andererseits abzugrenzen gegenüber stabileren Vertragsverhältnissen, insbesondere gegenüber der Kollektivgesellschaft. Vgl. hiezu hinten, Ziff. 202 ff.
- 184 **Eignung:** Die einfache Gesellschaft ist geeignet für die gemeinschaftliche Verwirklichung eines *einzelnen Projektes*, wogegen die Kollektivgesellschaft durch einen Gesellschaftszweck gekennzeichnet ist, der auf die dauernde Führung eines kaufmännischen Unternehmens³⁴ abzielt.
- 185 Im Rechtsverkehr müssen alle Gesellschafter der einfachen Gesellschaft nötigenfalls ihre Identität offenlegen. Sie können sich nicht hinter einem gemeinsamen Handelsregistereintrag und einer gemeinsamen Firma verstecken. Die einfache Gesellschaft kann nicht als Grundeigentümerin im Grundbuch eingetragen werden; statt dessen müssen alle Gesellschafter mit ihren vollen Namen als Gesamteigentümer eingetragen werden. Will die einfache Gesellschaft ein Guthaben in Betreuung setzen oder auf dem Prozessweg geltend machen, so müssen im Betreibungsbegehren oder in der Klageschrift alle Gesellschafter mit ihren vollen Namen und Adressen als Gläubiger aufgeführt werden. Die einfache Gesellschaft ist *nicht betreibungs- und prozessfähig*.

³⁴ Das Gesetz verwendet bei der Regelung des Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sowie bezüglich der Handelsregister-Eintragungspflicht von Vereinen und Einzelunternehmen den Begriff des *nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes* (vgl. Art. 61 Abs. 2 ZGB; Art. 458 Abs. 1, 462 Abs. 1, 552, 553, 594, 595, 934 OR). Im vorliegenden Skript wird dessen der modernere Begriff des *kaufmännischen Unternehmens* verwendet. Da dieser Begriff im Wesentlichen für die Bestimmung der handelsregisterlichen Eintragungspflicht bedeutsam ist, muss er im Lichte des Regelungsziels dieser Eintragungspflicht ausgelegt werden. Eintragungspflichtig ist, wer durch Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit derart mit Dritten in einen Leistungsaustausch tritt, dass er zum Schutz des Publikums gewisse Dinge über sich selber öffentlich bekannt geben soll. Demgemäss bedeutet "*kaufmännisch*": kontinuierlicher Mittelfluss in Form von Erträgen und Aufwendungen aufgrund des Einsatzes von Kapital und/oder (fremder) Arbeit. Belanglos ist, ob die Tätigkeit profitorientiert ist und ob sie tatsächlich rentiert, d.h. Reingewinne abwirft. Auch permanent subventionierte Zuschussbetriebe (Schulen, Spitäler) arbeiten kaufmännisch. - Der blosser Einsatz der eigenen Arbeitskraft (als Arzt, Anwalt, Notar, Privatlehrer, Programmierer etc.) ist nicht kaufmännisch. Erst wenn mehrere Angestellte vorhanden sind, nimmt die Tätigkeit kaufmännischen Charakter an. - Die bloss "verwaltende" Nutzung des eigenen Vermögens (Anlage von Geld, Vermietung von Liegenschaften) ist nicht kaufmännisch. Wird aber planmässig gekauft und verkauft, so erhält die Tätigkeit kaufmännischen Charakter, desgleichen, wenn die Käufe ganz oder teilweise mit Fremdmitteln finanziert werden. - Die Charakteristika des *Unternehmens* sind: Selbstständigkeit (d.h. keine arbeitsrechtliche Abhängigkeit von einem Arbeitgeber) und Planmässigkeit (wiederholte Erbringung gleichartiger Leistungen, nicht also einmaliger Verkauf eines Vermögensstücks, einmaliger Einsatz als Helfer).

- 186 Wer gegen eine einfache Gesellschaft Prozesse führen will, kann nicht gegen *die Gesellschaft* klagen, sondern er muss in seiner Klageschrift die Gesellschafter individuell als Beklagte nennen.
- 187 **Kein Handelsregistereintrag und kein Firmenschutz:** Die einfache Gesellschaft wird im Handelsregister nicht eingetragen und geniesst keine Exklusivitätsrechte an einem allenfalls gewählten Namen (keinen Firmenschutz). In rechtlichem Sinne ist die einfache Gesellschaft also nicht firmenfähig (= namensfähig). Jedoch ist es den einfachen Gesellschaftern grundsätzlich erlaubt, unter einem gemeinsamen Namen aufzutreten (etwa einer Arbeitsgemeinschaft für den Bau des Autobahndreiecks am Gellert unter dem Namen "*ARGE Gellertdreieck*"). Die mangelnde Firmenfähigkeit der einfachen Gesellschaft besagt lediglich, dass solche Bezeichnungen keinen firmenrechtlichen Schutz geniessen. Vorbehalten bleibt der Schutz der einfachen Gesellschafter gegen unlauteren Wettbewerb.
- 188 **Entstehung der einfachen Gesellschaft:** Die einfache Gesellschaft entsteht nach den Regeln über den Vertragsschluss (Art. 1 ff. OR), sobald zwei oder mehr Personen den Konsens gefunden haben, *in vertraglicher Verbindung gemeinsam einen bestimmten Zweck fördern zu wollen*. Die tatsächliche Zusammenarbeit zur Verwirklichung eines gemeinsamen Projektes gilt dann als konkludenter Abschluss des Gesellschaftsvertrags, wenn diese Zusammenarbeit nach den Umständen nicht als eine blosser Gefälligkeit erscheint.
- 189 **Beendigung der einfachen Gesellschaft:** Die einfache Gesellschaft wird aufgelöst und tritt ins Liquidationsstadium, sobald einer der in Art. 545 OR genannten Beendigungsgründe eintritt (nämlich: Tod, Konkurs oder Kündigung eines Gesellschafters; Erreichung des Zwecks oder des vertraglich vereinbarten Endtermins).
- 190 **Gesellschafterwechsel:** Gemäss Art. 545 Abs. 1 OR wird die Gesellschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters aufgelöst. - Vertraglich kann das Gegenteil vereinbart werden, nämlich die Fortsetzung der Gesellschaft durch die Verbleibenden unter Bezahlung einer Geldsumme als Abfindung an den Ausgeschiedenen.
- 191 Gemäss Art. 542 Abs. 1 OR erheischt die Aufnahme eines neuen Gesellschafters die Zustimmung *aller* Gesellschafter. - Vertraglich kann auch die Aufnahme durch Mehrheitsbeschluss oder die generelle Aufnahme bestimmter Personen, z.B. der Erben eines verstorbenen Gesellschafters, vorgesehen werden.
- 192 Wer neu eintritt, haftet nur für die *nach seinem Eintritt* entstehenden Gesellschaftsschulden.

b) Struktur der einfachen Gesellschaft

- 193 Das OR regelt die Struktur der einfachen Gesellschaft vorwiegend mit *dispositiven* Normen. Um die einfache Gesellschaft zu erfassen, sind also die vom Gesetz vorgesehenen Lösungen und die Möglichkeiten abweichender vertraglicher Gestaltung jeweils nebeneinander darzustellen.
- 194 Für das **Innenverhältnis** zwischen den Gesellschaftern gilt:
- 195 **Beitragsleistungen der Gesellschafter:** Gemäss Art. 531 Abs. 2 OR haben die Gesellschafter *gleiche* Beiträge (Kapital und/oder Arbeit) zu leisten. - Vertraglich können die Beitragsleistungen in beliebiger Weise anders geregelt werden.

- 196 **Geschäftsführung:** Gemäss Art. 535 Abs. 1 OR ist jeder Gesellschafter befugt, allein die Geschäfte der Gesellschaft zu führen (*Einzelgeschäftsführungsbefugnis*); ferner hat jeder Gesellschafter ein *Vetorecht* gegenüber den Geschäftsführungshandlungen der anderen Gesellschafter. - Vertraglich oder durch (Mehrheits-)Beschluss kann die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern oder Dritten übertragen werden, womit die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden. Jedem Gesellschafter verbleibt aber gemäss der zwingenden Gesetzesvorschrift von Art. 539 Abs. 2 OR das erwähnte *Vetorecht*, sofern zu dessen Ausübung ein wichtiger Grund vorliegt.
- 197 **Gesellschaftsbeschlüsse:** Gemäss Art. 534 Abs. 1 OR erheischen Gesellschaftsbeschlüsse Einstimmigkeit. - Vertraglich kann das Mehrheitsprinzip vereinbart werden. Wurde es vereinbart, so gilt gemäss Art. 534 Abs. 2 OR das *Kopfstimmprinzip* (ein Gesellschafter = eine Stimme). - Vertraglich kann statt dessen auch eine Abstufung des Stimmrechts nach der Grösse der Beiträge vereinbart werden.
- 198 **Gewinn- und Verlustbeteiligung:** Gemäss Art. 533 Abs. 1 und 2 OR haben alle Gesellschafter einen *gleichen Anteil* am Gewinn und am Verlust. - Vertraglich kann die Gewinn- und Verlustbeteiligung in beliebiger Weise anders geregelt werden, wobei es allerdings eine zwingende gesetzliche Vorschrift zu beachten gibt: Die vertragliche *Freistellung* eines einzelnen Gesellschafters *von der Verlustbeteiligung* ist nur möglich zugunsten von Gesellschaftern, deren Beitrag *ausschliesslich in Arbeit* besteht. Wer (auch) Kapital einbringt, kann von der Beteiligung an einem allfälligen Verlust nicht freigestellt werden.
- 199 Für das **Aussenverhältnis** der einfachen Gesellschaft gegenüber Nicht-Gesellschaftern (Dritten) gilt:
- 200 **Vertretung der Gesellschaft:** Die zur Geschäftsführung befugten Personen gelten als Stellvertreter aller Gesellschafter (Grundsatz der Einzelvertretungsbefugnis aller Gesellschafter - durch den Vertrag oder einen Gesellschafterbeschluss abänderbar). Wenn ein Gesellschafter namens aller Gesellschafter rechtsgeschäftlich handelt, so erwirbt er dadurch Rechte für alle Gesellschafter zu gesamter Hand und er verpflichtet alle Gesellschafter als Solidarschuldner³⁵.
- 201 **Haftung:** Für die *rechtsgeschäftlich* im Namen aller Gesellschafter begründeten Schulden haften die Gesellschafter solidarisch, desgleichen für die Schulden aus gesetzlichen *Kausalhaftpflicht*-Tatbeständen (Werkeigentümerhaftung, Tierhalterhaftung, Haftung aus dem Betrieb von Motorfahrzeugen, elektrischen Anlagen, Rohrleitungen etc.). - Keine Solidarhaftung besteht hingegen für Delikte gemäss Art. 41 ff. OR, die ein Gesellschafter in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen begeht.

5. Die Kollektivgesellschaft (Art. 552-593 OR)

- 202 Die Kollektivgesellschaft ist im Wesentlichen gleich geregelt wie die einfache Gesellschaft; immerhin gibt es eine Reihe wichtiger Abweichungen. Die Abweichungen prägen sich am besten ein, wenn man sie als die Konkretisierungen eines gesetzgeberischen Ziels begreift. Dieses Ziel geht dahin, eine Gesellschaftsform zur Verfügung zu

³⁵ "Solidarisch" heisst: Jeder haftet für die ganze Schuld, aber alle zusammen nur so weit, bis der Gläubiger einmal voll gedeckt ist; der Solidarschuldner, der bezahlt hat, hat gegen seine Mitschuldner Rückgriff (Regress) gemäss ihren internen Quoten, mit denen sie sich vertraglich zur proportionalen Gewinnbeteiligung und Verlusttragung verpflichtet haben. Die Solidarschuldnerschaft ist geregelt in den Art. 143-150 OR.

stellen, die es einem kleinen Kreis von Unternehmerpersönlichkeiten erlaubt, gemeinsam ein auf Dauer angelegtes Unternehmen zu betreiben, ohne die steuerliche Doppelbelastung in Kauf nehmen zu müssen, die sich aus der Gründung einer juristischen Person (GmbH oder AG) ergibt.

a) Allgemeines

- 203 **Begriff:** Die Kollektivgesellschaft ist *auf Dauer* angelegt. Sie dient dem gemeinschaftlichen Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens durch mehrere natürliche Personen.
- 204 Da es bei der Kollektivgesellschaft keinen anderen Gläubigerschutz gibt als die persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen, verbietet das Gesetz, dass sich die Gesellschafter ihrerseits hinter juristischen Personen verstecken und dadurch ihre Haftung beschränken: Gesellschafter der Kollektivgesellschaft können nur *natürliche* Personen sein.
- 205 Damit die Kollektivgesellschafter nach aussen einheitlich auftreten können und nicht als Gruppe von Individuen in Erscheinung treten müssen, stellt ihnen die Rechtsordnung die Möglichkeit der *gemeinsamen Firma* zur Verfügung. Ferner ist die Kollektivgesellschaft unter ihrer eigenen Firma *betreibungs- und prozessfähig*.
- 206 Dies bedeutet praktisch: Wenn die Kollektivgesellschaft eine ihr (genauer: ihren Gesellschaftern gemeinsam) zustehende Geldforderung einkassieren will, genügt es, dass im Betreibungsbegehren die Gesellschaft als Gläubigerin aufgeführt wird. Will ein Dritter die Kollektivgesellschaft betreiben, so muss er im Betreibungsbegehren lediglich die Firma und Adresse der Kollektivgesellschaft angeben. Er braucht die individuellen Gesellschafter weder zu kennen noch zu nennen. In gleicher Weise kann die Gesellschaft im Prozess als Klägerin handeln.
- 207 Mit der eigenen Firma, der Betreibungs- und Prozessfähigkeit stellt der Gesetzgeber den Kollektivgesellschaftern gewissermassen eine gemeinsame Fassade zur Verfügung, hinter der die individuellen Gesellschafter im Rechtsverkehr unsichtbar werden. Erst im Insolvenzfall wird die Fassade weggenommen, wenn es darum geht, die einzelnen Gesellschafter als Solidarschuldner heranzuziehen zur Tilgung der im Gesellschaftskonkurs ungedeckt gebliebenen Gesellschaftsschulden.
- 208 **Eignung:** Die Kollektivgesellschaft ist die geeignete Rechtsform, wenn mehrere natürliche Personen zusammen ein gemeinschaftliches, auf Dauer angelegtes Unternehmen führen wollen und wenn Ihnen dabei die steuerlichen Vorteile der Personengesellschaft (keine Doppelbelastung von Gesellschaft und Inhabern wie bei den juristischen Personen) wichtiger sind als der Nachteil der persönlichen Solidarhaftung.
- 209 Die persönliche Solidarhaftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden ist für den Einzelnen allerdings nur erträglich, wenn er sich auf alle anderen Gesellschafter verlassen kann und zu ihnen volles Vertrauen hat. Dies hat zur Folge, dass die Rechtsform der Kollektivgesellschaft nur für kleine Unternehmen mit wenigen Gesellschaftern und mit überschaubaren finanziellen Risiken in Frage kommt.
- 210 Die Gesellschafter unterstehen einem strengen Konkurrenzverbot gegenüber der Gesellschaft (Art. 561 OR).

- 211 **Handelsregistereintrag und Firma:** Die Kollektivgesellschaft wird ins Handelsregister eingetragen (Namensbildung: "... & Co." oder "... & Cie."; beide Varianten sind gleichbedeutend und werden auch für die Kommanditgesellschaft verwendet.
- 212 Die Kollektivgesellschaft genießt ein Exklusivitätsrecht an ihrer im Handelsregister eingetragenen Firma.
- 213 Der Handelsregistereintrag ist zwingend vorgeschrieben, d.h. er ist für jede Kollektivgesellschaft Pflicht (Art. 552 Abs. 2 OR), aber er ist nicht konstitutiv³⁶. Die Kollektivgesellschaft existiert unabhängig von einem allenfalls erfolgten Handelsregistereintrag, sobald mehrere natürliche Personen gemeinsam ein auf Dauer angelegtes Unternehmen betreiben³⁷. - Diese Regelung ist notwendig, weil andernfalls manche Unternehmer der persönlichen Solidarhaftung als Kollektivgesellschafter dadurch aus dem Wege zu gehen versuchen würden, dass sie sich vom Handelsregistereintrag drücken.
- 214 **Entstehung der Kollektivgesellschaft:** Die Kollektivgesellschaft entsteht, wenn sich zwei oder mehr natürliche Personen in beliebiger Form, auch durch konkludentes Verhalten, geeinigt haben, gemeinsam ein auf Dauer angelegtes, nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen zu betreiben. Der tatsächliche Betrieb eines solchen Unternehmens durch mehrere natürliche Personen gilt als konkludenter Abschluss des Kollektivgesellschaftsvertrags.
- 215 Unterzeichnen die Beteiligten einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag und reichen sie diesen Vertrag beim zuständigen Handelsregisteramt ein (was der Meinung des Gesetzgebers entspricht), so unterscheidet sich der Vertrag von demjenigen bei der einfachen Gesellschaft durch die Überschrift ("Kollektivgesellschaftsvertrag"), ferner dadurch, dass er notwendigerweise einen Gesellschaftsnamen (die Firma) und einen dauerhaften Gesellschaftszweck, d.h. Einzelheiten über das gemeinsam zu führende kaufmännische Unternehmen, enthalten muss. Im übrigen kann alles gleich sein wie beim Vertrag, durch den sich die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft zusammentun.
- 216 **Beendigung der Kollektivgesellschaft:** Die Kollektivgesellschaft wird nach den gleichen Regeln aufgelöst und liquidiert, die für die einfache Gesellschaft gelten (Art. 545 OR). Abweichend davon haben aber beim Ausscheiden eines Gesellschafters infolge Kündigung, Tod oder Konkurs die Verbleibenden von Gesetzes wegen die Befugnis, die Gesellschaft untereinander weiterzuführen und dem Ausscheidenden eine Abfindung in Geld zu bezahlen (Art. 576 f. OR). (Bei der einfachen Gesellschaft besteht diese Möglichkeit nur, wenn sie im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen ist).
- 217 Die unterschiedliche Regelung macht deutlich, dass die einfache Gesellschaft als eine Personenverbindung auf beschränkte Zeit mit einem unveränderlichen Mitgliederbestand gedacht ist, wogegen die Kollektivgesellschaft als Vereinigung auf Dauer mit einem im Laufe der Zeit wechselnden Mitgliederbestand gedacht ist.

³⁶ Zum Begriff des konstitutiven Handelsregistereintrags vgl. Ziff. 16.

³⁷ Etwas Abweichendes gilt für die in Art. 553 OR erwähnte *nichtkaufmännische Kollektivgesellschaft*. Dies ist eine Rarität, zu der im vorliegenden Zusammenhang nur Folgendes gesagt sein soll: Wenn mehrere natürliche Personen ein gemeinsames Privatvermögen, beispielsweise einen ererbten privaten Grundbesitz, nicht als einfache Gesellschafter, sondern in der auf Dauer angelegten, stabileren Rechtsform der Kollektivgesellschaft verwalten wollen, so können sie dies in der Rechtsform gemäss Art. 553 OR tun. Die nichtkaufmännische Kollektivgesellschaft wird aber erst durch ihren Handelsregistereintrag zur Kollektivgesellschaft. Hier wirkt der Eintrag konstitutiv. Ohne Eintrag sind die Beteiligten einfache Gesellschafter.

- 218 **Gesellschafterwechsel:** Gemäss Art. 574 ff. OR wird die Gesellschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters grundsätzlich zwar aufgelöst, aber das ist in der Praxis die Ausnahme. Üblich ist vielmehr der Fortbestand der Gesellschaft gemäss Art. 576 OR, trotz Ausscheidens eines Einzelnen.
- 219 Für die Aufnahme neuer Gesellschafter gelten die gleichen Regeln wie bei der einfachen Gesellschaft (vgl. vorn, Ziff. 190 ff.).
- 220 Anders als bei der einfachen Gesellschaft haftet der Neueintretende aber sogleich auch für alle *alten* Schulden der Gesellschaft (Art. 569 Abs. 1 OR).

b) Struktur der Kollektivgesellschaft

- 221 Das OR regelt die Struktur der Kollektivgesellschaft vorwiegend mit *dispositiven* Normen. Um die Kollektivgesellschaft zu erfassen, sind also die vom Gesetz vorgesehenen Lösungen und die Möglichkeiten abweichender vertraglicher Gestaltung jeweils nebeneinander darzustellen.
- 222 Für das **Innenverhältnis** zwischen den Gesellschaftern gilt:
- 223 **Beitragsleistungen der Gesellschafter:** Wie bei der einfachen Gesellschaft (vgl. vorn, Ziff. 195 ff.)
- 224 **Geschäftsführung:** Wie bei der einfachen Gesellschaft (vgl. vorn, Ziff. 196 ff.).
- 225 In der Praxis sind vertragliche Abweichungen von der Einzelgeschäftsführungsbefugnis häufiger als bei der einfachen Gesellschaft. Bei einem im Handelsregister eingetragenen und auf Dauer angelegten Unternehmen ist die Übertragung der Geschäftsführung an einzelne Geschäftsführer zweckmässig. Die übrigen Gesellschafter sind in einem solchen Falle vorwiegend intern tätig und üben ihre Mitwirkungsrechte als Gesellschafter lediglich an den Gesellschafterversammlungen aus.
- 226 **Gesellschaftsbeschlüsse:** Wie bei der einfachen Gesellschaft (vgl. vorn, Ziff. 197 ff.).
- 227 **Gewinn- und Verlustbeteiligung:** Wie bei der einfachen Gesellschaft (vgl. vorn, Ziff. 198 ff.) - mit folgenden Ergänzungen (Art. 558 Abs. 2 OR): Falls der Kollektivgesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, gilt nach dispositivem Gesetzesrecht, dass jeder Kollektivgesellschaftsmitglied gegenüber der Gesellschaft die *Verzinsung seines Kapitalanteils* zum Satz von 4% beanspruchen kann, und zwar auch in Jahren, in denen die Gesellschaft rote Zahlen schreibt.
- 228 Für das **Aussenverhältnis** der Kollektivgesellschaft gegenüber Nicht-Gesellschaftern ("Dritten") gilt:
- 229 **Vertretung der Gesellschaft:** Grundsätzlich sind die Dinge gleich geregelt wie bei der einfachen Gesellschaft (Grundsatz der Einzelvertretungsbefugnis aller Gesellschafter - durch den Vertrag oder einen Gesellschafterbeschluss abänderbar).
- 230 Jedoch führt der Handelsregistereintrag und die damit verbundene Publikation bestimmter Personen als Zeichnungsberechtigte dazu, dass Kollektivgesellschaften in der Praxis meist ihre geschäftsführenden Gesellschafter mit Einzelunterschrift oder mit Kollektivunterschrift zu zweien im Handelsregister eintragen. Es können auch weitere Personen (Angestellte) als Zeichnungsberechtigte, z.B. als Prokuristen, im Handelsregister eingetragen werden. Die solcherart eingetragenen Gesellschafter und Angestellten sind gemäss Art. 564 OR befugt, mit Rechtswirkung für die Gesellschaft und deren

Gesellschafter "*alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann*".

- 231 **Haftung:** Wie bei der einfachen Gesellschaft (vgl. vorn, Ziff. 201 ff.), mit drei Abweichungen:
- 232 Im Insolvenzfall wird in einem *ersten Schritt* der Konkurs über die Kollektivgesellschaft durchgeführt. Dabei wird das vom Privatvermögen der Gesellschafter ausgesonderte Gesellschaftsvermögen verwertet (so vorhanden). Bleibt ein Passivenüberschuss, so haften hierfür in einem *zweiten Schritt* die Kollektivgesellschaftler solidarisch. Insofern ist die Haftung der Gesellschafter subsidiär.
- 233 Die Haftung für rechtsgeschäftlich begründete Schulden ist beschränkt auf Schulden aus Rechtshandlungen, die *durch die im Handelsregister als vertretungsbefugt eingetragenen Personen* getätigt werden. - Der Handelsregistereintrag schafft also nicht nur die Basis für die Publikation der vertretungsbefugten Personen, sondern er stellt gleichzeitig auch klar, wer *nicht* vertretungsbefugt ist.
- 234 Gemäss Art. 567 Abs. 3 OR besteht die Haftung auch für alle *Deliktsschulden* (nicht nur aus Kausalhaftpflicht-Tatbeständen), die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begründet.

6. Die Kommanditgesellschaft (Art. 594-619 OR)

- 235 Die Kommanditgesellschaft ist zu begreifen als eine (in der Praxis selten benützte) Variante der Rechtsform der Kollektivgesellschaft. Im Folgenden werden nur die wesentlichsten Abweichungen zur Kollektivgesellschaft beschrieben.
- 236 Die grundsätzliche Abweichung besteht darin, dass es in der Kommanditgesellschaft noch eine *zweite Kategorie von Mitgliedern* gibt, die man unjuristisch als die Kategorie der Passivmitglieder bezeichnen könnte. Es sind Gesellschafter, deren Beitrag ausschliesslich darin besteht, dass sie der Gesellschaft eine vertraglich festgelegte Kapitaleinlage zur Verfügung stellen. Diese Kapitaleinlage heisst *die Kommandite*. Die betreffenden Gesellschafter heissen *Kommanditäre*. Die Kommanditäre und die Höhe ihrer Kommanditen werden im Handelsregister eingetragen. Als Kommanditäre sind auch juristische Personen und Personengesellschaften zugelassen.
- 237 Die Aktivmitglieder, d.h. jene Gesellschafter, deren Rechtsstellung derjenigen von Kollektivgesellschaftlern entspricht, heissen *Komplementäre*. Sie haften wie Kollektivgesellschaftler solidarisch für die Gesellschaftsschulden, im Gegensatz zu den Kommanditären, die nur bis zum Betrag ihrer Kommanditen haften. Damit sich die Komplementäre nicht hinter juristischen Personen verstecken und auf diese Weise ihrer persönlichen Haftung ausweichen, müssen sie, wie die Kollektivgesellschaftler, *natürliche* Personen sein.
- 238 Die Kommanditäre haften, wie soeben geagt, bis zur Höhe ihrer Kommanditeinlage. Dies bedeutet: Hat ein Kommanditär seine Kommandite an die Gesellschaft einbezahlt oder in anderer Weise geleistet, so verliert er diese Einlage im Gesellschaftskonkurs. Da es sich um eine Gesellschafter-Einlage handelt, kann der Kommanditär im Konkurs der Gesellschaft nicht als Gläubiger auftreten. - Hat er die Kommandite im Gesellschaftsvertrag bloss versprochen, sie aber noch nicht einbezahlt, so muss er sie beim Gesellschaftskonkurs noch nachzahlen.

- 239 Die Kommanditäre haben, wie die Komplementäre, aufgrund der Analogie zur Kollektivgesellschaft eine *vierprozentige Verzinsung ihrer Kapitalbeteiligung* zu gut, ferner eine zusätzliche, im Vertrag festzulegende Gewinnbeteiligung. Durch den Anspruch auf Gewinnbeteiligung unterscheiden sie sich von Gläubigern der Gesellschaft. Andererseits sind die Kommanditäre auch am Verlust beteiligt. Macht die Kommanditengesellschaft Konkurs, so verlieren die Kommanditäre ihre Kommanditen und können diesbezüglich nicht als Gläubiger auftreten.
- 240 Mischt sich ein Kommanditär in die Geschäftsführung ein, so wird er dadurch automatisch zum voll haftenden Komplementär, auch ohne dass dies aus dem Handelsregister ersichtlich ist. Dies ergibt sich aus Art. 599 und 600 Abs. 1 OR. Hingegen kann sich ein Kommanditär in untergeordneter Stellung als Hilfsperson der Kommanditengesellschaft anstellen lassen und für die Gesellschaft beispielsweise als Prokurist tätig sein, ohne dass er dadurch in die volle Haftung eines Komplementärs hineinwächst.
- 241 Die Komplementäre und (erstaunlicherweise auch) die Kommanditäre unterliegen dem strengen Konkurrenzverbot gegenüber der Gesellschaft, und zwar kraft analoger Anwendung von Art. 561 OR.
- 242 **Gesellschaftsbeschlüsse:** In der Gesellschafterversammlung, d.h. intern, sind die Kommanditäre und die Komplementäre grundsätzlich gleichberechtigt, sofern der Kommanditengesellschaftsvertrag nichts Abweichendes vorschreibt.
- 243 **Eignung:** Die Kommanditengesellschaft ist die geeignete Rechtsform beim Generationenwechsel von Familienunternehmen, wenn ein überlebender Elternteil und einzelne Nachkommen ihre Erbteile im Geschäft als Kommanditeinlagen stehen lassen, wogegen andere Nachkommen das Geschäft als Komplementäre aktiv weiterführen.
- 244 In solchen Verhältnissen ist es zweckmässig, im Kommanditengesellschaftsvertrag die Arbeitslöhne zu regeln, die die Komplementäre vorweg zugut haben, bevor der mit den Kommanditären zu teilende Reingewinn errechnet wird (andernfalls haben die Komplementäre die Tendenz, den ganzen Jahresgewinn in Gestalt von Geschäftsführerlöhnen aus der Gesellschaft herauszunehmen und den Kommanditären nichts als den mageren Zinsanspruch zu überlassen).
- 245 **Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten:** Für Zwecke der Einkommenssteuer und der AHV-Abrechnung werden die gesamten Bezüge jedes Komplementärs ("Lohn" und Gewinnanteil) nach AHV-Richtlinien (nicht nach der Deklaration durch die Komplementäre) in einen AHV-befreiten Anteil "Vermögensertrag" (Ertrag des investierten Kapitals) und in einen AHV-beitragspflichtigen Anteil "Arbeitserwerb" aufgeteilt. Dieser Arbeitserwerb gilt als Erwerb aus *selbständiger* Erwerbstätigkeit.
- 246 Die Gewinnanteile der Kommanditäre gelten AHV-rechtlich bis zur Höhe eines marktüblichen Zinssatzes als Vermögensertrag (und sind in diesem Umfang nicht AHV-beitragspflichtig), darüber hinaus als AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen.

7. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) (Art. 772-827 OR)

a) Allgemeines

- 247 Die GmbH kann vereinfachend als die *zur juristischen Person ausgestaltete Kommanditengesellschaft* verstanden werden, bei der es nur Kommanditäre gibt.

- 248 Als **juristische Person** ist die GmbH selber Trägerin von Rechten und Pflichten. Daraus ergibt sich, dass sie betriebs- und prozessfähig ist. Sie verfügt über eine eigene Firma und wird im Handelsregister eingetragen. Sie erwirbt die juristische Persönlichkeit mit dem Handelsregistereintrag; dieser ist konstitutiv³⁸.
- 249 Die **Rechtsposition jedes Gesellschafters** ist ausgestaltet als ein übertragbares Recht bzw. als ein zusammengehöriges Bündel von Rechten. Die Rechtsposition ist nicht eine durch Vertragsschluss erworbene und kündbare Mitgliedschaft. Um Gesellschafter zu werden, muss man nicht der Gesellschaft beitreten oder sich aufnehmen lassen, sondern man muss einen Stammanteil erwerben. Um aus der Gesellschaft auszuscheiden, muss man den Stammanteil veräussern.
- 250 Die Kapitalbeteiligung bei der GmbH heisst *Stammeinlage* oder *Stammanteil*. Mit diesem Begriff wird aber in der Regel nicht nur die anteilige Berechtigung am Gesellschaftskapital, sondern das ganze Bündel von Vermögens- und Mitwirkungsrechten eines Gesellschafters gemeint.
- 251 In den GmbH-Statuten müssen die einzelnen Stammeinlagen mit ihren Beträgen in Schweizerfranken angegeben sein (Art. 776 Ziff. 3 OR). Die Stammeinlagen sind immer als Einfaches oder Vielfaches von 100 Franken anzugeben (Art. 774 OR).
- 252 Für die Gesellschaftsschulden haftet nur die Gesellschaft. Die Gesellschafter haften nicht.
- 253 Wegen der ausschliesslichen Haftung der Gesellschaft ist das Gesellschaftskapital von Gesetzes wegen "geschützt": Die Gesellschafter müssen bei der Gründung das *Stammkapital* der Gesellschaft in den Statuten festlegen und im Handelsregister eintragen. Dieses Stammkapital muss mindestens CHF 20'000.-- betragen. Es muss bei der Gründung voll einbezahlt werden.
- 254 Als GmbH-Gesellschafter sind natürliche und juristische Personen sowie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften zugelassen³⁹.
- 255 **Eignung:** Die Gesellschafter einer kleineren oder mittleren Unternehmung (KMU) wählen die Form der GmbH (statt der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft), wenn ihnen die volle solidarische Haftung nicht passt, die auf jedem Komplementär lastet, und wenn ihnen die steuerliche Doppelbelastung der GmbH und ihrer Gesellschafter im Vergleich dazu als das kleinere Übel erscheint.
- 256 Sie wählen die GmbH (statt der AG), wenn ihnen das für die AG vorgeschriebene Mindestkapital von CHF 100'000.-- nicht behagt.
- 257 **Handelsregistereintrag und Firma:** Die GmbH wird ins Handelsregister eingetragen (Namensbildung zwingend mit Angabe der Rechtsform: "... GmbH"). Der Eintrag ist konstitutiv⁴⁰. Sind die Gesellschafter schon vor dem Handelsregistereintrag gemeinschaftlich unternehmerisch tätig, so bilden sie in dieser Zeit entweder eine einfache Gesellschaft oder, wenn die Tätigkeit auf Dauer angelegt war und die Beteiligten nur natürliche Personen waren, eine Kollektivgesellschaft.

³⁸ Zum Begriff des konstitutiven Handelsregistereintrags vgl. Ziff. 16.

³⁹ Diese Offenheit gilt für die Mitglieder aller juristischen Personen und Personengesellschaften - mit Ausnahme der voll haftenden Gesellschafter in der Kollektiv- und in der Kommanditgesellschaft, die nur natürliche Personen sein können.

⁴⁰ Zum Begriff des konstitutiven Handelsregistereintrags vgl. Ziff. 16.

- 258 **Entstehung der GmbH:** Die GmbH entsteht in zwei Schritten. Anlässlich des Gründungsaktes unterzeichnen der oder die Gründer (ein einziger Gründer genügt) die Statuten und, in Anwesenheit einer öffentlichen Urkundsperson, die Gründungsurkunde (Art. 777 OR). In der Gründungsurkunde bezeichnen der oder die Gründer die anfänglichen Gesellschaftsorgane. Anlässlich der Gründung muss nachgewiesen werden, dass die Gründer sämtliche Stammeinlagen (d.h. das statutarische Kapital der Gesellschaft) gezeichnet und voll einbezahlt haben.
- 259 Im zweiten Schritt werden diese Urkunden (Gründungsurkunde und unterzeichnete Statuten) beim Handelsregisteramt angemeldet. Mit dem Handelsregistereintrag erwirbt die neu gegründete GmbH das Recht der Persönlichkeit.
- 260 **Beendigung der GmbH:** Die GmbH wird aufgelöst, wenn einer der in Art. 821 OR genannten Auflösungsgründe eintritt. Die beiden häufigsten Auflösungsgründe sind in der Praxis
- a) der Auflösungsbeschluss der Gesellschafterversammlung und
 - b) die Eröffnung des Konkurses über die GmbH.
- 261 **Gesellschafterwechsel:** Um den personenbezogenen Charakter der GmbH zu wahren, hat sich der Gesetzgeber bemüht, die Übertragung der Stammeinlagen mit Erschwernissen zu hemmen. Dabei gilt folgendes:
- 262 Die Stammeinlagen können nicht als Inhaberpapiere ausgestaltet sein. Zulässig ist die Ausgestaltung als Wertpapiere in der Gestalt von Namenpapieren (Art. 784 Abs. 1 OR).
- 263 Wer seine Stammeinlage an eine andere Person veräußern will, muss die Übertragung in Schriftform vereinbaren. Die Übertragung bedarf alsdann der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Allerdings können die Statuten dieses Zustimmungserfordernis aufheben (Art. 786 OR).

b) Struktur der GmbH

- 264 Die GmbH hat drei Organe, die *Gesellschafterversammlung* (Art. 804 OR), die *Geschäftsführung* (Art. 809 OR) und die *Revisionsstelle* (Art. 818 OR).
- 265 Die Verhältnisse gleichen insofern denjenigen bei der Kollektivgesellschaft, als sämtliche Gesellschafter zugleich Geschäftsführer sind, sofern nicht durch die Statuten oder einen Gesellschafterbeschluss etwas anderes bestimmt wird (Art. 809 Abs. 1 OR). Im Gegensatz zur Kollektivgesellschaft sind die GmbH-Gesellschafter von Gesetzes wegen aber nicht je *einzelgeschäftsführungsbefugt*, sondern nur alle zusammen *gesamthänderisch geschäftsführungsberechtigt*. Als Gesamthänder können sie, gleich wie die Mitglieder einer Erbengemeinschaft, Rechtsgeschäfte nur tätigen, wenn alle Beteiligten mitunterschreiben. - Das ist unbequem, namentlich, wenn ein Beteiligter nicht erreichbar ist oder sich wegen einer Meinungsverschiedenheit quer stellt.
- 266 Ist eine grössere Zahl von GmbH-Gesellschaftern vorhanden, so zwingt die dispositivgesetzliche Gesamthandschaft deshalb dazu, die Geschäftsführung in den Statuten oder durch einen Beschluss auf einzelne Gesellschafter oder Dritte zu delegieren und

diesen Personen die Zeichnungsberechtigung als Einzelunterschrift oder als Kollektivunterschrift zu verleihen⁴¹.

- 267 Ist eine von der Gesamtheit der Gesellschafter verschiedene Geschäftsführung gewählt, so stellt sich die GmbH als zweistufiges Gebilde dar. Die jährlich mindestens einmal zusammentretende Gesellschafterversammlung ist das statutenändernde ("legislative") Organ und zugleich das Wahlorgan für die Geschäftsführer und für die Revisionsstelle. Die Geschäftsführer bilden zusammen das Exekutivorgan (die "Geschäftsführung").
- 268 **Gesellschaftsbeschlüsse:** Während die Mitglieder der Personengesellschaften (einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) ihre Beschlüsse in der Regel in telefonischem Kontakt oder formlos an Partnersitzungen fassen, für die das Gesetz keine Verfahrensvorschriften aufstellt, geht der Gesetzgeber bei den juristischen Personen von der Möglichkeit des Dissenses aus und regelt demgemäss die Willensbildung der juristischen Person mit zwingenden Verfahrensvorschriften. Das Gesetz verlangt bei den juristischen Personen, dass die Gesellschafter *zu Gesellschafterversammlungen einberufen* werden. Nur an formgerecht einberufenen Gesellschafterversammlungen können gültige Beschlüsse gefasst werden. Zur formgerechten Einberufung gehört die Traktandierung der Verhandlungsgegenstände (Traktandierungspflicht).
- 269 Eine Ausnahme vom Einberufungserfordernis macht die sogenannte *Universalversammlung*, d.h. die gleichzeitige Anwesenheit sämtlicher Gesellschafter an einem Ort. Die Gesamtheit der Gesellschafter kann sich, wenn Einstimmigkeit besteht, jederzeit und an jedem Ort als Gesellschafterversammlung konstituieren und dabei auf die Einberufungsformalitäten verzichten (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 OR).
- 270 Die Gesellschafter der GmbH können ihre Beschlüsse auch auf dem Wege der *Urabstimmung* (d.h. der schriftlichen Abstimmung auf dem Korrespondenzweg) fassen (Art. 805 Abs. 4 OR). - Die Urabstimmung verunmöglicht eine Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschafterversammlung in lebendiger Diskussion. Sie hat als Mittel der Beschlussfassung demzufolge den Charakter des Notbehelfs.
- 271 Mit der Zulassung der Urabstimmung hat der Gesetzgeber eine Entscheidung für die persönliche Ausübung des Stimmrechts getroffen. Aus dem Schweigen des Gesetzes ist zu folgern, dass in der Gesellschafterversammlung der GmbH *keine Stellvertretung* zulässig ist. Die vom Gesetzgeber präsumierte enge persönliche Beziehung zwischen den Gesellschaftern verbietet, dass sich einzelne von ihnen durch Drittpersonen (z.B. durch Rechtsanwälte) vertreten lassen.
- 272 **Gewinn- und Verlustbeteiligung:** Da die GmbH eine juristische Person ist, fliessen die erwirtschafteten Gewinne ins Vermögen der Gesellschaft, nicht in dasjenige der Gesellschafter. Die Gewinne vermehren also das Gesellschaftsvermögen und damit den Wert der Gesellschaft. Die Verluste belasten das Gesellschaftsvermögen und vermindern den Wert der Gesellschaft. Die Gesellschafter spüren in ihrem Privatvermögen den guten oder schlechten Geschäftsgang insofern, als sich mit dem Wert der Gesellschaft auch der Wert der Beteiligungsrechte an der Gesellschaft (bei der GmbH: der Stammanteile) verändert.

⁴¹ Bei der Kollektivunterschrift ist heute diejenige *zu zweien* allgemein üblich, obwohl auch eine Regelung *zu mehreren* grundsätzlich zulässig wäre.

- 273 Das Handelsrecht, die Buchführungspraxis und das Steuerrecht fragen von Jahr zu Jahr nach dem jeweils erwirtschafteten *Jahresgewinn* oder *Jahresverlust*. Die Existenz der Unternehmungen wird auf der Zeitachse in Jahresabschnitte eingeteilt und in Jahresabschnitten beurteilt. Hat ein Geschäftsjahr zu einem Gewinn geführt, so darf dieser Gewinn nach Abschluss des Geschäftsjahres an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Der Anteil jedes Gesellschafters am ausgeschütteten Gewinn bemisst sich nach der Höhe seiner Kapitaleinlage. Die Ausschüttung heisst Dividende. Der Dividendenbeschluss der Gesellschafterversammlung lautet beispielsweise: "*Der Bilanzgewinn des abgelaufenen Geschäftsjahres wird so verwendet, dass daraus eine Dividende von 15% auf dem Stammkapital ausbezahlt und der Rest als Gewinnvortrag auf die neue Rechnung vorgetragen wird.*"
- 274 Die GmbH-Dividende gilt AHV-rechtlich als Vermögensertrag, fällt also für die Bemessung des AHV-Beitrags des Empfängers nicht in Betracht.
- 275 Erleidet die GmbH *Verluste*, so belasten diese das Vermögen der Gesellschaft. Die Gesellschafter müssen allenfalls zur Verlustdeckung beitragen, indem sie verpflichtet werden können, Nachschüsse zu bezahlen. Dazu ist aber eine statutarische Grundlage nötig (vgl. Art. 772 Abs. 2 OR).
- 276 Für das **Aussenverhältnis** der GmbH gegenüber Nicht-Gesellschaftern ("Dritten") gilt:
- 277 **Vertretung der Gesellschaft:** Die Gesellschaft wird durch jene Personen vertreten, die gemäss Handelsregistereintrag vertretungsbefugt sind. Die betreffenden Personen sind befugt, mit Rechtswirkung für die Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.
- 278 **Haftung:** Für die Gesellschaftsschulden haftet ausschliesslich die Gesellschaft.

8. Die Aktiengesellschaft (Art. 620-763 OR)

a) Allgemeines

- 279 Die AG dient, wie die Kollektiv-, Kommanditgesellschaft und die GmbH, dem langfristigen Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens⁴². Versteht man die AG als eine Form, die aus der GmbH weiterentwickelt wurde, so sind die Abweichungen gegenüber der GmbH folgendermassen zu beschreiben:
- 280 Die Rechtspositionen der Gesellschafter sind zu einer anonym handelbaren Ware gemacht und in Wertpapieren - in den *Aktien* - verkörpert. Auf die Personen der Gesellschafter kommt nichts an. Sie bleiben im typischen Fall der Inhaberaktien anonym, werden nirgends registriert, nirgends genannt und legitimieren sich an der jährlichen Generalversammlung durch den blossen Aktienbesitz, ohne ihre Identität offenzulegen⁴³.
- 281 Die Anonymität der Aktionäre führt dazu, dass die Aktionäre keine unternehmerische Gemeinschaft bilden, ferner, dass zwischen den Aktionären und der Gesellschaft eine gewisse Distanz besteht. Dazu im Einzelnen:

⁴² Das OR verwendet bei der Regelung des Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sowie bezüglich der Handelsregister-Eintragungspflicht der Einzelunternehmen den Begriff des *kaufmännischen Gewerbes*. Im vorliegenden Skript wird statt dessen gleichbedeutend, aber moderner der Begriff des *kaufmännischen Unternehmens* verwendet.

⁴³ Deshalb heisst die Aktiengesellschaft auf Französisch *société anonyme*.

- 282 Da die Aktionäre einander (gemäss der gesetzlichen Idee) nicht zu kennen brauchen und da es, um Aktionär zu werden, keiner anderen Qualifikation als des Kaufs einer Aktie bedarf, ist die *Generalversammlung der Aktionäre* ungeeignet, einen unternehmerischen Willen zu bilden und das Unternehmen zu leiten. Demgemäss sind in der rechtlichen Regelung der AG die *Kompetenzen der Generalversammlung* eng beschränkt und - im Gegenzug dazu - die *unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*⁴⁴ weit gefasst.
- 283 Nach dem gesetzlichen Konzept haben die Aktionäre praktisch nichts zu sagen und nur wenig zu fragen, wogegen der Verwaltungsrat der eigentliche Herr im Hause ist. Der Verwaltungsrat tritt einmal jährlich, nämlich an der ordentlichen Generalversammlung, vor die Aktionäre, legt in standardisierter Form Rechenschaft ab und beantwortet jene Fragen, zu deren Stellung die Aktionäre gemäss ihrem gesetzlichen Auskunftsrecht befugt sind. Die darüber hinausgehenden Fragen lässt er unbeantwortet, unter Berufung auf seine Pflicht, die Geschäftsgeheimnisse der Unternehmung zu wahren.
- 284 Die Aktionäre haben gegenüber der AG keine Treuepflicht und unterliegen *keinem Konkurrenzverbot*. Auch Konkurrenzunternehmungen können Aktien kaufen und der Generalversammlung beiwohnen. Auch sie haben jene Mitwirkungs- und Auskunftsrechte, die alle Aktionäre haben. Demgemäss muss die AG befugt sein, zu ihrem Selbstschutz ihren Geheimbereich, d.h. die im wirtschaftlichen Wettbewerb relevanten Informationen über personelle Belange, Marktposition, Technologie, Vertragsverhältnisse mit Dritten etc., sorgfältig gegenüber ihren eigenen Aktionären abzuschotten.
- 285 Im Gegensatz zu den GmbH-Gesellschaftern haben Aktionäre also keine umfassenden Kontrollrechte, sondern nur drei eng definierte Rechte, nämlich
- a) den Anspruch auf *Einsichtnahme* in den jährlichen Geschäftsbericht gemäss Art. 662 OR sowie in den jährlichen Revisionsbericht gemäss Art. 696 OR;
 - b) den Anspruch, *anlässlich der jährlichen Generalversammlung* (nur dann und nur dort!) vom Verwaltungsrat und von der Revisionsstelle gewisse zusätzliche Auskünfte zu verlangen⁴⁵;

⁴⁴ Vgl. Art. 716a Abs. 1 OR:

"Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen;
2. die Festlegung der Organisation;
3. die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist;
4. die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen;
5. die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, auch im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen;
6. die Erstellung des Geschäftsberichtes sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse;
7. die Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung."

⁴⁵ Vgl. Art. 697 OR; das Auskunfts- und Einsichtsrecht ist im Gesetz selber eingeschränkt durch Art. 697 Abs. 2 und 3 OR: "(2) Die Auskunft ist insoweit zu erteilen, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Sie kann verweigert werden, wenn durch sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden. - (3) Die Geschäftsbücher und Korres-

- c) den Anspruch auf Einsetzung eines *Sonderprüfers* gemäss Art. 697a OR in Fällen eines begründeten Verdachts, dass Unregelmässigkeiten vorgekommen sind, die vom Verwaltungsrat unter missbräuchlicher Berufung auf das Geschäftsgeheimnis der AG vertuscht werden. - Der Sonderprüfer durchleuchtet in einem solchen Falle die AG und erstattet alsdann den Aktionären einen Bericht. Der Sonderprüfer legt in seinem Bericht an die Aktionäre lediglich die Schlussfolgerungen bezüglich allfälliger Unregelmässigkeiten offen, nicht aber weitere Informationen über die geheimen Belange der AG; diesbezüglich untersteht auch er der Geheimhaltungspflicht.
- 286 Vergleicht man die AG mit den vorn besprochenen Formen der Kollektivgesellschaft und der GmbH, so lässt sich vereinfachend sagen: Bei der Kollektivgesellschaft und der GmbH sind die Gesellschafter Leute, die täglich ins gemeinsame Geschäft zur Arbeit gehen und über die Belange ihrer Gesellschaft umfassend im Bild und - als Geschäftsführer - dafür verantwortlich sind. Bei der AG sind die Gesellschafter Leute, die sich einmal pro Jahr zur Generalversammlung zusammenfinden, die sich gegenseitig nicht kennen und vom Geschäft der AG nichts verstehen, und die deshalb lediglich die eng definierten drei Kompetenzen des obersten Gesellschaftsorgans auszuüben im Stande sind. Diese Kompetenzen sind
- a) allfällige Änderungen der Statuten;
 - b) Wahl und Abberufung der Verwaltungsrats-Mitglieder;
 - c) Einsichtnahme in den Geschäfts- und den Revisionsbericht und Ausübung des Auskunftsrechts in den Schranken von Art. 697 OR.
- 287 Da bei diesem Konzept der Verwaltungsrat die volle Verantwortung für den Erfolg und Misserfolg der Unternehmung trägt, wogegen die Aktionäre überhaupt keine solche Verantwortung tragen, ist es den Aktionären untersagt, dem Verwaltungsrat in die Geschäftsführung hineinzureden. Die einzige Weisungsbefugnis der Aktionäre liegt in ihrer Statutenänderungs-Kompetenz. So können die Aktionäre etwa die statutarische Zweckklausel ändern. Geschieht dies beispielsweise dahingehend, dass der bisherige statutarische Gesellschaftszweck "*Betrieb eines Speditionsgeschäftes*" umgewandelt wird in "*Erbringung von Logistik-Dienstleistungen*", so hat sich der Verwaltungsrat an diese neue Vorgabe zu halten. - Die Aktionäre dürfen und können dem Verwaltungsrat aber keine konkreteren Handlungsanweisungen erteilen. So können Fragen wie diejenigen, ob der Generaldirektor zu entlassen, ob ein bestimmtes Produkt aus dem Sortiment zu streichen, ob und zu welchem Preis die AG eine Liegenschaft kaufen oder verkaufen soll etc., von Gesetzes wegen keine Themen der Generalversammlung sein.
- 288 Von diesem gesetzlichen Konzept zu unterscheiden ist die tägliche Praxis bei jenen Gesellschaften, in denen ein Alleinaktionär oder wenige Grossaktionäre die Unternehmenstätigkeit dominieren, namentlich in Konzernstrukturen. Führt eine Muttergesellschaft ihr Unternehmen in verschiedenen Sparten und Ländern durch verselbständigte hundertprozentige Tochtergesellschaften, so werden die jährlichen Generalversammlungen dieser Tochtergesellschaften zu bedeutungslosen Formalien. Die Organe der Konzern-Muttergesellschaft wissen und entscheiden das Meiste, was in den Tochtergesellschaften geschieht. Tatsächliche Führungsstruktur und aktienrechtliche Kompetenzordnung klaffen in solchen Verhältnissen auseinander.

pondenzen können nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder durch Beschluss des Verwaltungsrates und unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse eingesehen werden."

- 289 Dass die statistische Mehrheit der Aktiengesellschaften in der Schweiz solche Einpersonen- und Konzern-Tochtergesellschaften sind und dass ihre Verwaltungsräte von der Konzernspitze her eingesetzt und straff geführt sind, ändert nichts daran, dass die Aktiengesellschaft *als Typ* als eine Publikumsgesellschaft zu denken ist, zu deren Generalversammlung eine anonyme Menge von Kapitalisten erscheint, die teilweise am finanziellen Eigennutzen (an hoher Dividende und an einem stets wachsenden *shareholder value*) interessiert sind, die teilweise vielleicht auch Konkurrenten sind und der AG schaden möchten. Auf *diese* (statistisch weniger häufige) Situation, nicht auf die (statistisch viel häufigere) Situation der Einpersonen- und der Konzern-Tochtergesellschaften, ist die gesetzliche Regelung der AG im Wesentlichen zugeschnitten.
- 290 Immerhin hat der Gesetzgeber auch dispositive Regeln zur Verfügung gestellt für den (häufigen) Fall, dass die AG als Einpersonen- oder Tochtergesellschaft verwendet oder dass sie durch wenige, einander persönlich verbundene Personen dominiert wird und insofern wie eine Kollektivgesellschaft oder eine GmbH funktionieren kann. Auf diese Konstellation ist die vom Gesetz vorgesehene *Vinkulierung*⁴⁶ *der Aktien* zugeschnitten, d.h. die Möglichkeit, in den Statuten der AG vorzuschreiben, dass die Aktien Namenaktien sein müssen und dass nur solche Personen Aktien erwerben und Aktionäre werden können, denen dies von der Gesellschaft erlaubt wird. - Aber auch bei solchen Aktiengesellschaften mit vinkulierten Namenaktien gelten die gesetzlichen Vorschriften über die unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates und über die eng beschränkten Kontrollrechte der Aktionäre; diesbezüglich hat der Gesetzgeber keine Spezialvorschriften erlassen.
- 291 Auch gibt es im schweizerischen Aktienrecht bis heute keine besonderen Vorschriften für die Situation des **Konzerns**, d.h. für die Situation der von einer Konzern-Muttergesellschaft führungsmässig dominierten Tochtergesellschaften. Fällt eine solche Tochtergesellschaft in Konkurs und kommen deren Gläubiger zu Verlust, so kann die Muttergesellschaft allenfalls mit den von der Gerichtspraxis entwickelten Haftungsregeln über die *faktische Organshaft* zur Deckung des Konkursausfalls herangezogen werden: Die Muttergesellschaft haftet, sofern sie die Tochtergesellschaft führungsmässig beherrscht hat, als "faktisches Organ" gemäss den Regeln von Art. 754 OR für die Schäden, welche die Gläubiger der Tochtergesellschaft durch den Verlust ihrer Forderungen im Konkurs der Tochter erleiden.
- 292 **Eignung:** Die Gesellschafter wählen die Form der AG (statt der Kollektiv-, Kommanditgesellschaft oder GmbH), wenn ihnen die Anonymität und die leichte Übertragbarkeit ihrer Rechte an der Gesellschaft wichtig sind und wenn die Aufbringung des Aktienkapitals von mindestens CHF 100'000.-- für sie erschwinglich ist. Gegen das Eindringen unerwünschter Dritter in den Aktionärskreis wird gegebenenfalls durch die Ausgestaltung der Aktien als vinkulierte Namenaktien Vorsorge getroffen.
- 293 Da die Revisionspflicht und damit der jährliche Revisionsaufwand seit der Gesetzesrevision vom 1.01.2008 bei der GmbH und bei der AG gleich ist, sind die von Gesetzes wegen anfallenden Verwaltungskosten für beide Rechtsformen nunmehr identisch. Unter diesen Umständen sind alle vom Gesetzgeber für die GmbH vorgesehen und gut gemeinten Vorkehren zu vermehrtem Minderheitenschutz, Personenbezug etc. bedeutungslos. Aus der Sicht der Gründer, die sich im Zeitpunkt der Wahl der Rechtsform ja immer als Mehrheit oder als Alleingesellschafter betrachten, sind die im GmbH-Recht

⁴⁶ Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 320 und dortige Fussnote.

enthaltenen Schutzklauseln *nur unbecuem*, d.h. unerwünscht. Wer also bei der Gründung zwischen AG und GmbH wählen muss, wird immer dann, wenn ein Anfangskapital in der Grössenordnung von mindestens CHF 100'000.-- ins Auge gefasst wird, ohne weiteres zur Rechtsform der AG greifen und die GmbH links liegen lassen. Die GmbH ist nur noch für jene Kleinstunternehmungen passend, für deren Inhaber die Kapitalisierung mit CHF 100'000.-- finanzielle Probleme bereitet.

- 294 **Handelsregistereintrag und Firma:** Die AG wird ins Handelsregister eingetragen (Namensbildung z.B.: "*Novartis AG*"). Der Eintrag ist konstitutiv⁴⁷. Sind die Gesellschafter schon vor dem Handelsregistereintrag gemeinschaftlich unternehmerisch tätig, so bilden sie in dieser Zeit entweder eine einfache Gesellschaft oder, wenn die Tätigkeit auf Dauer angelegt war und die Beteiligten nur natürliche Personen waren, eine Kollektivgesellschaft.
- 295 **Entstehung der AG:** Die AG entsteht in zwei Schritten. Anlässlich der Gründungsversammlung unterzeichnen die Gründer (ein einziger Gründer genügt) die Statuten und, in Anwesenheit einer öffentlichen Urkundsperson, die Gründungsurkunde (Art. 629 OR). In der Gründungsurkunde bezeichnen die Gründer anfänglichen Gesellschaftsorgane (den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle). Anlässlich der Gründung muss nachgewiesen werden, dass die Gründer sämtliche Aktien (d.h. das statutarische Kapital der Gesellschaft) gezeichnet und voll oder teilweise einbezahlt haben. - Art. 632 OR verlangt, dass auf den Nennwert jeder Aktie mindestens 20% einbezahlt wird. Auf das gesamte Aktienkapital müssen mindestens CHF 50'000.-- einbezahlt werden.
- 296 Im zweiten Schritt werden diese Urkunden (Gründungsurkunde und unterzeichnete Statuten) beim Handelsregisteramt angemeldet. Mit dem Handelsregistereintrag erwirbt die neu gegründete AG das Recht der Persönlichkeit.
- 297 Zum Schutze des Aktienkapitals (und der Gläubiger, die auf dessen Vorhandensein vertrauen), ist es erforderlich, dass die Gründer den in den Statuten als einbezahlt angegebenen Teil des Aktienkapitals tatsächlich der Gesellschaft zukommen lassen und dass sie anlässlich der Gründungsversammlung gegenüber dem Notar das Vorhandensein dieses Geldes beweisen. Bei der Aktiengesellschaft gibt es, im Gegensatz zur GmbH, konkrete gesetzliche Vorschriften, wie dieser Beweis zu führen ist, nämlich durch die Vorlegung einer Bankbescheinigung, in der wörtlich stehen muss, *dass die betreffende Geldsumme auf ein Sperrkonto zugunsten der in Gründung befindlichen Aktiengesellschaft einbezahlt ist und von der Bank der gegründeten Aktiengesellschaft zur freien Verfügung gehalten wird, sobald die Gründung im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert worden ist* (Art. 633 OR).
- 298 **Beendigung der AG:** Die AG wird aufgelöst, wenn einer der in Art. 736 OR genannten Auflösungsgründe eintritt. Die beiden häufigsten Auflösungsgründe sind in der Praxis
- a) der Auflösungsbeschluss der Generalversammlung und
 - b) die Eröffnung des Konkurses über die AG.
- 299 **Gesellschafterwechsel:** Die Übertragung von Aktien erfolgt nach den Regeln über die Übertragung von Wertpapieren, nämlich bei den Namenaktien durch Indossament (vgl. die Erklärung dieses Begriffs in Ziff. 433 ff.) und physische Aushändigung der Aktientitel an den Erwerber, bei Inhaberaktien durch blosser Aushändigung der Titel.

⁴⁷ Zum Begriff des konstitutiven Handelsregistereintrags vgl. Ziff. 16.

Sind die Namenaktien vinkuliert⁴⁸, so wird der Erwerber im Verhältnis zur Gesellschaft erst Aktionär, nachdem er als solcher im Aktienbuch eingetragen wurde. Dieser Eintrag erfolgt nur, wenn das in den Statuten dazu vorgesehene Organ, in der Regel der Verwaltungsrat, zugestimmt hat.

- 300 Für den Gesellschafterwechsel im Falle vinkulierter Namenaktien braucht es also nicht nur die physische Übertragung des indossierten Titels, sondern in der Regel auch einen Verwaltungsratsbeschluss.
- 301 **Aktien und Partizipationsscheine:** Jede AG verfügt notwendigerweise über einen oder mehrere Aktionäre. Jede AG muss unumgänglich einen Teil ihres Eigenkapitals als Aktien ausgestalten. Manche Aktiengesellschaften geben daneben auch *Partizipationsscheine* aus. Dies sind "Aktien", welche lediglich die Vermögensrechte, nicht auch Mitverwaltungsrechte verkörpern. Die Inhaber der Partizipationsscheine werden Partizipanten genannt.
- 302 Aktien und Partizipationsscheine lauten stets auf einen bestimmten *Nennwert*. In den Statuten und auf dem Wertpapier muss dieser als Geldbetrag genannt sein. Der Nennwert oder "Nominalwert" ist die Berechnungsgrundlage für den anteilmässigen Anspruch des Wertpapierinhabers auf Gewinn- und Liquidationsanteil. Der Nennwert ist sodann jener Betrag, der bei der Ausgabe des Wertpapiers vom Zeichner einbezahlt werden *muss* (sofern die Gesellschaft nicht eine über-pari-Emission beschlossen hat und eine über den Nennwert hinausgehende Zusatz-Zahlung verlangt; ein solcher Aufpreis heisst "Agio"⁴⁹).
- 303 Die Titelausgabe zu einem Preis, der *unter* dem Nennwert liegt, ist verboten, Teilliberierung ist hingegen zulässig (im Gegensatz zur GmbH, deren Stammkapital jederzeit voll liberiert sein muss).
- 304 Im übrigen hat der Nennwert mit dem wirklichen Wert von Aktien und Partizipationsscheinen nichts zu tun. Bei gut geführten Aktiengesellschaften liegt der wirkliche oder innere Wert der Aktien und Partizipationsscheine oft um ein Vielfaches - manchmal um ein Vieltausendfaches (z.B. bei den Roche-Titeln) - über dem Nennwert.
- 305 Die in den Aktien und Partizipationsscheinen verbrieften Eigentumsrechte an der AG (man spricht von den in diesen Wertpapieren verkörperten *Vermögensrechten*) umfassen drei Rechtspositionen:
- a) Das *Recht auf Gewinnanteil*, sofern die AG Gewinne erzielt und die Generalversammlung der Aktionäre deren Ausschüttung als Dividende mit Stimmenmehrheit beschliesst. - Weist die Jahresrechnung keinen Bilanzgewinn aus, so darf die Generalversammlung keine Gewinnausschüttung beschliessen und die Aktionäre können im betreffenden Jahr keinen Anspruch auf Dividende erwerben.
- b) Das *Recht auf Liquidationsanteil* im Falle der Auflösung der AG: das nach Bezahlung aller Gesellschaftsschulden verbleibende Vermögen ist an die Aktionäre und Partizipanten im Verhältnis der Nennwerte ihrer Titel zu verteilen. - Dieses Recht hat einen eher hypothetischen Charakter. Denn Aktiengesellschaften werden, solange sie funktionsfähig sind und über eigenes Vermögen verfügen, in der Regel nicht liquidiert. Wenn sie aber liquidiert werden, ist meist kein Vermögen mehr da, das verteilt

⁴⁸ Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 320 und dortige Fussnote.

⁴⁹ Vom italienischen Wort "*agio*" (franz. "*aise*") = Bequemlichkeit, Behagen; die Zusatzzahlung gibt der AG finanzielles Behagen.

werden könnte. Die häufigste Form der Liquidation ist bei den Aktiengesellschaften die konkursamtliche, bei welcher ein Schuldenüberschuss verbleibt.

c) Schliesslich hat jeder Aktionär und jeder Partizipant das Recht, bei Kapitalerhöhungen eine seinem bisherigen Titelbesitz proportionale Anzahl neuer Titel der gleichen Kategorie zu erwerben; dieses Recht heisst das *Bezugsrecht*.

306 Diesen Vermögensrechten stehen die sogenannten *Mitverwaltungsrechte* oder Mitwirkungsrechte zur Seite. Der Unterschied zwischen Aktien und Partizipationsscheinen besteht darin, dass die meisten Mitverwaltungsrechte nur in den Aktien, nicht in den Partizipationsscheinen enthalten sind.

307 Die *Mitverwaltungsrechte* sind, in absteigender Reihenfolge gemäss ihrer Wichtigkeit für den Aktionär,

a) das *Stimmrecht* in der Generalversammlung;

b) das *Antragsrecht*, d.h. das Recht, in der Generalversammlung Anträge zu stellen, die dann zur Abstimmung gebracht werden müssen;

c) das *Auskunftsrecht* und

d) das *Anfechtungsrecht*, d.h. das Recht, gesetz- oder statutenwidrige Generalversammlungsbeschlüsse beim Gericht anzufechten und aufheben zu lassen. - Das Anfechtungsrecht steht auch den Partizipanten zu.

308 Das **Stimmrecht** ist in Art. 692 OR so definiert, dass die Stimmenkraft jeder Aktie grundsätzlich ihrem Nennwert entspricht. In der Praxis ist es anders. Wenn eine AG verschiedene Aktienkategorien mit Titeln von verschiedenem Nennwert ausgegeben hat, so enthalten die Statuten regelmässig den Satz: "*Jede Aktie verleiht das Recht auf eine Stimme*".

309 Aktien mit geringerem Nennwert und gleicher Stimmkraft wie andere Aktien derselben AG werden, wegen ihrer im Verhältnis zum Nennwert grösseren Stimmkraft, als *Stimmrechtsaktien* bezeichnet. Der Nennwert der Stimmrechtsaktien muss mindestens einen Zehntel des Nennwerts der anderen Aktien betragen (Art. 693 Abs. 2 OR).

310 Stimmrechtsaktien machen es möglich, dass ein Aktionär mit einem relativ geringen Kapitaleinsatz die AG stimmenmässig trotzdem beherrscht. So kommt beispielsweise vor, dass ein Alleinaktionär im Hinblick auf seinen Erbgang seine sämtlichen Aktien nennwertmässig zu gleichen Teilen seinen Nachkommen testamentarisch zuweist, zu Lebzeiten aber noch eines dieser Pakete in Stimmrechtsaktien aufspaltet und das Stimmrechtsaktien-Paket jenem Nachkommen zuweist, der als Geschäftsführer die Nachfolge des Erblassers antritt. Folgendes Zahlenbeispiel diene zur Veranschaulichung: Das ursprüngliche Aktienkapital von 400 Aktien à CHF 1'000.-- wird auf die vier Nachkommen aufgeteilt. Jeder Nachkomme erhält also Aktien im Nennwert von CHF 100'000.--. Vorgängig wird eines dieser vier Pakete aufgespalten in 400 Aktien zu CHF 250.--. Der das Geschäft übernehmende Erbe erhält nun 400 Stimmrechtsaktien à CHF 250.--, seine Geschwister je 100 Stammaktien zu CHF 1'000.--, womit dem geschäftsführenden Erben eine sichere Stimmenmehrheit gewährleistet ist, alle vier Nachkommen nennwertmässig aber gleichgestellt sind.

311 Die *Aktien* sind in der Regel *Wertpapiere*. Sie lauten entweder auf den Namen einer bestimmten Person ("Namenaktie") oder auf den Inhaber ("Inhaberaktie").

- 312 Der typische Text der Namenaktie lautet in verkürzter Form etwa folgendermassen:

"AKTIE NR. ...

Frau Berta Müller ist Eigentümerin der vorliegenden Aktie im Nennwert von CHF 1'000.-- an der X-AG in Basel. [Datum und Unterschrift des Verwaltungsratspräsidenten]"

- 313 Bei der Inhaberaktie lautet der entsprechende Text etwa:

"AKTIE

Die X-AG anerkennt den jeweiligen Inhaber des vorliegenden Titels als Eigentümer einer Aktie im Nennwert von CHF 1'000.--. [Datum und Unterschrift des Verwaltungsratspräsidenten]"

- 314 Inhaberaktien können ohne jede Formalität verkauft, vererbt und verschenkt werden. Wer sich durch den Besitz der Inhaberaktie ausweist, hat als Aktionär Zugang zur Generalversammlung, ohne sich persönlich ausweisen und Fragen beantworten zu müssen, seit wann und von wem er die Aktie hat.
- 315 Die Namenaktie ist demgegenüber ein *Ordre-Papier*⁵⁰ (sofern sie überhaupt als Wertpapier ausgestaltet ist)⁵¹.
- 316 **Nicht-vinkulierte und vinkulierte Namenaktien:** Üblicherweise haben alle kleineren Aktiengesellschaften in der Schweiz, namentlich die Familienaktiengesellschaften, bei denen die Mehrheit der Aktien in den Händen eines überschaubaren Kreises miteinander verwandter Personen liegen, Namenaktien. Inhaberaktien gibt es vorwiegend bei grossen Gesellschaften mit einem anonymen Aktionärskreis, d.h. bei börsenkotierten Aktiengesellschaften.
- 317 *Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Aktionär, wer im Aktienbuch eingetragen ist.* Bei Namenaktien verleiht der Besitz des gültig indossierten Wertpapiers den Anspruch gegenüber der Gesellschaft auf Eintragung im Aktienbuch. Solange dieser Eintrag nicht erfolgt ist, kann der Besitzer der Namenaktie keine Mitverwaltungsrechte ausüben, also insbesondere nicht an Generalversammlungen teilnehmen.
- 318 Entscheidend für den Namenaktionär ist also, wenn er seine Mitverwaltungsrechte ausüben will, dass er rechtzeitig vor der Generalversammlung *im Aktienbuch eingetragen* wird. Zu diesem Zwecke stellt er gegenüber der AG ein *Eintragungsgesuch*, wobei er sich vom bisherigen Aktionär oder von der Bank, bei der die Aktien deponiert sind, bescheinigen lässt, dass er den Titel erworben hat.
- 319 Bei manchen Aktiengesellschaften genügt ein solches Gesuch und der Beleg des tatsächlichen Titelerwerbs, damit der neue Namenaktionär im Aktienbuch eingetragen werden *muss*.
- 320 Das Gesetz erlaubt den Aktiengesellschaften aber, in ihren Statuten *Eintragungsbeschränkungen* zu verankern und festzulegen, dass ein Gesuchsteller nur dann im Aktienbuch eingetragen wird, wenn dieser Eintrag vorher von einem Gesellschaftsorgan (normalerweise vom Verwaltungsrat, in seltenen Fällen von der General-

⁵⁰ Im OR findet sich ausschliesslich die französische Schreibweise "*Ordre...*"; neuere Lehrbücher verwenden statt dessen die eingedeutschte Schreibweise "*Order...*". - Die wertpapierrechtliche Terminologie ist verwirrend, indem die Namenaktie gerade kein Namenpapier, sondern ein Ordrepapier ist.

⁵¹ Zur Bedeutung dieses Begriffs vgl. Ziff. 430 ff.

versammlung) ausdrücklich genehmigt worden ist. Steht der Aktienbucheintrag unter einem solchen statutarischen Genehmigungsvorbehalt, so heissen die davon betroffenen Namenaktien "*vinkulierte Namenaktien*"⁵².

- 321 Das Gesetz lässt seit 1992 die Vinkulierung von Namenaktien nur noch in wenigen Fällen zu. Ausgeschlossen ist die *Ablehnung des Aktienerwerbers ohne Grundangabe*. Die Ablehnung ist nur noch zulässig aus wichtigen Gründen und auch dies nur dann, wenn diese Gründe *in den Gesellschaftsstatuten ausdrücklich erwähnt* sind.
- 322 Welche Ablehnungsgründe in Frage kommen, wird vom Gesetz für börsenkotierte und nichtkotierte Gesellschaften verschieden beantwortet.
- 323 **a)** *Börsenkotierte Aktiengesellschaften* können als Ablehnungsgrund in ihren Statuten eine *Quotenregelung* verankern, d.h. vorschreiben, dass kein Aktionär mehr als (beispielsweise) 2 % der Stimmen an einer Generalversammlung vertreten kann (Art. 685d OR).
- 324 Der abgelehnte Erwerber einer börsenkotierten Namenaktie muss von der Gesellschaft als "*Aktionär ohne Stimmrecht*" im Aktienbuch eingetragen werden. Den Aktienbucheintrag "ohne Stimmrecht" gibt es nur bei kotierten Aktien.
- 325 **b)** Bei den *nichtkotierten Namenaktien* gilt, dass der Titelerwerber bei berechtigter Ablehnung seitens der Gesellschaft keine Aktionärsrechte erwerben kann. Die in seinen Händen allenfalls befindlichen Aktientitel verlieren dadurch die Eigenschaft eines Wertpapiers (Art. 685c OR).
- 326 Für die nichtkotierten ("privaten") Aktiengesellschaften können nur noch solche Ablehnungsgründe rechtswirksam in die Statuten aufgenommen werden, "*die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung* [des Aktienbucheintrags gegenüber einer bestimmten Person] *rechtfertigen*" (Art. 685b Abs. 2 OR). Beispiel einer "im Hinblick auf den Gesellschaftszweck" gerechtfertigten Erwerbsbeschränkung ist bei einer "Rheinhafen-AG" die Statutenbestimmung, dass nur Reedereien, die im betreffenden Hafen Waren umschlagen, Aktien erwerben dürfen. Zulässiger Verweigerungsgrund "im Hinblick auf die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens" wäre insbesondere die Bestimmung, dass alle Personen abgelehnt werden können, die zur Aktiengesellschaft in wirtschaftlichem Wettbewerb stehen (Konkurrenzklausele).
- 327 Für den Aktienhandel ergeben sich aus den Vinkulierungsbestimmungen folgende Konsequenzen: Jedermann kann ohne weiteres beliebige börsenkotierte Namenaktien kaufen. Schlimmstenfalls wird er nur als "Aktionär ohne Stimmrecht" im Aktienbuch eingetragen. Aber er hat mit dem Titel die geldwerten Rechte aus der Aktie in seiner Hand und kann die Aktie als ganzes weiterverkaufen. Sein Rechtsnachfolger wird dann möglicherweise wieder als "Aktionär mit Stimmrecht" eingetragen. Die Mitverwaltungsrechte werden bei diesen Aktien gewissermassen als eine befristete Rechtsposition betrachtet, die dem jeweiligen Aktionär von der Gesellschaft verliehen werden, sofern er die Eintragungsvoraussetzungen persönlich erfüllt und Eigentümer der Aktie ist, die aber beim Aktienhandel nicht mit dem Titel verknüpft sind.

⁵² Wortbedeutung: "gefesselte" Aktien, von lat. "vinculum" = Fessel.

b) Struktur der AG

aa) Die drei gesetzlichen Organe der AG: Generalversammlung, Verwaltungsrat, Revisionsstelle

- 328 Das OR sieht zwingend *drei* Organe vor, nämlich als Legislativ-Organ die *Generalversammlung der Aktionäre* (Art. 698-706b OR), als Exekutiv-Organ den *Verwaltungsrat* (Art. 707-718 OR) und als Kontrollorgan die *Revisionsstelle* (Art. 727-731a OR).
- 329 Die Aktionäre sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Zwar kann sich ein Aktionär in den Verwaltungsrat wählen lassen. Aber dann bekleidet die gleiche Person in der AG zwei verschiedene Funktionen. Als Verwaltungsratsmitglied hat die Person volle (Mit-)Verantwortung für die Geschäftsführung. Als Aktionärin hat sie nichts zu sagen und wenig zu fragen. Die Bekleidung beider Funktionen in Personalunion kommt in der Praxis oft vor, insbesondere bei Einpersonen-Gesellschaften, deren Alleinaktionär auch gerade einziger Verwaltungsrat ist, ändert aber nichts am gesetzlichen Konzept der strengen Trennung der Funktionen.

bb) Das reglementarische Organ der AG: Die Geschäftsführung (auch Geschäftsleitung oder Direktion genannt)

- 330 Bei grossen Unternehmungen ist die Aufteilung der Exekutiv-Funktion auf zwei Ebenen zweckmässig und üblich, und zwar folgendermassen:
- a) Der Verwaltungsrat schränkt seine eigene Funktion ein auf die *Oberleitung und Kontrolle*, d.h. auf jene Tätigkeiten, die in Art. 716 Abs. 1 OR als die *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben* des Verwaltungsrates bezeichnet sind. Beim gesetzlichen Katalog dieser Aufgaben handelt es sich um jene Belange, die einerseits dem Verwaltungsrat nicht durch die Generalversammlung entzogen werden können, derer sich der Verwaltungsrat andererseits aber auch nicht dadurch entledigen darf, dass er sie auf ein untergeordnetes Organ überträgt ("hinabdelegiert").
- b) Der Verwaltungsrat überträgt die operative Geschäftsführung an eine Geschäftsleitung, die in der Regel "*Direktion*", bei Grossunternehmen mit mehreren Tochtergesellschaften die "*Konzernleitung*" genannt wird (bei diesen beiden Begriffen handelt es sich nicht um Rechtsbegriffe; sie kommen im Gesetz nicht vor). - Die Zulässigkeit des "Hinabdelegierens" der operativen Geschäftsführung ergibt sich aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR. Dem Verwaltungsrat verbleibt gemäss dieser Bestimmung allemal die Verantwortung für die "Oberaufsicht".
- 331 Hat der Verwaltungsrat eine Direktion oder eine Konzernleitung eingesetzt, so stellt sich die AG als dreistufiges Gebilde dar. Die jährlich mindestens einmal zusammen tretende Generalversammlung der Aktionäre ist das statutenändernde ("legislative") Organ und zugleich das Wahlorgan für die Verwaltungsratsmitglieder und die Revisionsstelle.

cc) Innenverhältnis zwischen der AG und ihren Aktionären

- 332 Für das **Innenverhältnis** zwischen der AG und den Aktionären gilt:
- 333 **Beitragsleistungen der Aktionäre:** Bei der Gründung und bei späteren Kapitalerhöhungen haben die Personen, die Aktien zeichnen, deren Nennwert an die Gesellschaft einzubezahlen (zu "liberieren"). Blosser Teilliberierung ist zulässig, wenn sie in den

Statuten vorgesehen ist (Art. 632 OR). Auch bei Teilliberierung muss der Aktienzeichner die unbedingte Verpflichtung eingehen, den gesamten Ausgabebetrag zu liberieren. Der nicht liberierte Teil ist in den Statuten zu nennen und kann vom Verwaltungsrat später zu beliebiger Zeit eingefordert werden (Art. 634a OR). Inhaberaktien und Stimmrechtsaktien dürfen so lange nicht als Wertpapiere ausgegeben werden, als sie nicht voll liberiert sind (vgl. Art. 683 und 693 OR).

- 334 Andere Pflichten als die erwähnte Liberierungspflicht haben die Aktionäre gegenüber der AG nicht. Insbesondere unterliegen die Aktionäre keiner Treuepflicht und keinem Konkurrenzverbot⁵³.

dd) Operative Geschäftsführung in der AG

- 335 **Geschäftsführung:** Die Geschäftsführung steht, wie vorn gesagt, dem Verwaltungsrat zu. Er kann die operative Geschäftsführung an eine Direktion delegieren, behält aber zwingend die Oberleitung und Kontrolle.
- 336 Die Aktionäre haben nur die vorn, Ziff. 285 ff., beschriebenen Kontrollrechte.

ee) Die Generalversammlung der Aktionäre

- 337 **Gesellschaftsbeschlüsse:** Die **Generalversammlung der Aktionäre** fasst ihre Beschlüsse, wenn sie ordnungsmässig einberufen worden ist oder wenn die Gesamtheit der Aktionäre anwesend ist und sich unter Verzicht auf die Einberufungsformalitäten einstimmig als Universalversammlung (Art. 701 OR) konstituiert.
- 338 Die Aktionäre können ihre Generalversammlungsbeschlüsse *nicht* auf dem Wege der *Urabstimmung*⁵⁴ fassen.
- 339 Zulässig und üblich ist dagegen die *Stellvertretung* anlässlich der Generalversammlung. Bei grossen Aktiengesellschaften wie NOVARTIS AG sitzen an der Generalversammlung in der vordersten Reihe ein halbes Dutzend Bankprokuristen, die 45 Prozent der Aktienstimmen als Stellvertreter ihrer Depotkundschaft mit Vollmachten vertreten. Der Saal ist im übrigen gefüllt mit pensionierten Publikumsaktionären und NOVARTIS-Mitarbeitern (mit je einigen Mitarbeiteraktien), die zusammen einige wenige Prozent der Stimmen repräsentieren. Die Präsenz ist bei Grossgesellschaften heute in der Regel unter 50%, weil sich die Mehrheit der Aktionäre für die Generalversammlung nicht interessiert und sich nicht einmal die Mühe nimmt, der Bank, bei der die Aktionäre ihre Aktien in Verwahrung haben, das vorgedruckte Vollmachtsformular zurückzuschicken.
- 340 Die Generalversammlung kann nur über solche Gegenstände Beschluss fassen, welche in der Einladung *traktandiert* worden sind. Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, seine Anträge, soweit sie im Zeitpunkt des Einladungsversandes bereits feststehen, in der Einladung bekannt zu geben (Art. 700 Abs. 2 OR). Die Aktionäre können aber im Rahmen der angekündigten Traktanden ihre Anträge an der Generalversammlung frei formulieren. Ist die "Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern" traktandiert, so können an der Versammlung selber zusätzliche Kandidatennamen genannt und es kann gültig darüber abgestimmt werden.
- 341 Neben der periodisch wiederkehrenden Wahl der Verwaltungsratsmitglieder und der Revisionsstelle obliegt der Generalversammlung die Genehmigung der jährlichen Be-

⁵³ Vgl. vorn, Ziff. 284.

⁵⁴ Zum Begriff der Urabstimmung vgl. Ziff. 270 f.

richterstattung des Verwaltungsrates. Diese heisst "*Geschäftsbericht*" und besteht gemäss Art. 662 OR aus drei Teilen, nämlich aus:

- Jahresrechnung (= Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang);
- Konzernrechnung (falls die AG Tochtergesellschaften hat);
- Jahresbericht (= verbale Erläuterung von Bilanz und Erfolgsrechnung);

ff) Die Vorschriften über die Gewinnverwendung

- 342 Ferner hat die Generalversammlung Beschluss zu fassen über die *Verwendung des Bilanzgewinnes*. - Der Bilanzgewinn setzt sich zusammen aus dem gemäss Erfolgsrechnung im abgelaufenen Geschäftsjahr erwirtschafteten *Jahresgewinn* oder *Jahresverlust* und dem vom vorhergehenden Geschäftsjahr übertragenen *Gewinn-* oder *Verlustvortrag*. - Das Gesetz setzt für die Verwendung des Gewinnes folgende Schranken:
- 343 5 % des Jahresgewinnes müssen vorweg der "*allgemeinen Reserve*" zugewiesen und dürfen also nicht an die Aktionäre als Dividende verteilt werden (Art. 671 Abs. 1 OR). Dieser Reservefonds (man nennt ihn auch die "*gesetzliche Reserve*") unterliegt strengen Einschränkungen bezüglich seiner Verwendung. Gesetzliche Reserven dürfen nur in Notsituationen aufgelöst werden, nämlich zum Durchhalten des Unternehmens in Zeiten schlechten Geschäftsgangs und zur Erhaltung von Arbeitsplätzen (Art. 671 Abs. 3 OR), keinesfalls aber zur Auszahlung von Dividenden an die Aktionäre.
- 344 Die gesetzliche Reserve ist so lange zu speisen, bis sie einen Betrag von 20% des einbezahlten Aktienkapitals erreicht hat. Ist diese Limite erreicht, so müssen anschliessend nur noch in bestimmten Ausnahmesituationen weitere Zuweisungen an die gesetzliche Reserve gemacht werden (vgl. diese Situationen in Art. 671 Abs. 2 OR). Hat die gesetzliche Reserve den Betrag von 50% des Aktienkapitals erreicht, so unterliegen überschüssende Beträge in diesem Bilanzposten nicht den gesetzlichen Verwendungsbeschränkungen, sind also tatsächlich freie Reserven, nicht gesetzliche Reserven. Es ist buchhalterisch und rechtlich zulässig, die gesetzliche Reserve über die Limite von 50% des Aktienkapitals hinaus aufzustocken, aber es ist ein (terminologischer) Fehler, den überschüssenden Betrag als "gesetzliche Reserve" zu bezeichnen.
- 345 Ist in einem Geschäftsjahr die gesetzliche Reserve mit 5% aus dem Bilanzgewinn "bedient", so werden die verbleibenden 95% normalerweise drei Bestimmungen zugeführt: ca. die Hälfte wird als Dividende an die Aktionäre ausgeschüttet; die andere bleibt im Vermögen der Gesellschaft und wird bilanzmässig zum grösseren Teil der *freien Reserve* zugewiesen; sie kommt den Aktionären theoretisch als Steigerung des inneren Wertes ihrer Aktien zugut. Ein letzter Teil wird als *Gewinnvortrag* auf die neue Rechnung vorgetragen. Manche Unternehmungen folgen der Faustregel, dass der Gewinnvortrag immer mindestens so gross sein soll wie die im Finanzplan vorgesehene nächstjährige Dividende.
- 346 Zur Beschlussfassung an der ordentlichen Generalversammlung kommt nur der *offen ausgewiesene Bilanzgewinn*. Der Begriff des Bilanzgewinns umfasst auch den Gewinn- bzw. Verlustvortrag vom Vorjahr. Dieser Bilanzgewinn, als Berechnungsbasis für die zulässige Dividendenausschüttung eines Jahres, kann also von dem tatsächlich im abgelaufenen Jahr erwirtschafteten Reingewinn abweichen. Wurde ein erheblicher Teil des Gewinns den offenen oder stillen Reserven zugeführt, so steht den Aktionären entsprechend weniger Bilanzgewinn zur Verfügung, über dessen Verteilung sie Beschluss fassen können. Die Relationen sind häufig so, dass von einem tatsächlich er-

zielten Ertrag von 100 ein Anteil von ca. 60 durch Bildung von Reserven dem Vermögen der Unternehmen längerfristig einverleibt wird, ein Anteil von 40 als Bilanzgewinn offengelegt und hievon die Hälfte, d.h. 20, als Dividende verteilt wird.

gg) Die Entlastung des Verwaltungsrates

- 347 Ein weiteres reguläres Traktandum an der ordentlichen Generalversammlung ist die *Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates*. Entlastung oder *Décharge* heisst jener Beschluss, durch den die zustimmenden Aktionäre auf spätere Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den déchargierten Verwaltungsratsmitgliedern verzichten. Der Verzicht bezieht sich nur auf jene Verantwortlichkeitstatbestände, die gegenüber den Aktionären in der allgemein zugänglichen Information offen gelegt wurden, d.h. auf die im Geschäftsbericht dargestellte Unternehmensführung des abgelaufenen Geschäftsjahres; an der Generalversammlung vom Mai des Jahres 2008 wird also die *Décharge* erteilt für die Geschäftstätigkeit im Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2007, nicht auch für die Periode von Januar bis Mai 2008, weil den Aktionären für diese Periode noch keine von der Revisionsstelle testierte Finanzberichterstattung vorliegt. Hatte ein Verwaltungsratsmitglied in dem Geschäftsjahr, auf das sich die *Décharge* bezieht, Firmengelder heimlich veruntreut, so bedeutet der *Décharge*-Beschluss keinen Verzicht auf die diesbezüglichen Verantwortlichkeitsansprüche, sofern die Generalversammlung von den deliktischen Handlungen keine klare Kenntnis hat.

hh) Das Depotstimmrecht der Banken

- 348 Der Ablauf der Generalversammlungen börsenkotierter schweizerischer Aktiengesellschaften ist bestimmt vom Phänomen des *Depotstimmrechts der Banken*. Dabei geht es um folgendes: Die Aktien solcher Gesellschaften werden an der Börse grösstenteils von anonymen Investoren erworben. Diese Investoren bzw. Aktionäre nehmen die Aktien nicht nach Hause, sondern lassen sie von ihren Banken aufbewahren. Die meisten dieser Investoren haben sodann kein Interesse daran, selber eine ordentliche Generalversammlung zu besuchen. Von diesen Aktionären, die zugleich die Bankkunden jener Banken sind, bei denen die betreffenden Aktien aufbewahrt sind, holen die Banken ("Depot-Banken") nun auf den Tag der Generalversammlung Vollmachten ein und entsenden einen Bankangestellten an die Generalversammlung. Der Bankangestellte übt namens aller Kunden der Bank, bei der er angestellt ist, die Stimmrechte aus. Die Bankkunden können der Depotbank zwar konkrete Weisungen für die Ausübung des Stimmrechts erteilen, aber sie tun es in der Regel nicht. Mangels solcher konkreter Weisungen üben die Bankenvertreter das Aktienstimmrecht ihrer Depotkunden gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates aus, d.h. sie stimmen den Anträgen des Verwaltungsrates zu (Art. 689d OR). Diese Praxis macht es praktisch unmöglich, an der Generalversammlung einer börsenkotierten Aktiengesellschaft in der Schweiz für oppositionelle Anträge eine Mehrheit zu gewinnen.

ii) Gewinn- und Verlustbeteiligung, Vertretung und Haftung

- 349 **Gewinn- und Verlustbeteiligung:** Es gilt das zur GmbH Gesagte (vgl. vorn, Ziff. 272 ff.).
- 350 Für das **Aussenverhältnis** der AG gegenüber Nicht-Gesellschaftern ("Dritten") gilt:
- 351 **Vertretung der Gesellschaft:** Es gilt das zur GmbH Gesagte (vgl. vorn, Ziff. 277 ff. und Art. 718a Abs. 1 OR).

- 352 **Haftung:** Für die Gesellschaftsschulden haftet ausschliesslich die Gesellschaft. Gerät die Gesellschaft in Konkurs, so müssen die Aktionäre den allenfalls noch nicht liberierten Teil des Aktienkapitals einzahlen.

kk) Gläubigerschutz in der AG: Allgemeines

- 353 **Gläubigerschutz:** Die gesetzliche Regelung der AG lässt ein auf Gläubigerschutz, nicht auf unternehmerische Effizienz gerichtetes Denken des Gesetzgebers erkennen. In den Augen des Gesetzgebers sind Aktionäre und Verwaltungsräte eine Gilde von Abenteurern, denen man in finanzieller Hinsicht auf die Finger schauen muss. Der Gesetzgeber ist namentlich besorgt, dass die Gründer und Aktionäre die Gesellschaft aushöhlen könnten, indem sie überbewertete Sacheinlagen einbringen, dass sie von der AG geldwerte Leistungen ohne entsprechende Gegenleistung beziehen oder dass der Verwaltungsrat die AG so lange mit einer defizitären Ertragslage herunterwirtschaftet, bis ausser den Schulden nichts mehr vorhanden ist.
- 354 Demgemäss heisst das zentrale Schlagwort des schweizerischen Aktienrechtes "*Gläubigerschutz*" - nicht: wirtschaftliche Leistung und nachhaltige Ertragskraft. Ob die AG Erträge erzielt und ihre Ertragskraft pflegt und fördert, ist dem Gesetzgeber gleichgültig. Solange die Bilanz als *Vermögensmomentaufnahme* den Kriterien des Gläubigerschutzes genügt, d.h. *solange die Verbindlichkeiten durch die vorhandenen Aktiven gedeckt sind*, ist der Gesetzgeber mit der als AG konstituierten Unternehmung zufrieden.
- 355 Im schweizerischen Aktienrecht ist demgemäss eine starke Betonung defensiver Schutzvorschriften und in diesem Rahmen eine ausgesprochene *Bilanzgläubigkeit* des Gesetzgebers festzustellen (ganz im Gegensatz zur Betrachtungsweise der heutigen Finanzanalysten, die sich für den Substanzwert der Unternehmung, wie er durch die Bilanz ausgewiesen ist, nur wenig interessieren, sondern die Unternehmung fast ausschliesslich gemäss den erhofften künftigen Erträgen bzw. Ertragssteigerungen bewerten).
- 356 Das Aktienrecht steht auf dem Boden einer statischen, auf eine gesunde Bilanz gerichteten Betrachtungsweise, nicht auf dem Boden unternehmerischer Dynamik. Das bedeutet konkret: Der Verwaltungsrat handelt rechtmässig, wenn er die aufgehäuften Reserven der AG in unsinnigen Forschungsprojekten für die Entwicklung unverkäuflicher Produkte verschleudert, solange er nur Sorge trägt, die AG zu liquidieren, bevor die Schulden grösser sind als die Aktiven. Er handelt dagegen rechtswidrig und haftet mit seinem privaten Vermögen, wenn er beim Eintritt der Ueberschuldung den Konkurs einen Tag zu spät anmeldet.

ll) Bildung und Auflösung stiller Reserven

- 357 In diesem Zusammenhang ist das Wohlwollen des schweizerischen Gesetzgebers gegenüber der *Bildung stiller Reserven* (Art. 669 Abs. 3 OR) zu sehen: Je mehr verborgene Schätze die AG hortet, desto besser sind die Gläubiger vor Verlusten geschützt. In den Augen des Gesetzgebers ist dies etwas Gutes.
- 358 Bei einer solchen Betrachtungsweise wird übersehen, dass das Horten stiller Reserven tendenziell wie ein Bleiklumpen wirken kann, der die Ertragsdynamik lähmt. Denn stille Reserven sind Kapitalien, die nicht verzinst werden müssen und in der Regel tatsächlich auch nicht verzinst werden. Der Aktionär sieht die stillen Reserven nicht und

verlangt vom Management der AG demgemäss auch nicht Rechenschaft, ob und wie dieses verborgene Vermögen rentiert.

- 359 Stellt man die schweizerische Mentalität des stillen Hortens der amerikanischen Mentalität der Gewinnmaximierung gegenüber, so könnte man als amerikanisches Motto überspitzt formulieren: *"Erträge machen - Erträge voll zeigen, versteuern und verteilen, Jahr für Jahr; bei Geldbedarf am Kapitalmarkt frisches Geld aufnehmen und bei nachhaltiger Verlustsituation den Betrieb schliessen und etwas Neues beginnen"*.
- 360 In der Schweiz heisst das Motto demgegenüber: *"Erträge machen, möglichst wenig davon zeigen, möglichst wenig versteuern und verteilen, möglichst viel im Unternehmen zurückbehalten - und in schlechten Zeiten von den still gehorteten Fettpolstern leben, um den Betrieb nie schliessen und etwas Neues beginnen zu müssen."*
- 361 Die Gläubigerschutzbestimmungen, welche sich auf den laufenden Betrieb von Jahr zu Jahr beziehen, verlangen im Wesentlichen, dass die Aktiven der AG zum niedrigeren von zwei Werten bilanziert werden müssen, nämlich höchstens zu ihren Anschaffungs-/Herstellungskosten und höchstens zum Marktpreis am Bilanzstichtag (vgl. diese *Bewertungsvorschrift* in Art. 665-667 OR).
- 362 Mindestbewertungsvorschriften fehlen im Gesetz. Dies erlaubt der AG, ihre Aktiven bis auf Null abzuschreiben und auf diese Weise tatsächlich vorhandene Vermögenswerte zu verschleiern, d.h. stille Reserven zu bilden.
- 363 In der Schweiz ist es allgemein üblich, dass insbesondere die Unternehmensliegenschaften im Laufe der Zeit in der Unternehmensbilanz auf den symbolischen Wert von CHF 1.-- abgeschrieben werden, während der tatsächliche Wert im Zuge der Bodenverknappung jedes Jahr wächst. Tradition haben in der Schweiz auch die stillen Reserven auf dem Warenlager. Das schweizerische Steuerrecht erlaubt den Unternehmen generell, auf allen neu eingekauften Waren im Zeitpunkt des Wareneinganges sogleich einen Drittel des Kaufpreises abzuschreiben und die Waren mit zwei Dritteln des Kaufpreises zu bilanzieren (man nennt diese vom Bundessteuerrecht tolerierten Abschreiber den "Bundessteuer-Drittel"). Weitere Abschreibungen auf dem Warenlager sind steuerlich zulässig, wenn ein sachlicher Grund dafür vorliegt.
- 364 Unter dem Gesichtswinkel des Gläubigerschutzes konnte dem Gesetzgeber in der Vergangenheit, bei seiner statischen Bilanzgläubigkeit, das Anlegen solcher verdeckter Fettpolster in den Unternehmensbilanzen nur recht sein. Neuerdings hat aber auch der Gesetzgeber gemerkt, dass die stillen Reserven gefährlich sein können, und zwar auch für die Gesellschaftsgläubiger. Verschlechtert sich nämlich die Ertragslage, so konnte in der Vergangenheit die Geschäftsführung bei defizitärer Jahresrechnung durch den Verkauf bilanzmässig unsichtbarer Aktiven fiktive Gewinne erzielen und verbuchen und den Aktionären und Gläubigern auf diese Weise eine positive Ertragslage vortäuschen. Wurde ein solches Spiel über mehrere Jahre hinweg gespielt, so lag bei grossen Unternehmen zwischen dem Tag, an dem die stillen Reserven aufgebraucht waren, und dem Konkursausbruch häufig nur noch eine Spanne von Monaten. Durch die Auflösung grosser stiller Reserven konnte also eine ungebremste Talfahrt der Unternehmung praktisch bis zum vorletzten Augenblick verschleiert werden.
- 365 Die Bestimmungen des revidierten OR verlangen nun ab 1.7.1992, dass jede AG im Anhang zur Bilanz den Gesamtbetrag der *"aufgelösten ... stillen Reserven, soweit dieser den Gesamtbetrag der neugebildeten derartigen Reserven übersteigt"* angibt, *"wenn dadurch das erwirtschaftete Ergebnis **wesentlich** günstiger dargestellt wird"*

(Art. 663b Ziff. 8 OR). Die Auflösung stiller Reserven ist also, unter dem Vorbehalt der Wesentlichkeit, fortan deklarationspflichtig, wogegen die Bildung und das Halten stiller Reserven nach wie vor "still" erfolgen kann.

mm) Pflichten des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle im Vorfeld der Insolvenz der AG

366 Art. 725 OR ist die gesetzlich institutionalisierte *Notbremse* bei der Talfahrt einer AG. Der Gesetzestext lautet:

"Art. 725. - VII. Kapitalverlust und Überschuldung. - 1. Anzeigepflichten

1 Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen.

2 Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten."

367 Aus diesen Bestimmungen ergeben sich zwei verschiedene Tatbestände, bei denen der Verwaltungsrat in Aktion zu gehen hat, nämlich

- a) der Verlust von mehr als der Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven (Abs. 1), und
- b) die "begründete Besorgnis einer Überschuldung" (Abs. 2).

368 Der erstgenannte Tatbestand (**Verlust von mehr als der Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven**) und die entsprechende Handlungspflicht des Verwaltungsrat entsteht in der Regel zwischen Februar und April eines Jahres, sobald die "*letzte Jahresbilanz*" (per 31.12. des Vorjahres) mitsamt dem Revisionsstellen-Testat vorgelegt wird. Zu anderen Jahreszeiten hat der VR keine Verpflichtungen gemäss Art. 725 OR Abs. 1.

369 Erkennt die Revisionsstelle, dass mehr als die Hälfte des Aktienkapitals verloren ist, so schreibt sie in den Revisionsstellenbericht routinemässig: "*Da die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, weisen wir den Verwaltungsrat auf seine Verpflichtung gemäss Art. 725 Abs. 1 OR hin.*" - Dieser Vermerk ist für den Verwaltungsrat unangenehm. Er bedeutet etwa gleichviel wie für den Piloten das Alarmsignal: "Sie müssen unverzüglich die Notlandung einleiten!"

370 Um die Vorschrift von Art. 725 Abs. 1 OR bilanzmässig zu verstehen, mag man sich die Bilanz einer AG denken, die auf der Passivseite als Basis ein Aktienkapital von 100, darüber gesetzliche Reserven von 20 und als obersten Passivposten Bankschulden von 80 verzeichnet hat (totale Bilanzsumme 200). Auf der Aktivseite ist im oberen Teil das Umlaufvermögen im Betrag von 100, im unteren Teil das Anlagevermögen, ebenfalls im Betrag von 100, verzeichnet. Durch schlechten Geschäftsgang vermindert sich in einem Jahr das Umlaufvermögen auf 50, während die Passiven unverändert bleiben. Um beide Seiten der Bilanz auszugleichen, muss auf der Aktivseite die Position "Verlustvortrag" im Betrag von 50 eingesetzt werden. Diese Position ist in der

graphischen Darstellung zuunterst, d.h. unterhalb des Anlagevermögens, einzutragen. Bei weiterdauerndem schlechtem Geschäftsgang wächst diese Position und frisst sich immer höher in die Aktivseite der Bilanz hinauf. Sobald dieser Verlustvortrag den Betrag von 60 übersteigt, ist *"die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt"*: In diesem Augenblick entsteht die Rechtspflicht des Verwaltungsrates, die vom Gesetz vorgeschriebene Sanierungs-Generalversammlung einzuberufen.

- 371 Wenn die beschriebene Situation vorliegt, hat der Verwaltungsrat eine Generalversammlung einzuberufen und ihr *"Sanierungsmassnahmen zu beantragen"*. Die Generalversammlung ist aber nicht verpflichtet, solche Sanierungsmassnahmen zu beschliessen.
- 372 Als Sanierungsmassnahmen fallen namentlich in Betracht **(a)** der Verzicht von Aktionären auf ihre Darlehensguthaben gegenüber der AG, **(b)** die Umwandlung von Darlehensguthaben in Aktienkapital durch eine Kapitalerhöhung, die durch Verrechnung mit bestehenden Darlehen liberiert wird, **(c)** der Rangrücktritt von Gläubigern, insbesondere Banken (d.h. ihre Erklärung, im Konkursfall hinter die Gläubiger der ersten drei Konkursklassen zurückzutreten und erst dann Befriedigung aus dem Konkursergebnis zu verlangen, wenn die Gläubiger der ersten drei Klassen voll befriedigt sind), sowie **(d)** die Zuführung frischen Geldes anlässlich einer Kapitalerhöhung oder in Form eines von Anfang an im Range zurückgestellten Darlehens⁵⁵.
- 373 Wächst der Verlustvortrag auf der Aktivseite der Bilanz weiterhin in die Höhe und übersteigt er in dem vorn gegebenen Beispiel den Betrag von 120, so beginnen die Verbindlichkeiten (hier die Bankschulden) ungedeckt zu sein. Sobald der Verlustvortrag auf der Aktivseite der Bilanz die Summe von Aktienkapital und Reserven auf der Passivseite übersteigt, beginnt die *"Überschuldung"* im Sinne der gesetzlichen Terminologie.
- 374 Die **begründete Besorgnis der Überschuldung** gemäss Art. 725 Abs. 2 OR kann sich zu jeder Jahreszeit einstellen. Der Gesetzgeber geht zwar davon aus, dass sich in der Regel zuerst eine Situation gemäss Art. 725 Abs. 1 (Verlust des halben Aktienkapitals) und später eine Situation gemäss Art. 725 Abs. 2 (begründete Besorgnis der Überschuldung) einstellt. Aber oft ergibt sich die begründete Besorgnis der Überschuldung, ohne dass vorher in einer Jahresbilanz der Verlust der Hälfte des Aktienkapitals sichtbar gewesen wäre, etwa dann, wenn während des laufenden Geschäftsjahres wegen eines Kurssturzes, eines schlecht verlaufenden Gerichtsverfahrens oder eines Naturereignisses wesentliche Aktiven ihren Wert verlieren oder neue Passiven (z.B. Haftpflicht-Schulden) in grosser Höhe entstehen.
- 375 Art. 725 Abs. 2 OR erfordert deshalb eine permanente Wachsamkeit des Verwaltungsrates; es genügt nicht, dass der Verwaltungsrat im April jedes Jahres einen Blick auf die testierte Bilanz per 31. Dezember des Vorjahres wirft. Die Handlungspflicht des Verwaltungsrates entsteht, sobald das Risiko der Überschuldung für einen aufmerksamen Kaufmann nach objektiven Beurteilungskriterien erkennbar wird. Diese Erkennbarkeit wird vom Gesetz mit dem Begriff der "begründeten Besorgnis" umschrieben. Ob die einzelnen Verwaltungsratsmitglieder das Risiko der Überschuldung tatsächlich bemerken, d.h. ob sie subjektiv "besorgt" oder in leichtfertiger Weise "unbesorgt" sind, spielt keine Rolle.

⁵⁵ Die mit Rangrücktritt versehenen Darlehen werden auch *subordinierte Darlehen* genannt.

- 376 Die Handlungspflicht des Verwaltungsrates bei der begründeten Besorgnis der Überschuldung besteht in der sofortigen Erstellung einer *doppelten Zwischenbilanz*, nämlich (a) zu Fortführungswerten und (b) zu Liquidationswerten. Während die Bilanzierung der Aktiven zu Fortführungswerten meist nicht stark von deren bisherigen Buchwerten abweicht - es handelt sich um den Nutzwert, den ein Aktivum für die weiter arbeitende Unternehmung hat -, bringt die Bilanzierung zu Liquidationswerten in der Regel eine herbe Ernüchterung. Bei dieser Bewertung geht es um die Frage, zu welchem Preis ein Aktivum jetzt gerade am Markt voraussichtlich verkauft werden könnte. Halbfabrikate sind bei einer solchen Fragestellung meist wertlos, ja mit einem negativen Wert behaftet (Entsorgungskosten). Liegenschaften sind wenig wert, weil die Liquidation nur eine Veräusserung zu Schleuderpreisen erlaubt.
- 377 Allerdings genügt es gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 725 Abs. 1 OR, dass die Passiven *entweder* bei Fortführungs- *oder* bei Liquidationsbewertung der Aktiven noch gedeckt sein müssen. Ist die Bilanz zu Fortführungswerten also noch intakt, zu Liquidationswerten dagegen überschuldet, so darf die Unternehmung weitergeführt werden. - Liegt hingegen kumulativ bei Fortführungs- und bei Liquidationsbewertung der Aktiven eine Ueberschuldung vor, so ist das Gericht zu benachrichtigen.
- 378 Das benachrichtigte Gericht hat in der Folge den Konkurs über die Gesellschaft zu eröffnen. Er kann gemäss Art. 725a OR die Konkurseröffnung aufschieben, wenn Aussicht auf eine Sanierung besteht.
- 379 Im Wirtschaftsjargon heisst diese Benachrichtigung des Gerichts auch "*Deponieren der Bilanz*" (die Bilanz mit dem Überschuldungsattest wird zu Füssen des Gerichts deponiert).
- 380 Sowohl die Pflicht, bei Unterdeckung der " *Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven*" wie auch die Pflicht zur Zwischenbilanzierung bei "*begründeter Besorgnis einer Überschuldung*" und die Pflicht zur Bilanzdeponierung bei Aufscheinen der Überschuldung in der Zwischenbilanz fallen in die *persönliche Verantwortung sämtlicher Verwaltungsratsmitglieder* (Art. 754 OR). Unterlassen sie eine dieser Massnahmen zu einem Zeitpunkt, in welchem sie bei nachträglicher Beurteilung geboten gewesen wäre, so werden die Verwaltungsratsmitglieder mit ihrem Privatvermögen gegenüber den dadurch geschädigten Gesellschaftsgläubigern haftbar.
- 381 Die gleiche finanzielle Haftung trifft die Revisionsstelle, die nicht ihrerseits anlässlich ihrer Prüfungshandlungen auf die Pflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 725 OR hinweist, wo diese Pflicht aktuell wird.
- 382 Wachsamkeit ist vom Verwaltungsrat und von der Unternehmensleitung auch geboten bezüglich der *Liquidität*. Im OR steht davon zwar nichts. Aber es ist allbekannt, dass die Unternehmung trotz gesunder Bilanz kurzfristig bankrott gehen kann, wenn sie nicht über genügende flüssige Mittel verfügt, um die laufenden Zahlungspflichten zu erfüllen. Unachtsamkeit bezüglich der Liquidität ist ein Managementfehler, der zur Haftpflicht der verantwortlichen Organe führen kann.
- 383 Art. 725 in Verbindung mit Art. 754 OR führt dazu, dass bei jedem grösseren Gesellschaftskonkurs untersucht zu werden pflegt, ob solvente Verwaltungsratsmitglieder und Revisionsstellen vorhanden sind, denen für Unterlassungssünden oder verspätete Bilanzdeponierung ein Vorwurf gemacht und von denen dann auf dem Wege der Verantwortlichkeitsklage Beiträge an den Konkursverlust hereingeholt werden können. Wurde die Bilanz pflichtwidrig zu spät deponiert, so haften die Verwaltungsratsmit-

glieder (und gemäss Art. 755 OR unter Umständen auch die Revisionsstelle) für den sogenannten *Verzögerungsschaden*, d.h. jene Konkursverluste von Gläubigern, die nicht entstanden wären, wenn die Bilanz pflichtgemäss zu einem früheren Zeitpunkt deponiert worden wäre.

9. Die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764-771 OR)

- 384 Die Kommanditaktiengesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, deren Geschäftsführer für die Gesellschaftsschulden persönlich haften. Die Kommanditaktiengesellschaft ist eine juristische Person.
- 385 In der Schweiz existiert nur ca. ein Dutzend Kommanditaktiengesellschaften. Dies deutet auf die mangelnde Praktikabilität der Rechtsform hin. Die geringe Zahl von Kommanditaktiengesellschaften hat zur Folge, dass die sich stellenden Rechtsfragen kaum jemals durch die Gerichte ausgeleuchtet werden. Aus diesem Grund kann keinem Unternehmer empfohlen werden, sein Unternehmen als Kommanditaktiengesellschaft auszugestalten. Mehr ist über die Rechtsform an dieser Stelle nicht zu sagen.

10. Die Genossenschaft (Art. 828-926 OR)

a) Allgemeines

- 386 Die Genossenschaft ist eine juristische Person mit dem Zweck, **bestimmte** wirtschaftliche Interessen ihrer Mitglieder in **gemeinsamer Selbsthilfe** zu fördern. Es gibt Einkaufsgenossenschaften, Verkaufsgenossenschaften, landwirtschaftliche Betriebsgenossenschaften etc.
- 387 Das Wort "*bestimmte*" bedeutet: Der allgemeine (und damit "unbestimmte") Zweck, Geld zu verdienen, ist der Genossenschaft fremd. Vielmehr geht es bei der Genossenschaft um die Erzielung von Kostenersparnissen und Leistungsverbesserungen der Mitglieder durch den gemeinsamen Einkauf von Waren, durch den gemeinsamen Betrieb landwirtschaftlicher Maschinen, durch die gemeinsame Vermarktung der Produkte der Genossenschafter etc. Die Genossenschaft bezweckt also nicht die Erzielung eines Gewinns, sondern sie bezweckt eine Hilfestellung an ihre Mitglieder, damit diese in ihren eigenen Betrieben grössere Gewinne machen oder Geld sparen können. Die Genossenschaft ist keine Geldmaschine, sondern tätige Dienerin ihrer Mitglieder.
- 388 In steuerlicher Terminologie kann gesagt werden, dass die Genossenschaft dazu da ist, ihren Gesellschaftern nicht Geld, sondern bestimmte geldwerte Leistungen (Preisvorteile, faktische Unterstützung bei der Berufsausübung) zu erbringen.
- 389 Die grössten Genossenschaften in der Schweiz sind der Migros-Genossenschaftsbund und die COOP. Diese Grossgenossenschaften nähern sich in ihrem tatsächlichen Verhalten den grossen Aktiengesellschaften an, sind selber unverkennbar gewinnstrebig und haben kaum mehr eine genossenschaftlich-persönliche Beziehung zu ihren Mitgliedern.
- 390 **Eignung:** Die Genossenschaft sollte als Gesellschaftsform richtigerweise nur gewählt werden, wenn der persönliche Bezug der Mitglieder zu den Einrichtungen und Leistungen der Genossenschaft bedeutsam ist, d.h. zu Zwecken, bei denen die Genossenschaftstätigkeit tatsächlich den Charakter der gemeinsamen Selbsthilfe hat.
- 391 Für Unternehmen, die ihre Leistungen teilweise oder vorwiegend (auch) an das breite Publikum von Nicht-Genossenschafte rn anbieten, ist die Rechtsform der Genossenschaft unpassend (obgleich nicht verboten). Dies war in der Vergangenheit der Fall für

die als Genossenschaften ausgestaltet gewesenen Unternehmungen der Schweizerischen Volksbank und der Schweizerischen Rentenanstalt, und es ist heute noch der Fall für die Konsumgenossenschaften COOP und MIGROS. Für diese Unternehmungen ist die AG die einzig richtige Rechtsform.

- 392 **Handelsregistereintrag und Firma:** Die Genossenschaft wird ins Handelsregister eingetragen. Der Eintrag ist konstitutiv⁵⁶ (Art. 830 und 838 Abs. 1 OR). Für die Firmenbildung gelten die gleichen Grundsätze wie bei der AG (Art. 950 OR).
- 393 **Entstehung der Genossenschaft:** Die Genossenschaft entsteht, wie die AG, in zwei Schritten. Anlässlich der *Gründungsversammlung* (Art. 834 OR) unterzeichnen die Gründer (mindestens sieben; Art. 831 Abs. 1 OR⁵⁷) die Statuten. Der Beizug einer öffentlichen Urkundsperson ist jedoch nicht erforderlich. Die Genossenschaft braucht von Gesetzes wegen kein statutarisch fixiertes Kapital, sodass das Gesetz auch nicht die Zeichnung und Liberierung von Kapitalanteilen anlässlich der Gründung verlangt.
- 394 Im zweiten Schritt wird die erfolgte Gründung (Gründungsurkunde und unterzeichnete Statuten) beim Handelsregisteramt angemeldet. Mit dem Handelsregistereintrag erwirbt die neu gegründete Genossenschaft das Recht der Persönlichkeit.
- 395 **Beendigung der Genossenschaft:** Es gilt das für die AG Gesagte, und zwar kraft ausdrücklichen Verweises des Gesetzes (Art. 913 Abs. 1 OR). Abweichend von den Regeln der AG gilt, dass ein allfälliger Liquidationsüberschuss den Genossenschaftern *nach Köpfen* zugeteilt wird (Art. 913 Abs. 3 OR), sofern die Statuten eine solche Verteilung überhaupt vorsehen, andernfalls zu genossenschaftlichen oder gemeinnützigen Zwecken spendet werden muss (Art. 913 Abs. 4 OR).
- 396 **Gesellschafterwechsel:** Die Veränderungen im Mitgliederbestand vollziehen sich bei der Genossenschaft auf dem Wege von *Eintritt* und *Austritt*, nicht durch die Übertragung von Anteilscheinen (Art. 849 Abs. 1 OR). Ist die Mitgliedschaft an Grundeigentum gebunden, beispielsweise die Mitgliedschaft in einer Alpengenossenschaft an den Grundbesitz innerhalb einer bestimmten Berggemeinde, so kann die Übertragung des Grundbesitzes auch als Übertragung der Genossenschaftsmitgliedschaft wirken (Art. 850 OR).
- 397 Gemäss Art. 839 Abs. 2 OR gilt bei Genossenschaften das *Prinzip der offenen Tür*: Die Statuten dürfen den Eintritt neuer Mitglieder nicht übermässig erschweren und müssen das Prinzip der nicht geschlossenen Mitgliedschaft respektieren.

b) Struktur der Genossenschaft

- 398 Das OR sieht zwingend drei Organe, die *Generalversammlung*, die *Verwaltung* und die *Revisionsstelle* vor. Hinzu kommt in der Praxis zuweilen ein viertes, der Verwaltung untergeordnetes Organ (Direktion oder Konzernleitung).
- 399 Für das **Innenverhältnis** zwischen den Genossenschaftern gilt:

⁵⁶ Zum Begriff des konstitutiven Handelsregistereintrags vgl. Ziff. 16.

⁵⁷ Die Mindestzahl von sieben Mitgliedern ist für die Genossenschaft begriffsnotwendig, weil das Wesensmerkmal der Genossenschaft, nämlich "gemeinsame" Selbsthilfe, eine Mehrheit von Mitgliedern voraussetzt. Da der Gesetzgeber die Schwelle zur "Gemeinsamkeit" bei mindestens sieben angesetzt hat, hört eine Genossenschaft beim Unterschreiten dieser Zahl ohne weiteres auf, zu existieren. Dies jedenfalls ist die Meinung des Bundesgerichts in BGE 138 III (2012) S. 407 ff.

- 400 **Beitragsleistungen der Genossenschafter:** Die Genossenschafter unterstehen von Gesetzes wegen der *Treuepflicht* (Art. 866 OR). Diese Pflicht führt bei kleinen Genossenschaften zu konkreten Leistungs- und Unterlassungspflichten, ist dagegen bei Grossgenossenschaften wie COOP und MIGROS völlig inhaltlos.
- 401 Die Statuten können sodann eine Vielzahl *persönlicher Leistungs-, Duldungs- und Unterlassungspflichten* für die Mitglieder statuieren. Als Beispiele mögen erwähnt sein: bei einer Milchverwertungsgenossenschaft die Leistungspflicht der angeschlossenen Bauern, alle frisch gemolkene Milch bis spätestens 7 Uhr Morgens in der Genossenschaftsmolkerei abzuliefern, ferner die Duldungspflicht, den Genossenschaftsorganen jederzeit Zugang zum Stall zu gewähren zwecks Ueberprüfung der Hygiene, schliesslich die Unterlassungspflicht, Milch auf eigene Rechnung an Dritte zu verkaufen (Konkurrenzverbot).
- 402 Da die Genossenschaft ohne Grundkapital bestehen kann, ist die Leistung einer Geld-einlage keine Bedingung für den Erwerb der Mitgliedschaft. Sehen die Statuten ein Grundkapital bzw. *Genossenschaftskapital* vor (was gemäss Art. 833 Ziff. 1 OR zulässig ist), so ist dieses Kapital in Anteilscheine zu unterteilen. Jeder Genossenschafter muss mindestens *einen* Anteilschein übernehmen (Art. 853 Abs. 1 OR).
- 403 Die Statuten können sodann Pflichten zu periodischen Beiträgen vorsehen (wie beim Verein). Ferner können sie die Mitglieder verpflichten, Genossenschaftsverluste zu decken (Deckungspflicht). Zulässig ist sogar die statutarische Regelung, wonach die Genossenschafter für Genossenschafts-Schulden persönlich haften (Art. 869-878 OR).
- 404 Diese Bestimmungen machen es empfehlenswert, *vor* jedem Beitritt zu einer Genossenschaft deren Statuten genau zu lesen.
- 405 **Rechte der Genossenschafter:** Den weitgehenden Pflichten der Genossenschafter entsprechen ihre Rechte. Wichtigstes Recht ist das Recht auf *Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen und Inanspruchnahme der genossenschaftlichen Dienstleistungen*.
- 406 **Geschäftsführung:** Die Geschäftsführung steht der Verwaltung zu. Deren Kompetenzen sind in Art. 902 f. OR ähnlich wie diejenigen des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft umschrieben. Anders als bei der Aktiengesellschaft ist die Genossenschaftsverwaltung zwingend eine *Kollegialbehörde*, bestehend aus mindestens drei Mitgliedern (Art. 894 Abs. 1 OR).
- 407 Die Übertragung der operativen Geschäftsführung an eine Direktion oder Konzernleitung ist zulässig.
- 408 **Gesellschaftsbeschlüsse:** Als Besonderheit ist zu merken, dass in der Generalversammlung der Genossenschaft gemäss der zwingenden Bestimmung von Art. 885 OR das *Kopfstimmrecht* gilt. Damit wird - in schärfstem Gegensatz zum Aktienrecht - für das wichtigste Herrschaftsrecht, nämlich das Stimmrecht, die absolute demokratische Gleichheit aller Genossenschafter statuiert.
- 409 Das strikte Kopfstimmrecht hat zur Folge, dass Genossenschaften keine Objekte des Kapitalmarkts sein können. Während bei Aktiengesellschaften jede längerdauernde Führungsschwäche zu einem Kursschwund der Aktien führt und damit finanzkräftige Konkurrenten anzieht, welche zu einem günstigen Preis die Stimmenmehrheit aufkaufen und sich das Unternehmen einverleiben, funktioniert dieser Mechanismus bei Genossenschaften nicht. Ein Investor mag Genossenschaftsanteile in beliebiger Zahl

zusammenkaufen - immer hat er nur ein einziges Stimmrecht und also nie die Mehrheit in der Generalversammlung.

- 410 Bei Grossgenossenschaften mit mehr als 300 Mitgliedern können die Statuten die Generalversammlung ersetzen durch eine *Delegiertenversammlung* (Art. 892 OR). Die direkte Demokratie kann in diesen Fällen also durch die indirekte ersetzt werden. Eine Ausnahme vom Einberufungserfordernis macht die sogenannte *Universalversammlung*, d.h. die gleichzeitige Anwesenheit sämtlicher Genossenschafter. Die Gesamtheit der Genossenschafter kann sich, wenn Einstimmigkeit besteht, jederzeit und an jedem Ort als Genossenschafterversammlung konstituieren und dabei auf die Einberufungsformalitäten verzichten (Art. 809 Abs. 5 OR).
- 411 Die Genossenschafter können ihre Beschlüsse auch auf dem Wege der *Urabstimmung*⁵⁸ fassen, wenn die Statuten diese Möglichkeit ausdrücklich vorsehen (Art. 880 OR).
- 412 Als weitere Abweichungen vom Recht der AG ist zu merken, dass in der Generalversammlung *Stellvertretung* nur in engem Rahmen zulässig ist, nämlich nur *durch einen anderen Genossenschafter*, wobei gemäss Art. 886 Abs. 1 OR jeder Anwesende höchstens *ein* abwesendes Mitglied vertreten darf - auch dies zwecks Wahrung der demokratischen Gleichheit an der Versammlung.
- 413 **Gewinn- und Verlustbeteiligung:** Gewinnausschüttungen sind, da die Genossenschaft typischerweise nicht gewinnstrebig ist, nicht üblich. Sie sind nur zulässig, wenn sie in den Statuten ausdrücklich vorgesehen sind (Art. 859 Abs. 1 OR). Die allfällige Dividende darf den Zinsfuss für langfristige ungesicherte Darlehen nicht übersteigen (Art. 859 Abs. 3 OR). - Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber verhindern, dass jemand aus finanziellem Interesse einer Genossenschaft beitrifft. - Bezüglich der Verlustbeteiligung wird auf das vorn, Ziff. 403, Gesagte verwiesen.
- 414 Für das **Aussenverhältnis** der Genossenschaft gegenüber Nicht-Genossenschaf tern ("Dritten") gilt das für die AG Gesagte. Abweichungen bestehen, wenn die Genossenschaftsstatuten eine persönliche Haftung der Genossenschafter vorsehen. Vgl. vorn, Ziff. 403.

⁵⁸ Zum Begriff der Urabstimmung vgl. Ziff. 270 f.

5. Kapitel: Die Wertpapiere

A. Ein Papier als Übertragungsinstrument

415 Die Übertragung subjektiver Privatrechte muss aus praktischen Gründen sichtbar, im Streitfall beweisbar gemacht werden. Bei Liegenschaften geschieht dies durch die Änderung des Grundbucheintrags. In anderen Fällen geschieht es durch schriftliche Dokumentation (z.B. durch einen Vertrag) oder durch bloße Übergabe einer körperlichen Sache aus dem Zugriffsbereich einer Person in denjenigen einer anderen (man denke an den Warenkauf im Ladengeschäft). Wenn Konflikte vermieden werden sollen, müssen im Zeitpunkt der Rechtsübertragung zwei Dinge sichtbar gemacht werden:

a) die Zuständigkeit des bisher Berechtigten, das betreffende Recht seinem Rechtsnachfolger zuzuordnen bzw. zugunsten des Rechtsnachfolgers über das betreffende Recht zu verfügen;

b) dass der Rechtsnachfolger fortan der an diesem Rechte Zuständige ist. Diese neue Zuständigkeit muss auch in der Zukunft andauernd gegenüber Dritten sichtbar bleiben oder bei Bedarf sichtbar gemacht werden können.

416 Für bestimmte subjektive Rechte, die häufig und rasch übertragen werden, hat sich als nützlich erwiesen, die jeweilige Rechtszuständigkeit und ihre Übertragung von einer Person auf eine andere durch *ein einziges Papier* sichtbar zu machen. Wer das Papier in Händen hat, ist der Berechtigte. Wechselt das Papier die Hand, so gilt dies als Übertragung des Rechts. Solche Papiere heißen Wertpapiere. Der Begriff des Wertpapiers ist im Gesetz definiert:

"Art. 965 OR: Begriff des Wertpapiers:

Wertpapier ist jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht, noch auf andere übertragen werden kann."

417 Die Funktion des Wertpapiers besteht also darin, ein Recht, etwas Abstraktes, in körperlicher Greifbarkeit darzustellen. Das Recht wird dadurch leichter handelbar gemacht.

B. Besonderheiten des wertpapierrechtlichen Rechtsverhältnisses

418 Dem Vorteil der Handelbarkeit stehen zwei Nachteile gegenüber:

419 a) Wer das Wertpapier verliert, läuft Gefahr, auch sein Recht zu verlieren. Um dies zu vermeiden, muss der Verlierer (z.B. eines Checks) dem Wertpapierverpflichteten (der Bank) Mitteilung vom Verlust machen, bevor der Verpflichtete an einen (unberechtigten) Wertpapierinhaber mit befreiender Wirkung leistet. Alsdann muss der Verlierer die kostspielige und zeitaufwendige Kraftloserklärung des verlorenen Wertpapiers durch ein gerichtliches Urteil beantragen.

Exkurs zur Terminologie: Die Kraftloserklärung von Wertpapieren wird als *Amortisation* bezeichnet (von französisch "à mort" = zu Tode [bringen]). Das gleiche Fremdwort wird auch für die Tilgung von Darlehens-, namentlich Hypothekarschulden, ferner für die Herabsetzung des Buchwertes von Aktiven in der Bilanz (d.h. für ihre Abschreibung) verwendet. Wegen dieser mehrfachen Bedeutung ist es nützlich, das Wort "Amortisation" grundsätzlich zu vermeiden und statt dessen die präzise-

ren Begriffe der Kraftloserklärung, der ratenweisen Schuldentilgung und der Abschreibung zu verwenden.

- 420 Die Kraftloserklärung von Wertpapieren erfolgt durch das zuständige *Zivilgericht*. Das Verfahren dauert im Durchschnitt ein Jahr und verursacht zulasten des Gesuchstellers Verfahrenskosten von 1'000 bis 2'000 Franken.
- 421 Erst wenn das Kraftloserklärungs-Urteil vorliegt und publiziert ist, kann der Verlierer das bis dahin mit dem Wertpapier verknüpfte Recht auch ohne das Wertpapier geltend machen. Durch das Gerichtsverfahren werden Recht und (verlorenes) Papier voneinander getrennt.
- 422 **b)** Wenn das Wertpapier in falsche Hände gerät, muss der Verpflichtete eventuell "zu Unrecht" leisten, d.h. obwohl er dem ursprünglichen Inhaber des Papiers nicht hätte leisten müssen. Man denke an einen Eigenwechsel, den der Wechselverpflichtete während eines Auslandsaufenthaltes einem hiesigen Freund zur sicheren Aufbewahrung übergibt. Dabei ist zwischen den beiden Freunden ausdrücklich oder stillschweigend verabredet, dass der Aufbewahrer des Wechsels nicht Gläubiger des Ausstellers werden soll, sondern bloss das Papier sicher verwahrt hält. Kraft dieser Abrede schuldet der Wechselverpflichtete dem Aufbewahrer die Wechselsumme nicht. Würde der Aufbewahrer versuchen, den Wechsel als Forderungspapier gegenüber seinem Freund geltend zu machen, so stünde dem Freund die getroffene Vereinbarung der blossen Aufbewahrung als Einrede zur Verfügung. Es würde sich um eine Einrede handeln, die sich im Sinne von Art. 1007 OR auf die *unmittelbare Beziehung* des Wechselinhabers zu dem Aussteller gründet.
- 423 Aus der soeben zitierten Bestimmung von Art. 1007 OR ergibt sich umgekehrt, dass der Aussteller des Wechsels plötzlich in eine unvorhergesehene und ungerechtfertigte Zahlungspflicht gerät, wenn sein Freund den Wechsel veruntreut, indem er ihn einem gutgläubigen Dritten überträgt und diesem Dritten verschweigt, dass der Wechsel bloss zur Aufbewahrung, nicht im Sinne einer Schuldanerkennung übergeben worden war. Der gutgläubige Dritte muss sich gemäss Art. 1007 OR die Einrede der blossen Aufbewahrung nicht entgegenhalten lassen, sondern hat vom Aussteller des Wechsels die volle Wechselsumme zugut. Der Aussteller muss bezahlen und kann sich anschliessend mit einer Schadenersatzforderung gegenüber seinem Freund erholen. Der Freund hat sich durch die Veruntreuung des Wechsels nicht nur schadenersatzpflichtig, sondern auch strafbar gemacht. Aber - und das ist hier das Entscheidende: Der Aussteller des Wechsels muss gegenüber dem gutgläubigen Inhaber des Papiers vorerst einmal zahlen.

C. Wertpapier und Vertragsfreiheit

- 424 Die Parteien eines Rechtsverhältnisses könne ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten auf zwei Arten in Wertpapieren verkörpern, d.h. Recht und Papier miteinander "verknüpfen":
- a) Durch ausdrückliche Vereinbarung, die sogenannte **Wertpapierklausel**. Sie kann etwa folgendermassen lauten: *"Der Berechtigte kann das Recht nur unter Vorlegung der Urkunde geltend machen. Der Verpflichtete befreit sich gültig nur bei Leistung an denjenigen, der die Urkunde vorlegt."* (Auf den genauen Wortlaut der Klausel im Urkundstext kommt es nicht an. Es genügt, dass der gewollte Inhalt klar ist).
- b) Durch Wahl eines Urkundentextes, der nach Gesetz oder Verkehrssitte die Urkunde als Wertpapier erscheinen lässt (z.B. durch das Wort "Wechsel", "Aktie" oder

"Schuldbrief" und die Einhaltung der gesetzlichen Formerfordernisse für die betreffenden Wertpapier-Typen).

- 425 Da die Wertpapiere leicht handelbar sein sollen, hat sich eine Typisierung eingebürgert. Wenn es auch rechtlich nicht ausdrücklich verboten ist, so ist es praktisch schwer möglich, neue Wertpapierformen zu schaffen.
- 426 Natürliche Personen im nicht-kaufmännischen Bereich können ihre Zahlungsverpflichtungen praktisch nur in einer einzigen Form wertpapiermässig verkörpern: durch die Ausstellung eines Eigenwechsels oder die Akzeptierung eines gezogenen Wechsels. Ein abstraktes Zahlungsverprechen mit angehängter Wertpapierklausel, welches nicht die gesetzlichen Formerfordernisse des Eigenwechsels erfüllt, ist kein Wertpapier.
- 427 Zur Typisierung der Wertpapiere gehört auch die Typisierung der Aussteller: Schuldbriefe werden nur vom Grundbuchamt ausgestellt, Aktien von den Aktiengesellschaften, Warenpapiere von den konzessionierten Lagerhaltern, Konossemente von den Schiffsfrachtführern, Kassaobligationen von Banken. Nur diese Aussteller können die betreffenden Wertpapiere gültig ausstellen.

D. Einteilung der Wertpapiere (Begriffliches)

- 428 Von den zahlreichen Fachausdrücken, mit denen das Wertpapierrecht im Laufe der Zeit angereichert worden ist, sind im Rahmen rechtskundlicher Allgemeinbildung die folgenden wissenswert:
- 429 **Dreiteilung: Namenpapiere, Ordrepapiere, Inhaberpapiere.** - Unter *Namenpapieren* versteht man Wertpapiere, auf denen der Name jener Person vermerkt ist, die aus dem Papier wertpapiermässig berechtigt ist. Das im Wertpapier verkörperte Recht kann zwar auf eine andere Person übertragen werden, aber nur auf dem Wege der vertraglichen Abtretung (*Zession*). Der Erwerber erhält nicht ein eigenes Recht aus dem Wertpapier, sondern ein Recht kraft Abtretung. Er kann also nicht stärkere und nicht andere Rechte erwerben als diejenigen, die der im Wertpapier namentlich genannte Berechtigte seinerseits hatte. - Namenpapiere kommen in der Praxis kaum vor, so dass es sich erübrigt, die komplizierten Rechtsverhältnisse bei der Zession von Namenpapieren vertieft zu erörtern.
- 430 *Ordrepapiere*⁵⁹ heissen jene Wertpapiere, auf denen der Name des (ersten) Berechtigten figuriert, bei denen aber die wertpapiermässige Übertragung des Rechtes möglich ist. Ordrepapiere werden dadurch übertragen, dass der bisherige Berechtigte auf der Rückseite des Papiers den Namen des neuen Berechtigten vermerkt und seine eigene Unterschrift unter diesen Vermerk setzt.
- 431 Der neue Berechtigte kann das Wertpapier in der gleichen Weise an einen Dritten übertragen, indem er nun auch dessen Namen auf der Rückseite des Papiers vermerkt und seinerseits unterschreibt.
- 432 Bei Ordrepapieren, die durch mehrere Hände gehen, fügen sich auf der Rückseite Namensvermerke und Unterschriften aneinander. Jeder solche Vermerk samt Unterschrift heisst "*Indossament*". Wenn mehrere Indossamente geschrieben wurden, spricht man von der *Indossamenten-Kette*.

⁵⁹ Im OR findet sich ausschliesslich die französische Schreibweise "*Ordre...*"; neuere Lehrbücher verwenden statt dessen die eingedeutschte Schreibweise "*Order...*".

- 433 **Worterklärung:** Aus dem Italienischen "*in dosso*" (deutsch: auf dem Rücken) stammt die Bezeichnung des auf der Rückseite des Wertpapiers geschriebenen Vermerks des neuen Berechtigten samt Unterschrift des bisherigen Berechtigten.
- 434 Zur Wortbedeutung von Ordrepapier: Neuer Titelinhaber ist jene Person, an die der bisherige Titelinhaber das Papier "beordert", d.h. befiehlt.
- 435 *Inhaberpapiere* sind jene Wertpapiere, auf denen der Name des Berechtigten *nicht* figuriert. Statt dessen steht auf solchen Papieren, berechtigt sei "*der Inhaber*". Berechtig ist also, wer das Papier in seinen Händen hat, und zwar grundsätzlich unabhängig davon, wie und von wem er das Papier erworben hat.
- 436 Als Faustregel ist zu merken: Die meisten Wertpapiere sind von Gesetzes wegen Ordrepapiere. Sie werden zu Namenpapieren ausnahmsweise dann, wenn der Aussteller auf das Papier schreibt: "nicht an Ordre" (sogenannte Recta-Klausel). Sie werden häufig zu Inhaberpapieren gemacht, indem der Aussteller bei der Ausfertigung des Papiers nicht den Namen einer berechtigten Person, sondern statt dessen "Inhaber" auf das Papier schreibt.
- 437 Inhaberpapiere sind im Geschäftsverkehr bequemer, weil sie ohne Formalitäten von Hand zu Hand weitergegeben, namentlich verkauft werden können. Sie sind für den Schuldner jedoch gefährlicher als die Ordrepapiere, indem Inhaberpapiere durch Verlust oder Diebstahl in unbefugte Hände geraten können und, wenn sie an gutgläubige Erwerber weitergegeben werden, zur Pflicht des Schuldners führen, eine durch Delikt begründete Forderung zu honorieren. Bei Ordrepapieren schuldet der Schuldner grundsätzlich nur, wenn die Indossamentenkette in Ordnung ist. Jede Person, die auf der Rückseite eines Ordrepapiers indossiert, haftet selber solidarisch für die im Wertpapier verkörperte Schuld. Dies zwingt die Beteiligten bei der Zirkulation von Ordrepapieren zur Sorgfalt und bietet dem Schuldner einen entsprechenden Schutz gegen Verlust, Diebstahl und Veruntreuung des Wertpapiers.
- 438 **Einteilung der Wertpapiere nach Art des verbrieften Rechts: Forderungspapiere, sachenrechtliche Papiere, gesellschaftsrechtliche Papiere.** - Forderungspapiere verkörpern eine Geldforderung, meist als Forderung eines festen Kapitalbetrags zuzüglich Zins zu einem im Wertpapier vermerkten Zinssatz. Check und Wechsel sind jene Forderungspapiere, die nur eine Kapitalforderung verkörpern. Obligationen und Kassenobligationen gewähren meist auch Anspruch auf Verzinsung, Aktien einen Anspruch auf Gewinnausschüttung. Sind solche Wertpapiere an einer Börse kotiert, so wird dem Papier meist ein Couponbogen beigefügt, von welchem sich briefmarkengrosse nummerierte Coupons bei Fälligkeit der Zins- oder Gewinnzahlungen abtrennen und bei den Banken einlösen lassen. Die Coupons sind, sobald sie vom Hauptpapier abgetrennt sind, selbständige Wertpapiere, in der Regel Inhaberpapiere.
- 439 Zu den *sachenrechtlichen Wertpapieren* gehören der Schuldbrief und der Seefrachtbrief (Konnossement). Diese Typen von Wertpapieren werden hinten näher erläutert. Sie weisen keine Couponbögen auf.
- 440 Die *gesellschaftsrechtlichen Wertpapiere* umfassen die **Aktie** und (in Zukunft) den als Namenpapier ausgestalteten Anteilschein an einer GmbH. Börsenkotierte Aktien sind regelmässig mit Couponbögen zum Bezug der jährlich ausgeschütteten Dividende ausgestattet.

E. Wertpapiere mit aufgeschobenem Titeldruck

- 441 Das Wertpapierrecht hatte vom Mittelalter bis ins 19. Jahrhundert eine grosse Bedeutung, indem wesentliche Teile des Güter- und Zahlungsverkehrs mit Wertpapieren abgewickelt wurden, die tatsächlich von Hand zu Hand gingen, indossiert und übertragen wurden. Die neuen Automationstechnologien der letzten Jahrzehnte haben die wirtschaftliche Bedeutung der Wertpapiere derart schrumpfen lassen, dass an gewissen juristischen Fakultäten diskutiert wird, das Wertpapierrecht als Unterrichtsfach fallen zu lassen.
- 442 Die den Schweizer Banken zur Aufbewahrung anvertrauten Aktien und Obligationen börsengängiger Schweizer Gesellschaften sind zum überwiegenden Teil an einem einzigen zentralen Ort eingelagert und werden physisch nicht bewegt, auch wenn solche Papiere vom Kunden einer Bank über die Börse an den Kunden einer andern Bank verkauft werden. Das Geschäft führt lediglich zu einer Umbuchung beim zentralen Lagerhalter.
- 443 Aber auch dies wird von den börsenkotierten Gesellschaften und den Banken mehr und mehr als unnütze Beschwer empfunden. Die grossen börsenkotierten Aktiengesellschaften geben demgemäss heute ihre Namenaktien nicht mehr in Papierform aus, fertigen also keine Wertpapiere mehr aus, sondern begnügen sich damit, dem Berechtigten in Briefform zu bestätigen, dass er als Berechtigter im Aktienbuch vermerkt ist und demgemäss Anspruch auf den Bezug seiner Aktien in Wertpapierform hat.
- 444 Um klarzumachen, dass die Gesellschaft mit diesem Bezug nicht ernsthaft rechnet, verzichtet sie auf die drucktechnische Ausfertigung ihrer Aktien insgesamt und teilt ihren Aktionären mit, der Druck der Aktien sei aufgeschoben. Damit wird der Anspruch jedes Aktionärs, den Titeldruck und die Aushändigung seiner Aktien in Wertpapier zu verlangen, theoretisch anerkannt. Aber dem Aktionär wird gleichzeitig zu verstehen gegeben, dass der physische Bezug seiner Aktien unerwünscht ist und, wenn ein Aktionär dies jemals verlangen sollte, mit zeitlichen Verzögerungen und erheblichen Kosten verbunden wäre.
- 445 Dank des Kunstgriffs des "*aufgeschobenen Titeldrucks*" (der nach der Meinung der Aktiengesellschaft nicht bloss aufgeschoben ist, sondern nie stattfinden soll) ist es möglich, mit hunderttausenden von Aktionären rein computermässig umzugehen und den Aufwand der Lagerhaltung bezüglich der Wertpapiere einzusparen.

F. Katalog der gebräuchlichsten Wertpapiere und Beweisurkunden

- 446 Im nachfolgenden Katalog werden in direkter Rede, zuweilen in Dialogform, die wesentlichen Verpflichtungen und anderen Erklärungen der Urkundsparteien wiedergegeben. Die Darstellung will den Inhalt der betreffenden Papiere didaktisch verständlich machen. Sie gibt jedoch nicht alle zur Gültigkeit des Papiers nötigen Einzelheiten wieder und weicht von den üblichen, für den Laien zum Teil unverständlich verschlüsselten Formulierungen der gängigen Papiere ab. Einzelheiten zu den wichtigsten Wertpapieren folgen im nächsten Abschnitt des vorliegenden Kapitels.
- 447 Der Vollständigkeit halber sind im nachfolgenden Katalog nicht nur Wertpapiere, sondern auch andere, im Rechtsverkehr gebräuchliche Urkunden dargestellt.

1. Grundpfandverschreibung (Art. 824 ZGB)

- 448 *"Für meine Schuld aus dem erhaltenen Darlehen [oder einem anderen Rechtsgrund, der in der Urkunde stets genau anzugeben ist] von CHF 150'000.-- bestelle ich hiermit der Gläubigerin, nämlich der Bank X, ein Pfandrecht an meiner Liegenschaft Y und ermächtige das Grundbuchamt zum Eintrag dieses Pfandrechts. - Sig. Alois Glutz, Grundeigentümer."*

Die Grundpfandverschreibung ist kein Wertpapier.

2. Schuldbrief (Art. 842 ZGB)

- 449 **A. Namensschuldbrief:**

"Ich bekenne hiermit, dem Schweizerischen Bankverein, Basel, oder dessen Ordre ..."

B. Inhaberschuldbrief:

"Ich bekenne hiermit, dem Inhaber dieser Urkunde ..."

C. Eigentümerschuldbrief:

"Ich bekenne hiermit, dem Grundeigentümer [d.h. mir selber!] oder seiner Ordre ..."

A., B., C. (Fortsetzung): *"... den Betrag von CHF 150'000.-- zu schulden [der Rechtsgrund dieser Schuld darf in der Urkunde nicht genannt werden] und gemäss folgenden Bestimmungen zu verzinsen und zurückzubezahlen: ..."*

Zur Sicherheit für diese Schuld, Kapital und Zinsen bestelle ich ein Pfandrecht im ersten Rang auf meiner Liegenschaft Bahnhofstr. 12, in Muttenz. - Sig. Franz Mettler, Grundeigentümer." (Die Unterschrift des Schuldners, Verpfänders bzw. des Grundeigentümers wird auf dem Titel neuerdings meist weggelassen).

Rückseite der Urkunde:

Bescheinigung des Grundbuchführers: *"Das Pfandrecht wurde durch mich auf dem Hauptbuchblatt der Liegenschaft Bahnhofstrasse 12 in Muttenz eingetragen. - Sig. Grundbuchverwalter"*

3. Schuldschein (Art. 88 OR)

- 450 *"Ich bekenne, von Paul Beerli ein Darlehen von CHF 1'000.-- erhalten zu haben und verpflichte mich, ihm diese Summe zurückzubezahlen. Kündigungsfrist: 4 Wochen. - Sig. Thomas Streit"*

Der Schuldschein ist kein Wertpapier.

4. Banknote

- 451 In den meisten Ländern dürfen Banknoten heutzutage nicht mehr durch beliebige Banken, sondern nur durch das staatliche Noteninstitut ausgegeben werden. Die Ausgabe erfolgt nie geschenkweise, sondern stets gegen eine gleichwertige Gegenleistung des ersten Empfängers der Banknote. Die Gegenleistung des Empfängers kann darin bestehen, dass er der Notenbank alte Banknoten im gleichen Wert zurückbringt, oder dass er ihr Gold oder Devisen (Geld ausländischer Währung) verkauft, oder sich zur Rückzahlung des in der Banknote verkörperten Wertes verpflichtet (Kreditaufnahme),

oder dass er die Banknote zur Tilgung eines ihm zustehenden Guthabens gegenüber der Notenbank entgegennimmt.

- 452 Eine Verteilung von Banknoten an die Gesamtbevölkerung ohne Gegenleistung kommt nur in historischen Ausnahmefällen, d.h. bei gewissen Währungsreformen und momentaner völliger Verarmung der Bevölkerung vor. Man denke an die deutsche Währungsreform nach dem Zweiten Weltkrieg.
- 453 Ehemals erfolgte die Ausgabe von Banknoten normalerweise im Austausch gegen Gold. Im Urkundentext der Banknote verpflichtete sich die Notenbank, jedem Einlieferer des Papiers wiederum das darin genannte Quantum Gold auszuhändigen. Die Banknote verkörperte in dieser Urform also eine Verpflichtung der Notenbank bzw. ein Recht des Noteninhabers. Als Verkörperung eines Rechts war die Banknote damals ein Wertpapier. Heute ist die Einlösungspflicht für die von der Schweizerischen Nationalbank ausgegebenen Banknoten gesetzlich aufgehoben. Die Banknoten werden von der Notenbank nun gewissermassen wie Waren "verkauft". Geht eine Banknote verloren, so verhält es sich wie mit dem Verlust einer Ware, z.B. einer Uhr: der Verlierer ist unwiderruflich ärmer geworden. Er kann nicht hinterher die verlorene Banknote durch gerichtliches Urteil kraftlos erklären lassen und anschliessend ein solch- art vom Papier losgelöstes Recht gegenüber der Nationalbank geltend machen.
- 454 Selbstverständlich nimmt die Nationalbank die von ihr ausgegebenen Banknoten jederzeit im Austausch gegen gleichwertige neue Banknoten oder zur Tilgung der von ihr gewährten Kredite entgegen. In diesem Sinne ist die Notenbank auch heute noch einlösungspflichtig. Aber sie tauscht nicht mehr Banknoten gegen Gold.
- 455 Die Banknote ist kein Wertpapier.

5. Garderobenmarke

- 456 Urkundstext: "229". - Gemeint ist: *"Wir, das Basler Stadttheater, verpflichten uns, dem Inhaber dieser Marke das unter der angegebenen Nummer aufgehängte Kleidungsstück auszuhändigen, mit befreiender Wirkung für uns. Macht uns der Eigentümer eines in unserem Gewahrsam befindlichen Kleidungsstückes glaubhaft, dass er die Marke verloren hat, so hat er ohne weitere Formalitäten ein direktes Recht auf Aushändigung des Kleidungsstückes."*

Die Garderobenmarke ist, wegen des zweitgenannten Satzes, kein Wertpapier.

6. Bahnbillett

- 457 *"Wir, die Pilatusbahn AG, verpflichten uns, den Inhaber dieses Billetts am 24.8.1991 mit einem beliebigen fahrplanmässigen Zug nach seiner Wahl von Alpnachstad nach Pilatus-Kulm zu transportieren. Sofern uns der Inhaber den unfreiwilligen Verlust des Billetts glaubhaft macht, sind wir bereit, es kostenlos zu ersetzen."*
- 458 Wie die Garderobenmarke ist das Bahnbillett in seiner ordnungsmässigen Benützung ein Inhaber-Papier. Hingegen ist das Verfahren bei Verlust des Papiers kein wertpapiermässiges (keine gerichtliche Kraftloserklärung), sondern ein formloses. Auch Bahnbillette sind aus diesem Grund keine Wertpapiere.
- 459 Das gleiche gilt für die meisten Karten und Marken des täglichen Verkehrs (Gepäckempfangsscheine, Parking-Tickets, Bankett-Karten, Kino-Billette, Dauerkarten für Museen, Ausstellungen, Theater, Verkehrsmittel).

7. Lotterielos

460 *"Wir, der Lotterieveranstalter, verpflichten uns, im Falle der Ziehung der betreffenden Nummer dem Inhaber des Loses den sich aus der Ziehung ergebenden Gewinn auszubezahlen."*

461 Das Lotterielos ist ein Wertpapier.

8. Konnossement (Seefrachtbrief; engl.: bill of lading, abgekürzt: "b/l")

462 *"Wir, die unterzeichnete Schifffahrtsunternehmung, bestätigen, von Denis Corp., New York, 500 Ballen chinesischer Seide zur Beförderung nach Rotterdam entgegengenommen zu haben, und wir verpflichten uns, diese Ware in Rotterdam nur an die Inhaber eines Originals dieser Urkunde herauszugeben. Diese Urkunde wird ausgefertigt in fünf Originalen. - Sig. Transatlantic Shipping Corp."*

463 Das Konnossement ist ein Wertpapier.

Exkurs zur Terminologie: Wortbedeutung: Französisch "connaissance", von "connaître" = erkennen. Das Konnossement ist das Erkennungspapier, mit welchem der Berechtigte seine Ware auf dem Schiff erkennbar machen und herausverlangen kann.

9. Strassenfrachtbrief

464 *"Wir bestätigen, mit der Firma Rohner AG, Lausen, einen Transportvertrag abgeschlossen und eine Rotationsmaschine vom Typ LX 2000 zum Strassentransport an die Firma Algi Spa, Mailand, entgegengenommen zu haben. - Sig. Eurotransport AG, Basel"*

465 Der Strassenfrachtbrief ist kein Wertpapier.

10. Bahn- und Luftfrachtbrief

466 Diese Urkunden entsprechen inhaltlich dem Strassenfrachtbrief und sind, wie dieser, blosse Bestätigungen des abgeschlossenen Frachtvertrages, nicht Wertpapiere.

467 Weshalb ist von den vier verschiedenen Frachtbrief-Typen nur das Konnossement als Wertpapier anerkannt? - Weil nur hier ein praktischer Bedarf für wertpapiermässige Rechtsübertragung besteht. Im Schiffstransport liegen Waren zuweilen wochenlang auf Schiffen. Während dieser Zeit muss die Ware aber trotzdem gehandelt werden können. Das Konnossement als Wertpapier ersetzt während der Dauer des Seetransportes die Ware und ermöglicht einen raschen, rechtlich klaren Handwechsel. Das Konnossement verkörpert nur das Eigentumsrecht an der Ware, nicht allfällige Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Hersteller oder Verkäufer. Wer also eine auf See befindliche Maschine weiterverkauft und das Eigentum daran durch Übergabe des Konnossements dem Käufer verschafft, muss die Gewährleistungsansprüche für die gute Qualität der Maschine in einem gesonderten Vertrag übernehmen oder, wenn noch Gewährleistungsansprüche gegen den Fabrikanten bestehen, diese Ansprüche seinem Käufer vertraglich abtreten. Die Übernahme und Weitergabe solcher Vertragspflichten geschieht also auf einer anderen Ebene als die Handänderung des im Konnossement verkörperten Eigentums. Beim Bahn-, Strassen- und Lufttransport ist die Ware normalerweise nur so kurzfristig unterwegs, dass für eine zwischenzeitliche Eigentumsübertragung mittels eines Wertpapiers kein Bedarf besteht. Aus diesem Grund sind die entsprechenden Frachtbriefe nicht als Wertpapiere anerkannt.

11. Lagerschein (Art. 482 OR)

- 468 *"Wir, die unterzeichnete, von der zuständigen Behörde zur Ausgabe von Warenpapieren ermächtigte Lagerhaus-Gesellschaft, bestätigen hiermit, von der Firma Orlandini SA 500 Ballen chinesische Seide zur Aufbewahrung entgegengenommen zu haben. Wir verpflichten uns, diese Ware nur an den Inhaber eines Originals dieser Urkunde herauszugeben. Die Urkunde wird ausgefertigt in drei Originalen. - Sig. Basler Lagerhaus-Gesellschaft AG, Basel"*
- 469 Der Lagerschein ist, wenn er als Warenpapier von einem konzessionierten Lagerhalter ausgegeben wird, ein Wertpapier.

12. Dokumenten-Akkreditiv

- 470 Das Dokumenten-Akkreditiv ist im OR nicht ausdrücklich geregelt. Es kann als Spezialform der Anweisung (Art. 466 OR) betrachtet werden. Unter Akkreditiv wird nicht nur ein einzelnes Dokument, sondern ein Zahlungsvorgang mit verschiedenen Rechtsbeziehungen verstanden, bei dem in der Regel vier Parteien, nämlich zwei Banken und zwei Handelsleute, beteiligt sind. Weder die Akkreditiv-Urkunde noch das Akkreditiv-Bestätigungsschreiben sind Wertpapiere.

Urkunde Nr. 1 (= eigentliche Akkreditiv-Urkunde)

Eröffnende Bank (hier Bank of Island) an bestätigende Bank (hier Schweizerischer Bankverein Arbon): *"Im Auftrag und auf Rechnung der Stadtverwaltung von Reykjavik [welche 10 Schneeräumfahrzeuge bei Saurer AG, Arbon, zum Gesamtpreis von CHF 3 Mio bestellt hat] eröffnen wir hiermit ein unwiderrufliches Akkreditiv zugunsten der Saurer AG, Arbon, über CHF 3 Mio. Die Begünstigte kann die Akkreditivsumme beziehen gegen Vorlegung folgender Dokumente:*

- a) *Versanddokumente ... (spezifiziert)*
- b) *Übertragbare Transportversicherungspolice ... (spezifiziert)*
- c) *Faktura*
- d) *Prüfungsbericht der Société Générale de Surveillance mit der Bestätigung, dass die Ware in einwandfreiem Zustand abgesandt wurde.*

Wir bitten Sie, dieses Akkreditiv der Begünstigten, Saurer AG, zu bestätigen. - Sig. Bank of Island"

Urkunde Nr. 2 (Bestätigungsschreiben oder Avisierungsschreiben)

Bestätigende Bank (SBV Arbon) an die Begünstigte (Saurer AG, Arbon): *"Wir bestätigen Ihnen hiermit die Eröffnung des folgenden Akkreditivs ... (es folgt ungekürzter Text, wörtlich wie oben). Die Akkreditivsumme kann bei unserer Filiale Arbon gegen Vorlegung der erwähnten Dokumente bezogen werden. - Sig. SBV Arbon"*

- 471 Durch das Akkreditiv wird die Vertrauenslücke zwischen zwei voneinander entfernt domizilierten Vertragspartnern geschlossen. Der Lieferant will nicht liefern, bevor er sicher ist, dass er wirklich Zahlung erhält. Der Besteller will nicht bezahlen, bevor er sicher ist, dass er wirklich die Ware erhält. Sind die beiden Parteien Nachbarn, so können sie die Vertrauenslücke durch das Zug-um-Zug-Prinzip (Ware gegen Geld) selber überbrücken. Beim Versand über grosse Distanzen ist das Zug-um-Zug-Prinzip nicht praktikabel. Die Vertrauens-Brücke wird nun durch die Zwischenschaltung von

zwei Banken hergestellt. Die beiden Banken stehen untereinander in ständigem Geschäftsverkehr und sind, um im internationalen Zahlungsverkehr weiterhin tätig bleiben zu können, zu strikter Einhaltung eingegangener Verpflichtungen genötigt. Zwischen jeder dieser Banken, in Island und Arbon, und ihren dort domizilierten Bankkunden besteht ebenfalls ein Vertrauensverhältnis und damit die Gewähr für fairen Geschäftsgang.

- 472 Sobald das Akkreditiv besteht und die beiden Akkreditivurkunden ausgefertigt sind, kann die Saurer AG in Arbon bei ihrer dortigen Hausbank (SBV) gewissermassen Zug um Zug liefern und Zahlung erhalten. Geliefert wird aber nicht die Ware selber, sondern ein Satz von Papieren, unter denen nur ein allenfalls vorhandenes Konnossement Wertpapiercharakter hat. Der SBV Arbon zahlt nun unverzüglich an die Saurer AG die Akkreditivsumme aus. Anschliessend schickt diese Bank die Akkreditiv-Dokumente an ihre Korrespondenzbank in Island, die ihr nun bei Erhalt ebenfalls die Akkreditivsumme zuzüglich einer Kommission zu vergüten verpflichtet ist. Die Stadtverwaltung in Reykjavik kann am Schalter der Bank of Island die besagten Dokumente gegen Barzahlung, gewissermassen wiederum Zug um Zug, abholen. Mit diesen Papieren kann sie anschliessend im Hafen von Reykjavik vom zuständigen Kapitän die Ware herausverlangen.
- 473 **Exkurs zur Terminologie:** *Durch das Akkreditiv (Urkunde Nr. 1) "akkreditiert" die eröffnende Bank den Begünstigten bei der bestätigenden Bank, d.h. sie macht ihn dort kreditwürdig. Man beachte, dass die Saurer AG vom SBV Arbon insofern einen Kredit erhält, als der isländische Käufer der Ware seinerseits noch gar nicht bezahlt hat. Die bestätigende Bank geht also in Vorschuss.*

13. Anlehensobligation (engl.: bond) (Art. 1156 OR)

- 474 *"Wir anerkennen hiermit, dem Inhaber dieser Obligation Nr. 269241 unserer Anleihe vom 30.6.1994 über total CHF 100'000'000.-- den Teilbetrag von CHF 1'000.-- zu schulden und verpflichten uns, diese Summe jährlich zu 5 1/2 % zu verzinsen und sie am Verfalltag, dem 31.5.2004, ohne Kündigung gegen Rückgabe dieses Titels zurückzahlen. Den Zins bezahlen wir demjenigen, der uns bei Fälligkeit den entsprechenden, unten abtrennbaren Coupon vorweist. - Sig. Schweizerischer Bankverein, Basel"*
- 475 Zwei Dinge sind für die Anlehensobligationen typisch: Sie werden (a) in grossen Serien gleicher Papiere (b) öffentlich ausgegeben. Sie dienen der Darlehensaufnahme grossen Umfangs, wobei sich bei jeder Anleihe ein grosser Schuldner und eine Vielzahl kleiner Geldgeber gegenüberstehen. Wegen der Marktbedürfnisse werden die einzelnen, kleinen Darlehenstranchen als Wertpapiere ausgestaltet. Für individuell kontrahierete Einzeldarlehen besteht kein solcher Bedarf der Zirkulationsfähigkeit; sie können nicht in dieser Weise, sondern höchstens in der Form des Eigenwechsels in einem Wertpapier verkörpert werden.

14. Kassenobligation

- 476 Die Kassenobligation ist eine besondere Form der Anlehensobligation. Kassenobligationen werden ebenfalls in Serien gleichlautender Titel ausgegeben. Aussteller sind schweizerische Banken. Im Unterschied zur Anlehensobligation werden Kassenobligationen aber nicht als ganze Serien innert einer kurzen Emissionsfrist auf den Markt geworfen, sondern sie werden am Bankschalter (an der "Kassa") den Bankkunden sukzessive einzeln verkauft. Kassenobligationen sind, im Gegensatz zu Sparheftguthaben, nicht kündbar, sondern kommen nach der angegebenen Laufzeit (z.B. 3 Jahre)

automatisch zur Rückzahlung. Wegen dieser Starrheit werden die Kassenobligationen in der Regel zu einem leicht über dem Sparheftzins liegenden Zinssatz ausgegeben.

477 Kassenobligationen sind Wertpapiere.

15. Sparheft

478 Lautet das von einer Bank ausgegebene Sparheft auf den jeweiligen Inhaber des Hefes, so ist es ein Wertpapier.

479 Lautet es auf einen bestimmten Personennamen, so ist es kein Wertpapier, sondern ein Schuldschein (vgl. vorne, Ziff. 450).

16. Aktie

480 a) **Namenaktie**

"Aktie Nr. 1125 der Paul Wehrli AG, Frenkendorf, CHF 1'000.--, lautend auf Herrn Fritz Matter, *welcher gegenüber unserer Gesellschaft alle Mitgliedschafts- und Vermögensrechte hat, die ihm als Aktionär gemäss Gesetz und Statuten zukommen, namentlich das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung und auf Bezug der von dieser beschlossenen Dividenden.* Die Gesellschaft anerkennt nur die im Aktienbuch eingetragenen Personen als Aktionäre. - Sig. Paul Wehrli, Verwaltungsratspräsident"

(Der schräg geschriebene Text ergibt sich ohne weiteres aus den gesetzlichen Vorschriften und wird auf der Aktien-Urkunde normalerweise nicht ausgedruckt).

Vinkulierungszusatz: *"Diese Aktie kann nur mit Zustimmung des Verwaltungsrates auf Dritte übertragen werden. Ohne diese Zustimmung wird der Erwerber nicht im Aktienbuch eingetragen."*⁶⁰

481 b) **Inhaberaktie**

"Aktie Nr. 2125 der Paul Wehrli AG, CHF 1'000.--. Der Inhaber dieser Aktie hat gegenüber unserer Gesellschaft alle Mitgliedschafts- und Vermögensrechte, die den Aktionären gemäss Gesetz und Statuten zukommen (etc., wie oben). - Sig. Paul Wehrli, Verwaltungsratspräsident"

Für Inhaberaktien gibt es kein Aktienregister (Aktienbuch) und also keine Vinkulierungsmöglichkeit.

Namen- und Inhaberaktien sind Wertpapiere. Der Vinkulierungszusatz ändert nichts daran.

17. Bescheinigung über Aktienbucheintrag

482 *"Wir bescheinigen hiermit, dass Herr Peter Wagner als Inhaber von 56 Namenaktien unserer Gesellschaft à CHF 200.-- in unserem Aktienregister eingetragen ist und als Aktionär anerkannt wird. Bei Veräusserung von Aktien wollen Sie uns bitte Mitteilung machen und die vorliegende Bescheinigung an uns retournieren; wir werden alsdann den neuen Registereintrag durch neue Bescheinigungen bestätigen.* - Sig. Sandoz AG, Aktienregister: ppa. Meier, ppa. Hofstetter"

483 Solche Bescheinigungen über Aktienbucheinträge beginnen, im modernen Börsenhandel die Aktie als Wertpapier zu verdrängen. Bei den Bescheinigungen handelt

⁶⁰ Vgl. zum Begriff der Vinkulierung Ziff. 320 und dortige Fussnote.

es sich um Computer-Ausdrucke, die von der betreffenden Aktiengesellschaft an jene Bank ausgehändigt werden, bei welcher der fragliche Aktionär Kunde ist und seine Vermögenswerte deponiert hat. Solche Bescheinigungen über Aktienbucheinträge sind nicht Wertpapiere. Man spricht heute vom "wertpapierlosen Wertpapierhandel" (genauer müsste man sagen: wertpapierloser Handel mit börsenkotierten Aktionärsrechten).

- 484 Werden in einem Wertpapier mehr als eine Aktie zusammengefasst, wird z.B. eine einzige Urkunde über 100 Aktien ausgefertigt, so heisst diese Urkunde "Aktienzertifikat". Auch das Aktienzertifikat ist ein Wertpapier und vermittelt die gleichen Rechte wie die entsprechende Anzahl einzelner Aktien, mit dem einzigen Unterschied, dass der Inhaber des Zertifikats nur über alle darin verkörperten Aktien gleichzeitig verfügen kann. Will er nicht über alle diese Aktien gleichzeitig verfügen, so muss er das Zertifikat bei der Gesellschaft einreichen und den Umtausch in mehrere Papiere kleinerer Stückelung verlangen.

18. Anteilscheine der GmbH und der Genossenschaft (Art. 789 und 853 OR)

- 485 Diese Urkunden dokumentieren die Beteiligung einer Person an einer GmbH oder Genossenschaft. Da leichte Handelbarkeit solcher Beteiligungsrechte, entsprechend dem Typ dieser Gesellschaften, weder nötig noch erwünscht ist, gelten diese Urkunden nicht als Wertpapiere.
- 486 Der VE-GmbH 1999 sieht vor, dass die GmbH-Anteilsscheine künftig als Wertpapiere (Namenpapiere, nicht Ordrepapiere) ausgestaltet werden dürfen.

19. Gezogener Wechsel (Tratte) (Art. 991 OR)

- 487 Aussteller: *"Sehr geehrter Herr Betzinger (3), zahlen Sie CHF 1000.-- (2) gegen diesen Wechsel (1) am 3. Mai 2003 (4) in Zürich (5) an Primus Neeser oder an seine Ordre (6). - Basel, den 3. November 2002 (7) Sig. Charles Amfeld (8)."*

Akzeptant (Akzept-Erklärung): *"Einverstanden, ich nehme diese Anweisung an und werde zahlen. - Sig. Beat Betzinger"*

- 488 Der gezogene Wechsel ist ein Wertpapier.
- 489 Die hervorgehobenen Wörter und die in Klammern gesetzten Nummern bezeichnen die gesetzlichen 8 Erfordernisse gemäss Art. 991 OR. Beim Fehlen eines dieser Elemente liegt kein gezogener Wechsel vor. Die Akzept-Erklärung ist kein notwendiger Bestandteil des gezogenen Wechsels.
- 490 Der Wechsel hat seinen Namen aus der Zeit des mittelalterlichen Handels zwischen Gebieten mit verschiedenen Währungen, z.B. zwischen Deutschland und Italien. Der Einzelkaufmann X., der sich von Nürnberg auf den Weg machte, um in Florenz Ware einzukaufen, wollte wegen der Strassenräuber, denen er unterwegs zu begegnen befürchtete, möglichst wenig Bargeld mit sich tragen. So bezahlte er beim Handelshaus Y. in Nürnberg Geld in deutscher Währung ein und erhielt dagegen ein Wertpapier ausgehändigt, in welchem das Nürnberger Handelshaus Y. die Korrespondenzfirma Z. in Florenz anwies, dem X. gegen Übergabe des Wertpapiers eine gleiche Summe Geldes in Florentiner Währung auszubezahlen. Da dieses Wertpapier (auch) dem Geldwechsel zwischen verschiedenen Währungen diente, erhielt es den Namen "Wechsel".

- 491 **Erläuterung zur Terminologie:** Der Aussteller des Wechsels (*celui qui émet le titre*) heisst *Emittent*, derjenige, dem das Papier übergeben wird (*auquel on remet le titre*), *Remittent*. Beim gezogenen Wechsel heisst derjenige, der den Zahlungsauftrag annimmt (*qui accepte*) *Akzeptant* und derjenige, der den Wechsel unter Übernahme eigener Haftung durch eine Unterschrift auf der Rückseite (italienisch: *in dosso*) weitergibt, der *Indossant*. Wer sich durch eine zweite Unterschrift neben derjenigen des Akzeptanten auf der Vorderseite des Wechsels für die Wechselsumme verbürgt, ist der Wechselbürge. Die Wechselbürgschaft, die zur Werthaltigkeit des Papiers beiträgt (*qui contribue à la valeur*) heisst *Aval*. Der Remittent kann die Wechselsumme selber einkassieren. Statt dessen kann er auch den Wechsel durch Indossament weitergeben. Tut er dies, dann befiehlt er das Inkasso gewissermassen dem Indossatar an; er "*beordert*" den Indossatar zum Einkassieren des Wechsels. Derjenige, den der Remittent in dieser Weise zum Inkasso beordert, heisst "*die Ordre des Remittenten*". Bezahlt der Wechselschuldner bei Fälligkeit nicht, so wird diese Tatsache durch einen Notar beurkundet. Diese Beurkundung heisst *Protest* (*pro teste* = zum Zeugnis).
- 492 Die Regeln und Gebräuche für den Wechsel bildeten vom Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert das Wertpapierrecht schlechthin. Die kontinentaleuropäischen Staaten schlossen am 7.06.1930 ein Abkommen zur Vereinheitlichung des Wechselrechts. Der Abkommenstext ist in den angeschlossenen Ländern zum nationalen Recht geworden. In der Schweiz findet sich der Text dieses Abkommens nun wörtlich in den Artikeln 990-1099 OR wieder.
- 493 Damit ein gezogener Wechsel vorliegt, muss das Papier acht Dinge enthalten (vgl. Art. 991 OR):
1. Die Bezeichnung als Wechsel im Text der Urkunde;
 2. die unbedingte Anweisung, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen;
 3. den Namen dessen, der zahlen soll (Bezogener);
 4. den Tag der Fälligkeit;
 5. den Zahlungsort;
 6. den Namen dessen, an dessen Ordre gezahlt werden soll;
 7. Tag und Ort der Ausstellung;
 8. die Unterschrift des Ausstellers.
- 494 Trotz der ausführlichen Regelung im OR ist der Wechsel in der Schweiz ein ungebrauchliches Instrument, dem Banken und Unternehmungen selten, Privatleute nie begegnen.

20. Eigenwechsel (Art. 1096 OR)

- 495 Aussteller: "*Gegen diesen Wechsel (1) zahle ich CHF 1000.-- (2) am 3. Mai 2003 (3) in Zürich (4) an Primus Neeser oder an seine Ordre (5). - Basel, den 3. November 2002 (6) Sig. Charles Amfeld (7).*"
- 496 "*Gegen diesen Wechsel zahle ich CHF 1'000.-- an Primus Neeser oder an dessen Ordre. - Sig. Charles Amfeld.*"
- 497 Der Eigenwechsel ist ein Wertpapier. Hier verpflichtet sich der Aussteller selber zur Zahlung. Ein Bezogener ist nicht vorhanden.

- 498 Damit die wertpapiermässige Haftung eintritt, müssen 7 Elemente enthalten sein, nämlich die gleichen wie beim gezogenen Wechsel ohne die dortige Ziff. 3 (Name des Bezogenen).

21. Check (Art. 1100 OR)

- 499 Aussteller an Bank: "*Sehr geehrte Bezirksbank (3), zahlen Sie CHF 1000.-- (2) in Basel (4) zu Lasten meines Kontos bei Ihnen an den Überbringer dieses Checks (1). - Basel, den 3. November 2002 (5) Sig. Charles Amfeld (6).*"
- 500 Der Check ist ein Wertpapier. Die gesetzlichen 6 Erfordernisse sind in Art. 1100 OR aufgeführt. Es sind die gleichen wie beim gezogenen Wechsel ohne die dortigen Ziffern 4 und 6 (Fälligkeit; Name des Remittenten). Checks sind von Gesetzes wegen bei Sicht fällig und müssen innert kurzer gesetzlicher Fristen zur Zahlung vorgelegt werden (Art. 1115 OR). Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber verhindern, dass erstklassige Aussteller, z.B. Grossbanken, durch die Ausstellung langfristiger Checks das Notengeld konkurrenzieren und auf diese Weise das Währungsmonopol der Nationalbank unterlaufen.
- 501 Aus dem gleichen Grund verbietet das Gesetz die Annahme des Checks durch die Bank. Eine allfällige Annahmeerklärung ist unwirksam. Die Zahlungsverpflichtung der Bank ist also nur eine vertragliche. Sie ergibt sich aus dem Vertrag mit dem Inhaber des Check-Kontos, dass dieser Inhaber zulasten dieses Kontos Checks ausstellen darf. Wenn ein solcher Vertrag besteht und wenn auf dem Konto ein Guthaben besteht, dann ist die Bank verpflichtet, gegen Vorlegung des Checks zu bezahlen. Diese beiden Bedingungen bestehen allemal und können nicht durch eine Annahmeerklärung (ein Akzept) der Bank beseitigt werden.
- 502 Um die Umlaufsfähigkeit von Checks zu gewährleisten, verbietet das Gesetz dem Kontoinhaber die Ausstellung ungedeckter Checks (sie wären wertlos, weil die Bank mangels Deckung zur Zahlung nicht verpflichtet ist), und es erschwert die nachträgliche Rückgängigmachung des Checks: Der "Widerruf" des Checks ist erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist zulässig (Art. 1119 Abs. 1 OR), die Sperrung des Checks nur, wenn der Aussteller behauptet, der Check sei ihm abhanden gekommen. - Damit ist es dem Aussteller, der Ware mit einem Check bezahlt hat und nachträglich herausfindet, dass die Ware defekt und nichts wert ist, verboten (nicht verunmöglicht), den Check zu sperren: Denn der Check ist ihm in einem solchen Falle nicht "abhandengekommen". Behauptet er gegenüber der Bank, der Check sei abhanden gekommen, so handelt es sich um eine betrügerische (unwahre, widerrechtliche) Behauptung. Zieht er rasch das ganze Geld von seinem Checkkonto ab, so entzieht er dem ausgegebenen Check in widerrechtlicher Weise die Deckung.
- 503 Weil der Aussteller solche Manöver machen *kann* (obwohl er es nicht *darf*), und weil jeder Check unter dem Risiko steht, dass das Konto leer ist, haben "Personal Checks" (d.h. Checks, deren Aussteller Privatpersonen sind) nur einen beschränkten Wert. Wirkliche Sicherheit besteht dagegen bei Bank-Checks, welche von einer erstklassigen Bank auf deren Check-Konto bei einer anderen erstklassigen Bank gezogen werden (Banker's Draft). Solche Checks sind als Zahlungsmittel für grosse Beträge gebräuchlich, wenn Zug um Zug geleistet werden soll (z.B. bei einem Unternehmenskauf: Aktienpaket gegen Bank-Check).

22. Versicherungspolice

- 504 "Der Versicherungsnehmer Fritz Blaser ist bei uns versichert. Die nachstehend genannten Begünstigten ... erhalten bei seinem Ableben die Summe von CHF 100'000.-- ausbezahlt. - Sig. Schweizerische Rentenanstalt"
- 505 Die Versicherungspolice ist kein Wertpapier.

G. Die kollektive Kapitalanlage

- 506 Wertpapiere dienten ursprünglich der erleichterten *Übertragung* von Rechten. Im Laufe der Zeit wurden Wertpapiere zunehmend als Instrumente des Sparens, d.h. der *Kapitalanlage*, verwendet. Das englische Wort "*securities*" mit der Bedeutung "Wertpapiere" spiegelt dies wider. Wer sein Vermögen in Wertpapieren anlegt, stützt seine finanzielle Sicherheit (security) auf Wertpapiere ab.
- 507 Bis ca. 1960 wurde die Kapitalanlage in Wertpapieren fast ausschliesslich *direkt* vollzogen. Unter Direktanlage versteht man, dass der Anleger die Obligationen einer Obligationenschuldnerin oder die Aktien einer Aktiengesellschaft kauft und in sein Bankdepot legt. Direktanleger ist, wer Obligationen der Schweizerischen Eidgenossenschaft oder Aktien von Novartis, Nestlé oder UBS kauft.
- 508 Nach 1960 entwickelte sich neben der Direktanlage auch die kollektive Kapitalanlage. Sie geschieht in der Weise, dass mehrere Anleger ihr Geld einem Dritten - z.B. einer Bank - anvertrauen mit der Massgabe, dass die anvertrauten Gelder in einem einzigen Topf zusammengelegt werden. Die Bank kauft mit dem Geld dann Obligationen und Aktien, die den Anlegern gemeinsam gehören. Die Anleger sind gemäss ihren Einzahlungen anteilmässig an den Werten beteiligt, die in dem besagten Topf liegen.
- 509 Der Sinn der kollektiven Kapitalanlage war ursprünglicher der, dass durch das Zusammenlegen des Vermögens mehrerer Anleger ein grösseres Kapital-Volumen entstand. Die mit der Vermögensverwaltung betraute Bank konnte mit dem grösseren Volumen erfolgreicher spekulieren. Für das grössere Volumen rechtfertigte sich auch ein grösserer Arbeitsaufwand beim Recherchieren und beim Ausdenken einer optimalen Anlagestrategie. Die grösseren Kosten verteilten sich auf mehr Anleger, kamen aber allen Anlegern in vollem Umfang zugut.
- 510 Der Bund hat die kollektiven Kapitalanlagen erstmals im *Bundesgesetz über die Anlagefonds (AFG)* vom 01.07.1966 geregelt. Das Gesetz wurde 1995 stark überarbeitet und am 1.01.2007 abgelöst durch das *Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen* (kurz: Kollektivanlagegesetz oder KAG).
- 511 Heute wird der grössere Teil der von Banken verwalteten Kundenvermögen in kollektiven Anlagen, d.h. in Anteilscheinen von Anlagefonds oder in Beteiligungspapieren von Anlagegesellschaften, angelegt. Die Banken bezeichnen solche Papiere als "Produkte"⁶¹. Verlangt ein Anleger nicht ausdrücklich, dass sein Geld in Direktanlagen an-

⁶¹ Das Wort "Produkt" hat in den letzten 50 Jahren eine Wandlung durchgemacht. Ehemals bezeichnete das Wort körperliche Gegenstände, die von einem Handwerker oder von einem Fabrikanten hergestellt wurden. Seit der Mitte des letzten Jahrhunderts wurde der Begriff sukzessive auch auf Dienstleistungen ausgedehnt, und zwar auf solche, die zu einheitlichen Konditionen an eine Vielzahl von Kunden angeboten wurden. Zuerst hielt diese erweiterte Wortbedeutung in der Versicherungswirtschaft Einzug, wo jeder Typ eines bestimmten Versicherungsvertrags (z.B. eine Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung oder eine Diebstahlversicherung) als Produkt bezeichnet wurde. Später zogen die Banken nach, indem sie ihre kollektiven Kapitalanlagen als "Produkte" bezeichneten.

gelegt wird, so füllt ihm die Bank sein Depot unweigerlich mit Produkten an. Für die Bank liegt der Vorteil darin, dass sie ihren Ertrag praktisch verdoppelt, indem sie für die Betreuung des Anlagefonds eine Entschädigung von ca. 1 Prozent pro Jahr erhebt, ferner nochmals eine ungefähr gleich grosse Entschädigung für die Verwaltung des Depots des einzelnen Kunden. Die Prozente beziehen sich auf den Wert der verwalteten Vermögen.

H. Der Handel mit börsenkotierten Wertpapieren

- 512 Die Vermögensanlage in Wertpapieren setzt einen funktionierenden Wertpapierhandel voraus. Wer sein Geld anlegt, möchte die Gewissheit haben, dass er die angeschafften Wertpapiere jederzeit kurzfristig wieder verkaufen und in bares Geld umwandeln kann. Demgemäss gibt es an den meisten grösseren Finanzplätzen Wertschriftenbörsen (oder kurz gesagt: Börsen; englisch: Stock Exchange - wobei "stock" hier in der Bedeutung von "Aktie" zu verstehen ist).
- 513 Aktiengesellschaften, die bei einem breiten Publikum von Anlegern Eigenkapital aufnehmen möchten, bringen ihre Aktien an eine Börse, und zwar in der Regel an eine Börse, die geographisch in der Nähe der betreffenden Aktiengesellschaft liegt.
- 514 Die Einführung einer Aktiengesellschaft bzw. ihrer Aktien bei einer Börse heisst "Kotierung". Eine Gesellschaft, deren Aktien bei einer Börse gehandelt werden, ist eine "börsenkotierte" oder kurz eine "kotierte Gesellschaft". Mittlere schweizerische Aktiengesellschaften sind an der Schweizer Börse kotiert. Weltweit tätige Gesellschaften legen Wert darauf, zusätzlich auch an der New Yorker Börse und eventuell an anderen ausländischen Börsen kotiert zu sein.
- 515 An einer Wertschriftenbörse wird der Wertschriftenhandel in einer standardisierten Weise abgewickelt. Am Börsenhandel sind nur bestimmte Berufsleute, nämlich die zugelassenen Effekthändler, beteiligt. Wer also seine Aktien oder Obligationen an einer Börse verkaufen möchte, muss den Verkaufsauftrag seiner Bank geben, die den Auftrag an einen Effekthändler weiterleitet (sofern die Bank nicht selber an der betreffenden Börse, an der der Titel gehandelt wird, zugelassen ist). Der Effekthändler verkauft die Wertpapiere alsdann auf Rechnung seines Verkaufs-Auftraggebers an einen andern Effekthändler, der auf Rechnung eines Kaufs-Auftraggebers einkauft.
- 516 Die Börsengesetzgebung enthält ausführliche Regeln über die Zulassung von Effekthändlern und über die Kotierung von Wertpapieren. Diese Regeln werden hier nicht behandelt.
- 517 Eine einzige Regelung gehört heute zur Allgemeinbildung und muss deshalb gelernt und verstanden werden. Sie betrifft die Pflichten von Anlegern, die bedeutende Pakete von Aktien einer einzelnen Gesellschaft kaufen oder verkaufen. Für solche Anleger gelten besondere Meldevorschriften. Art. 20 des *Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz; BEHG) vom 24.03.1995* bestimmt, dass jede Person, die beim Erwerb von Aktien bestimmte Schwellen überschreitet, diese Tatsache unverzüglich publizieren muss. Die Schwellen sind ausgedrückt in Prozenten des stimmberechtigten Kapitals der betreffenden Gesellschaft ("Zielgesellschaft"). Die gesetzlichen Schwellenwerte liegen bei 3, 5, 10, 15, 20, 33 1/3, 50 und 66 2/3 Prozenten.
- 518 Wer beim Zukaufen von Aktien die Schwelle von 33 1/3 überschreitet, muss diese Tatsache nicht nur publizieren, sondern gleichzeitig ein Kaufsangebot an *sämtliche Aktionäre* der Zielgesellschaft richten. Der angebotene Preis darf nicht unter dem aktuellen Börsenkurs des betreffenden Titels liegen, ferner maximal 25% unterhalb des

höchsten Preises, den der Anbieter während der vergangenen zwölf Monate für Aktien der Zielgesellschaft bezahlt hat.

- 519 Diese Regel hat zur Folge, dass ein Anleger die Schwelle von 33 1/3 Prozent einer Zielgesellschaft nur dann überschreiten darf, wenn er die Finanzierung für ein Übernahmeangebot für 100% der Zielgesellschaft vorgängig sichergestellt hat.
- 520 Die hier erwähnten Regeln (zu denen das Börsengesetz verschiedene Ausnahmen und Verfeinerungen enthält, die im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielen) sind leicht einzuprägen, wenn man deren Zweck einmal verstanden hat. Ausgangspunkt dieser Regeln ist die Tatsache, dass die Aktien der gleichen Unternehmung am gleichen Tag zu ganz unterschiedlichen Preisen gehandelt werden, je nach dem, welche Absichten der Käufer hat.
- 521 Kauft der Käufer zum Zweck der *Vermögensanlage*, d.h. so wie jeder beliebige Sparer, dann bewertet er die Aktien gemäss deren Rendite, d.h. gemäss den in Zukunft zu gewärtigenden Dividendenausschüttungen, ferner zudem gemäss den erwarteten Kapitalgewinnen, die in absehbarer Zeit mit dem betreffenden Titel erzielt werden können. Sowohl die Dividendenerwartungen als auch die Kapitalgewinnerwartungen halten sich bei börsenkotierten Aktien in der Regel in Grössenordnungen von zusammengekommen einigen Prozent pro Jahr.
- 522 Kauft der Käufer hingegen Aktien mit einer *strategischen Zielsetzung*, indem er Einfluss über die Zielgesellschaft gewinnen und sich deren Produkte, Know How und Marktstellung zu eigen machen möchte, dann hat die Zielgesellschaft für ihn möglicherweise einen wesentlich höheren Wert als die Summe des Börsenkurses aller vorhandenen Aktien. Der strategische Wert eine Aktie kann deren Anlagewert um ein Mehrfaches übersteigen.
- 523 Gäbe es die Regeln der Art. 20 und 32 des Börsengesetzes nicht, dann würden Käufer, die die Macht über eine Zielgesellschaft gewinnen möchten, ihren Aktienbesitz möglichst lange im Geheimen aufbauen. Das würde ihnen erlauben, die Aktien von nichtsahnenden Verkäufern zum niedrigen Anlagewert zu kaufen - und dies vielleicht so lange, bis die Stimmenmehrheit gesichert ist. Dann erst würde der Käufer die Maske fallen lassen und sich als neuer Herr im Haus breit machen. Er hätte für die Zielgesellschaft eventuell nur einen Bruchteil ihres strategischen Wertes bezahlt.
- 524 Die Meldepflicht gemäss Art. 20 des Börsengesetzes stellt sicher, dass sich jemand, der stimmenmässige Macht aufbauen will, sich nicht im Geheimen anschleichen kann. Der Aufbau von Stimmenmacht ist nichts Böses, aber es muss offen geschehen. Jeder Marktteilnehmer weiss dann, dass eine strategische Kampagne im Gange ist. Dies treibt den Kurs des betreffenden Titels in die Höhe. Je näher der Käufer seinem strategischen Ziel, d.h. der Stimmenmehrheit, kommt, desto steiler schiessen die Kurse nach oben - desto mehr nähert sich der Preis dem strategischen Wert an.
- 525 Überschreitet der Käufer die magische Schwelle von 33 1/3 Prozent, dann muss er ein Angebot für 100 Prozent vorlegen. Dies ist der Moment, in dem er seine strategische Absicht nicht nur offenlegen, sondern auch gerade in die Tat umsetzen und dafür bezahlen muss.
- 526 Warum hat der Gesetzgeber den Schwellenwert auf 33 1/3 und nicht auf 51 Prozent festgelegt? - Der Grund liegt darin, dass bei börsenkotierten Gesellschaft in der Regel höchstens die Hälfte der Aktienstimmen an den Generalversammlungen vertreten sind.

Wer also einen Drittel der Aktienstimmen besitzt, hat damit faktisch bereits die Stimmenmehrheit - auf Englisch "a controlling minority".

- 527 Die Pflicht des Angreifers, beim Überschreiten der magischen Schwelle alle übrigen Aktionäre - die Minderheitsaktionäre - auszukaufen, ist deshalb richtig und gerecht, weil der Mehrheitsaktionär fortan die Zielgesellschaft zu seinen eigenen Zwecken instrumentalisieren und dadurch die übrigen Aktionäre eventuell schädigen kann. Die übrigen Aktionäre sollen sich in Kenntnis des Angreifers und der gesamten Umständen frei entscheiden können, ob sie als Minderheitsaktionäre dabei bleiben oder ob sie aus dem betreffenden Titel aussteigen möchten.

6. Kapitel: Wettbewerbsrecht

I. Ueberblick

- 528 Die in den westlichen Ländern herrschende *Marktwirtschaft* funktioniert dank des Wettbewerbs zwischen konkurrierenden Marktteilnehmern. Der Wettbewerb ist für die Konkurrenten Ansporn und Zwang, ihre Leistungen laufend zu verbessern. Nur wer dank seiner Leistung konkurrenzfähig ist, vermag im Wettbewerb und damit im Markt zu bestehen. Der Wettbewerb eliminiert laufend jene Marktteilnehmer, deren Leistungen ungenügend sind und zwingt sie dazu, andere Leistungen anzubieten, zu denen sie besser fähig sind. Der Wettbewerb fördert die Wohlfahrt der Gesellschaft. Er trägt bei zur optimalen Allokation der Ressourcen.
- 529 Drei Bundesgesetze befassen sich mit dem Wettbewerb, nämlich
- das **Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb** (UWG, auch Wettbewerbsgesetz genannt) vom 19.12.1986, in der heutigen Fassung in Kraft seit 1.04.2012,
 - das **Preisüberwachungsgesetz** (PüG) vom 20.12.1985 (mit zahlreichen kleinen Änderungen infolge Anpassung an das geänderte Kartellgesetz (1995) und das Verwaltungsgerichtsgesetz (2005)) und
 - das **Bundesgesetz über die Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen** (Kartellgesetz = KG) vom 6.10.1995. Dieses Gesetz steht in seiner stark verschärften Fassung vom 20.06.2003 in Kraft seit dem 1.04.2004.
- 530 Nachfolgend wird ein Ueberblick über das UWG und das KG gegeben. Das PüG ist nicht Gegenstand der vorliegenden Darstellung.
- 531 UWG und Kartellgesetz sollen den lautereren und unverfälschten Wettbewerb gewährleisten und fördern. Das Kartellrecht findet Anwendung, wenn der Wettbewerb überhaupt zu verschwinden droht (zu wenig Wettbewerb), das Wettbewerbsrecht, wenn er überbietet (unfairer Wettbewerb).
- 532 Das Kartellgesetz bezweckt somit die Sicherung von Freiheit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbes und will dessen Beeinträchtigung oder gar Beseitigung verhindern, während das UWG dessen Rahmenbedingungen aufzeigt.
- 533 Das Kartellgesetz beschäftigt sich mit der Frage, ob es Wettbewerb geben soll; das UWG mit der Anschlussfrage, wie der Wettbewerb ausgeübt werden soll.
- 534 Kartellrecht und Wettbewerbsrecht ergänzen sich daher gegenseitig. Verschiedene Tatbestände könnten ebenso gut im Wettbewerbsrecht wie im Kartellrecht geregelt werden, so die Grenzen von Lockvogelangeboten, die Zulässigkeit von Preisdiskriminierungen und von Koppelungsangeboten.

II. Das Verbot des unlauteren Wettbewerbs gemäss UWG

- 535 **Anwendungsbereich des UWG:** Das UWG findet Anwendung auf Wettbewerbs-handlungen im wirtschaftlichen Wettbewerb, d.h. auf Handlungen, die den Erfolg gewinnstrebiger Unternehmen im Kampf um Abnehmer verbessern und deren Marktanteile vergrössern sollen. Nur die im Rahmen einer *wirtschaftlichen* Betätigung und im Hinblick auf einen wirtschaftlichen Vorteil ausgeübte Handlung ist Wettbewerbs-handlung.

- 536 Das UWG findet *keine* Anwendung auf die Tätigkeit von Vereinen mit ausschliesslich ideeller Zielsetzung in deren Mitgliederwerbung, auf den politischen Kampf bei Wahlen und Abstimmungen, auf sportlichen Wettkampf um gute Leistungen und Ränge. Es findet auch keine Anwendung auf die wissenschaftliche Forschung und Publizistik, solange diese in akademischem Rahmen erfolgt.
- 537 Das UWG findet Anwendung auf alle Handlungen, die den wirtschaftlichen Wettbewerb beeinflussen, nicht nur auf Handlungen von Wettbewerbsteilnehmern. So ist insbesondere die Durchführung und Publikation von Warentests durch Medien und Konsumentenschutzorganisationen eine Tätigkeit, die den wirtschaftlichen Wettbewerb unmittelbar beeinflusst und die demgemäss dem UWG untersteht.
- 538 Das UWG gibt demjenigen, der durch unlauteren Wettbewerb in seinen Interessen verletzt wird, rechtliche Hilfe.

1. Die Generalklausel

- 539 Am Anfang des UWG stehen zwei allgemein formulierte Bestimmungen über Zweck und Grundsatz:

"Art. 1. - Zweck

Dieses Gesetz bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten.

Art. 2. - Grundsatz

Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst."

- 540 Auf diese beiden allgemein formulierten Bestimmungen folgt in den Art. 3-8 ein Katalog von mehr als zwei Dutzend speziellen Unlauterkeitstatbeständen, die den Grundsatz von Art. 2 konkretisieren. Dieser Katalog ist nicht abschliessend. Das bedeutet: Ein Verhalten, das von keinem der speziellen Tatbestände erfasst wird, kann trotzdem gegen den allgemeinen Grundsatz von Art. 2 verstossen und damit widerrechtlich und verboten sein.
- 541 Indem der Zweckartikel das Interesse *aller* Beteiligten erwähnt, werden alle drei beteiligten Personenkreise, nämlich (a) die Mitbewerber (Konkurrenten), (b) die Kunden (aller Stufen im wirtschaftlichen Austauschprozess) und (c) die Allgemeinheit angesprochen. Wegen dieser drei Personenkreise spricht man von der Dreipoligkeit des UWG.
- 542 Das UWG will in der seit 2012 in Kraft stehenden Fassung nicht nur gewisse Missbräuche des wirtschaftlichen Wettbewerbs unterbinden, sondern es verfolgt gemäss seinem Zweckartikel ein *positives Ziel*. Es will *"den lautereren und unverfälschten Wettbewerb ... gewährleisten"*⁶². Das Gesetz will also nicht nur den einzelnen Wettbewerbsteilnehmer in seinen privaten Interessen gegen unlautere Machenschaften anderer schützen, sondern es will zudem, im Interesse der Allgemeinheit, einen unver-

⁶² Man bezeichnet die Normen des UWG und die daraus abgeleiteten Regeln demgemäss auch als das *Lauterkeitsrecht*. - Demgegenüber umfasst der Begriff *"Wettbewerbsrecht"* zusätzlich auch das Kartellgesetz.

fälschten, wirksamen Wettbewerb gewährleisten. Die Zielsetzung deckt sich somit teilweise mit derjenigen des Kartellgesetzes.

- 543 Vom wirksamen Wettbewerb werden fünf allgemein nützliche Funktionen erwartet:
1. Einkommensverteilung nach Marktleistung (Verteilungsfunktion);
 2. Steuerung von Angebot durch Nachfrage (Steuerungsfunktion);
 3. Optimierung der Produktionsverfahren (Lenkungsfunktion);
 4. flexible Anpassung der Produktionskapazitäten an ausserwirtschaftliche Gegebenheiten (Koordinationsfunktion);
 5. Durchsetzung des technischen Fortschritts (Antriebs- bzw. Innovationsfunktion).
- 544 Hinzu kommen zwei weitere Teilfunktionen, nämlich Förderung der Markttransparenz und Preisminimierung durch Konkurrenz.
- 545 Der Grundtatbestand gemäss Art. 2 UWG kann folgendermassen verdeutlicht werden: *Unlauter und damit widerrechtlich ist jedes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten, das Wettbewerbsbeziehungen zu beeinflussen geeignet ist.* Jeder Unlauterkeitstatbestand umfasst demgemäss drei Elemente, nämlich (a) ein menschliches Verhalten, (b) eine Treuwidrigkeit dieses Verhaltens und (c) dessen Eignung zur Beeinflussung von Wettbewerbsbeziehungen. Dabei werden unter dem Begriff der Wettbewerbsbeziehung sowohl das Verhältnis zwischen den Konkurrenten wie auch dasjenige zwischen Anbietern und Abnehmern zusammengefasst. Unerheblich ist, ob der "Täter" subjektiv mit der Absicht der Wettbewerbsbeeinflussung gehandelt hat.

2. Der Katalog spezieller Unlauterkeitstatbestände

- 546 Der erwähnte Katalog von speziellen Unlauterkeitstatbeständen umfasst u.a.:
- 547 die *Herabsetzung anderer* durch unrichtige oder irreführende Äusserungen, namentlich in der Werbung (Art. 3 lit. a UWG);
- 548 die Begünstigung eigener oder fremder Waren und Leistungen durch *unrichtige oder irreführende Angaben*; solche Begünstigung anderer ist namentlich denkbar bei der Publikation von Warentests durch Konsumentenforen und -zeitschriften, wenn diese Tests unter unfairen Bedingungen durchgeführt wurden (Art. 3 lit. b UWG);
- 549 die *Ausnützung fremder Verkehrsgeltung* in der Werbung (anlehrende Werbung, "Trittbrettfahren") (Art. 3 lit. e UWG);
- 550 *vergleichende Werbung* zu eigenen Gunsten, und Leistungsvergleiche zu fremden Gunsten und Ungunsten (in Konsumententest etc.), wenn der Vergleich irreführt (Art. 3 lit. e UWG). Dies ist fast immer der Fall. "Jeder Vergleich hinkt", sogar ein reiner Preisvergleich, weil die Leistungen nie absolut gleich sind. Vergleichende Werbung kommt in der Schweiz praktisch nicht vor, obwohl sie nicht grundsätzlich verboten ist⁶³. - In den USA ist vergleichende Werbung verbreitet, obwohl die Gesetze dort

⁶³ In BGE 125 III 286 (289) i.S. Gordon & Breach wird festgehalten, eine Irreführungsfahrer könne sich insbesondere ergeben, "wenn mit unwesentlichen Vergleichsfaktoren operiert, wesentliche Tatsachen dagegen verschwiegen werden (vgl. BGE 104 II 124, E. 5a S. 131 f.). ... Wer Vergleiche anstellt, hat die Vergleichsgrundlagen offenzulegen; nur so kann das Publikum die Tragweite der Vergleichsergebnisse richtig einschätzen. Zu beachten ist ferner, dass nur wirklich Vergleichbares miteinander in Beziehung gebracht werden darf. Das gilt namentlich für Preisvergleiche. Waren oder Leistungen, deren Preise verglichen werden, müssen mengen- und qualitätsmässig miteinander vergleichbar sein."

nicht wesentlich anders sind als in der Schweiz. Die unterschiedliche Praxis hat mit Geschmack und Stil mehr zu tun als mit Gesetzesparagrafen. In Europa gilt die Aussage: "Ich bin besser als jener dort" als unschicklich; Amerikaner nehmen an solchen Vergleichen weniger Anstoss (wie ihnen überhaupt frontales Selbstlob keine Schwierigkeiten macht: der Buchtitel "*Why not the best?*", mit dem Jimmy Carter in der Präsidentschaftskampagne für sich selber warb, wäre überall ausserhalb der USA kontraproduktiv gewesen).

- 551 *Verleitung Dritter zum Vertragsbruch*, z.B. Abwerben guter Leute von der Konkurrenz, die unter einem nicht kurzfristig kündbaren Arbeitsvertrag oder unter vertraglichem Konkurrenzverbot stehen, oder Abwerben von Kunden, die bereits bei der Konkurrenz bestellt haben und dort infolgedessen vertragsbrüchig werden müssen (Art. 4 UWG).
- 552 Verwertung oder *Weitergabe von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen*, die jemand ausgekundschaftet oder unrechtmässig erfahren hat (Art. 6 UWG); die zum Kreise der Geheimnisträger selber gehörenden Personen machen sich durch Missbrauch ihres Wissens nicht des unlauteren Wettbewerbs schuldig, sondern wegen "Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses" (Art. 162 des Strafgesetzbuches) strafbar.
- 553 Durch die Gesetzesrevision von 2011 (in Kraft seit 1.04.2012) sind weitere Spezialtatbestände über aufsässige Internet-, e-mail- und Telefonwerbung eingefügt worden (Art. 3 q-u), ferner das Verbot der *Privatbestechung* (Schmiergeldverbot, Art. 4a) und die Verwendung von *krass einseitig formulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (Art. 8).
- 554 Der Täterkreis des unlauteren Wettbewerbs umfasst nicht nur Konkurrenten, sondern auch Medienschaffende und Medienunternehmen (Presse, Radio und Fernsehen), ferner etwa Konsumentenorganisationen mit Publikationen von Warentests. Erfasst werden auch Finanzanalysen, Firmenberichterstattungen, Rezensionen, Kunstkritiken, wissenschaftliche Studien usw., falls die Tatbestandselemente des unlauteren Wettbewerbs erfüllt sind. So hat das Bundesgericht im Entscheid 117 IV 193 ("Bernina"-Nähmaschinen) einen Redaktor der Bodensee-Zeitung wegen unlauteren Wettbewerbs mit CHF 800.-- gebüsst, weil der Redaktor ein Interview mit einem Nähmaschinenvertreter der Konkurrenzmarken Pfaff und Elna veröffentlicht hatte, worin die Behauptung wiedergegeben wurde, dass die Bernina-Modelle "bei ihrem Erscheinen auf dem Markt schon wieder überholt seien". In dem Zeitungsartikel war zu wenig deutlich zum Ausdruck gelangt, dass es sich bei dieser Aussage um die blosser Behauptung eines Konkurrenten gehandelt hatte.

3. Verbotene Werbegewinnspiele gemäss Lotterie-Gesetzgebung

- 555 Gewinnspiele, bei denen die Spieler Geldeinsätze oder andere vermögenswerte Einsätze leisten, führen zu keinen klagbaren Forderungen; man denke an vier Personen, die miteinander jassen und zu Beginn je 5 Franken zu Händen des Gewinnerteams auf den Tisch legen. Wer als Verlierer seine Münze wieder an sich nimmt, verhält sich zwar abmachungswidrig, schuldet von Rechts wegen aber trotzdem kein Geld. Dies ergibt sich aus Art. 513 Abs. 1 OR.

- 556 Die gewerbsmässige Veranstaltung solcher Spiele ist in der Schweiz bewilligungspflichtig (Art. 515 OR). Wer Gewinnspiele, bei denen vermögenswerte Einsätze geleistet werden, ohne Bewilligung veranstaltet, macht sich strafbar⁶⁴.
- 557 Der Grund des Verbotes von Gewinnspielen ist ein ethischer: Wer Gewinnspiele mit Geldeinsätzen veranstaltet und daraus einen Gewinn erzielt, nützt einen niedrigen Trieb der menschlichen Natur bzw. eine Schwäche aus, um sich daraus zu bereichern.
- 558 Trotz dieser ethischen Grundlage sind Gewinnspiele, wie gesagt, zulässig, und zwar dann, wenn der Reinertrag *gemeinnützig* verwendet wird. Die Veranstaltung gemeinnütziger Lotterien und Wettbewerbe braucht eine kantonale Polizeibewilligung gemäss dem Bundesgesetz über die Lotterien.
- 559 In der **privatwirtschaftlichen Werbung** sind Werbegewinnspiele (Wettbewerbe mit Gewinnmöglichkeiten) beliebt, weil sie die Konsumenten über die Gängelung ihres Spieltriebs dazu motivieren, sich mit dem Angebot des Veranstalters näher zu befassen. Solche nicht-gemeinnützige, kantonal nicht-konzessionierte Wettbewerbe sind aber rechtlich nur dann erlaubt, wenn kein geldwerter Einsatz zu leisten ist.
- 560 Die Zulassung zum Werbegewinnspiel darf auch nicht vom *Abschluss eines Rechtsgeschäftes* abhängen; denn dies käme einem geldwerten Einsatz gleich. Wettbewerbe und Verlosungen im Zusammenhang mit einer Verkaufsaktion müssen also stets so organisiert werden, dass jene Teilnehmer, die beim Veranstalter etwas einkaufen oder bestellen, keine besseren Gewinnchancen haben als jene Teilnehmer, die nichts kaufen und nichts bestellen.
- 561 Werden die Teilnahmeformulare nur in den Verkaufsräumen des Veranstalters abgegeben, so muss dies in der Nähe des Eingangs geschehen, nicht zuhinterst im Laden. Sonst könnte ein unerlaubter psychischer Druck entstehen. Denn schüchterne Personen, die sich das Teilnahmeformular holen, könnten sich gedrängt fühlen, anstandshalber im Laden doch noch etwas zu kaufen, obwohl sie dies eigentlich nicht geplant hatten. Diese psychologische Situation würde die Veranstaltung bereits wieder unter den Begriff der (bewilligungspflichtigen) Lotterie und den Veranstalter ohne Bewilligung ins Gefängnis bringen.

⁶⁴ Art. 38 Abs. 1 Lotteriegesezt (LG). - Bewilligungspflichtig sind insbesondere die Lotterien, lotterieähnlichen Veranstaltungen und Spielbanken-Spiele. Als *Lotterie* gilt eine Veranstaltung, bei der (a) die Teilnehmerin als Bedingung für ihre Teilnahme einen geldwerten Einsatz leisten oder ein Rechtsgeschäft (z.B. einen Warenkauf) abschliessen muss, wobei sie (b) Aussicht auf einen Gewinn hat und (c) dieser Gewinn ausschliesslich vom Zufall abhängig ist; begriffsnotwendig ist schliesslich (d) die Planmässigkeit der Veranstaltung in dem Sinne, dass der Veranstalter kein Spielrisiko hat. Das Spielrisiko fehlt insbesondere bei den Totalisator-Spielen, bei denen ein Teil der einbezahlten Einsätze nach einem bestimmten Schlüssel an die Gewinner verteilt wird. *Lotterieähnlich* heisst ein Spiel, wenn der Gewinn "wesentlich" (aber nicht ausschliesslich) vom Zufall abhängig ist; hiezu gehören die Sportwetten (Sport-Toto, Pferdewetten), bei denen sachkundige Prognosen über die Sport-Sieger eine gewisse Rolle spielen. Das *Spielbanken-Spiel* unterscheidet sich von der Lotterie durch das Fehlen der Lotterie-Planmässigkeit oder, positiv ausgedrückt, dadurch, dass der Veranstalter ein eigenes Spielrisiko hat, d.h. dass er in einem Spiel unter Umständen Gewinne auszahlen muss, welche die Einsätze der Spieler übersteigen. - Nach geltender Gesetzgebung unterstehen die Lotterien und lotterieähnlichen Veranstaltungen der Bewilligungskompetenz der Kantone; die Reinerträge fliessen an die Kantone und an gewisse Sportverbände. Die Spielbanken unterstehen der Bewilligungskompetenz des Bundes. Ein Teil ihrer Reinerträge fliessen an den Bund.

III. Kartellrecht

A. Vorbemerkungen

1. Entstehungsgeschichte des Kartellrechts in der Schweiz

- 562 Das Kartellrecht hat in der Schweiz bis vor wenigen Jahren ein Schattendasein gefristet. Die Konkordanz, auch und gerade zwischen Konkurrenten im wirtschaftlichen Wettbewerb, entsprach der genossenschaftlichen Mentalität vieler Schweizer und wurde eher als Tugend denn als Laster empfunden. Das zuerst in den USA, ab 1962 auch in Europa erstarkende Kartellrecht, das mit scharfen Bussen gegen Kartellsünder vorging, wurde in der Schweiz mit Skepsis und Ablehnung beobachtet. Während Jahrzehnten war das schweizerische Kartellgesetz geprägt durch einen Verfahrensablauf, bei dem die Kartellbehörde das verdächtige Verhalten zuerst untersuchen und dann eine Warnung aussprechen musste. Erst wenn die Kartellierer nach der Verwarnung nicht aufhörten, riskierten sie eine Busse. Das war eine Einladung an alle Kartellsünder, es mit dem Kartellieren so lange zu probieren, bis es auffiel, und anschliessend so lange wie möglich das Verfahren in die Länge zu ziehen, bis es zur ersten Verwarnung kam. Dann erst begann man in Erwägung zu ziehen, die von der Behörde gerügten Verhaltensweisen aufzugeben oder zu modifizieren.
- 563 In zwei Schüben hat der schweizerische Gesetzgeber dann den Anschluss an das ausländische Kartellrecht vollzogen, zuerst mit einem kleinen Schritt im Jahre 1995, dann mit einem energischen Sprung nach vorn im Jahre 2004. Seither ist das schweizerische Kartellrecht musterschülerhaft perfekt, ja - entsprechend der schweizerischen Musterhaftigkeit - noch schärfer und einschneidender als die ausländischen Vorbilder. Das heutige Kartellgesetz und die dazugehörige Sanktionenordnung (*Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, KG-Sanktionsverordnung = SVKG*) erlauben der Wettbewerbskommission (WEKO), ohne vorherige Verwarnung Bussen auszusprechen bis zu einer Obergrenze von 10% des in den vergangenen drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes eines Unternehmens, also rund 30% des Inlandumsatzes eines Jahres, was bei einzelnen Unternehmungen in die Milliarden gehen kann.
- 564 Die Kartellbussen des schweizerischen Rechts sind, abgesehen von der soeben erwähnten Obergrenze (Art. 7 SVKG), zu bemessen gemäss dem Umsatz des gebüssteten Unternehmens *im relevanten Markt*. 10% dieses Umsatzes während der letzten drei Jahre (oder also wiederum ca. 30% eines Jahresumsatzes im relevanten Markt) sind der Bussen-Standard. Bei erschwerenden Umständen kann diese Busse bis zu 50% erhöht werden. Bei mildernden Umständen ist sie zu reduzieren.
- 565 Es bleibt zu hoffen, dass die WEKO diesen viel zu weiten Bussenrahmen mit Zurückhaltung handhabt und normalerweise nicht ausschöpft.
- 566 Erfahrungen mit der europäischen Kartellbehörde in Brüssel machen allerdings deutlich, dass solche Behörden im Laufe der Jahre zunehmend dazu gelangen, das Verhängen und Eintreiben von Kartellbussen als reguläre und unverzichtbare Methode der Mittelbeschaffung für den aufgeblähten Verwaltungsapparat zu betrachten. Beim Verhängen von Kartellbussen, wo es um zwei- und dreistellige Millionenbeträge gehen kann, agiert der Staat faktisch immer auch in eigener Sache und also nicht völlig unbefangen.

2. Die Regelungsziele des Kartellrechts

- 567 Das Kartellrecht bezweckt, eine optimale Funktions- und Leistungsfähigkeit der marktwirtschaftlichen Volkswirtschaft zu erhalten. Zweck des Kartellrechtes ist es, gewisse Hemmnisse zu beseitigen, die der Ausweitung von Waren- und Dienstleistungsströmen im Wege stehen können. Mittel, womit das Kartellrecht diesen Zweck zu erreichen versucht, ist die Öffnung des Marktes für möglichst viele Teilnehmer und die Gewährleistung des Leistungswettbewerbs für alle Marktteilnehmer.
- 568 Vereinfachend werden das kartellrechtliche Regelungsziel und die Mittel zu seiner Erreichung auf englisch unter dem Stichwort "*efficient allocation of resources*", auf Deutsch mit "*Optimierung der Güterallokation*" zusammengefasst.
- 569 Zur Bedeutung des Wortes "*Kartell*": Das Wort stammt aus dem Spanischen: "el cartel" = das Papier, Dokument. Das Wort erlebte einen Bedeutungswandel zur papiermässig dokumentierten Absprache, später zur Absprache schlechthin. Der Begriff wurde im französischen und deutschen Sprachraum mit der Spezialbedeutung "wettbewerbsbehindernde Absprache" übernommen. Im englischen Sprachraum wird statt dessen das wettbewerbsbehindernde gegenseitige Vertrauen ("trust") von Konkurrenten zum rechtlichen Kernbegriff gemacht. Die Bekämpfung wettbewerbsbehindernden Vertrauens zwischen Konkurrenten heisst dort "*Anti-Trust*".
- 570 Da Kartelle nicht die einzige Möglichkeit wirtschaftsschädlicher Behinderung des freien Wettbewerbs sind, sondern da auch ein einziger Monopolist sich in unerwünschter Weise verhalten kann, heisst das einschlägige Gesetz in der BRD "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen". Der vollständige Titel des schweizerischen Gesetzes heisst aus dem gleichen Grund "*Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*". Die Kurzbezeichnung lautet "*Kartellgesetz*" oder "*KG*".
- 571 Neben dem erwähnten primären Regelungsziel sind sekundäre Ziele des Kartellrechtes zu nennen:
- Dezentralisation wirtschaftlicher Macht;
 - Beschränkung privater wirtschaftlicher Einflussnahme auf die Verhältnisse anderer;
 - Chance für möglichst viele zu selbständiger, wirtschaftlicher Entfaltung;
 - gefühlsmässige Sympathie für die "Kleinen", Misstrauen und Antipathie gegenüber "Grossen".
- 572 Man kann das primäre Regelungsziel (Maximierung der Waren- und Dienstleistungsströme) als ein wirtschaftliches, die sekundären Ziele (Dezentralisierung und Pluralismus) als demokratische Ziele qualifizieren.

3. Grundbegriffe und Grundprobleme jedes Kartellrechts

- 573 Im folgenden soll ein einfaches Testschema für die typische kartellrechtliche Marktuntersuchung gezeigt werden. Das Testschema ist Lern- und Verständnishilfe, nicht Aussage über geltendes Recht. Es lautet folgendermassen:
- 574 **Vorfrage 1: Welches ist im konkreten Fall der "relevante Markt"?**
- 575 *Die Frage nach dem relevanten Markt muss gestellt werden, weil nur in Bezug auf den relevanten Markt die weiteren Fragen nach der Marktmacht und dem darauf gestützten, missbräuchlichen Marktverhalten (Fragen 2 und 3) sinnvoll werden. Der relevan-*

te Markt hat produktemässige und geographische Grenzen. Zwei Bierproduzenten in der gleichen Region bewegen sich im gleichen relevanten Markt. Aber sind Lagerbiere hell und dunkel der gleiche Markt, oder sind es so verschiedene Produkte, dass ihre gegenseitigen Marktbedingungen einander nicht beeinflussen? Bewegen sich eine Bierfabrik in Rheinfelden und eine in München im gleichen Markt? Bewegen sich Hersteller von Zellophan einerseits, von Aluminiumfolie andererseits in verschiedenen Märkten, oder je im gleichen Markt der "Verpackungsmaterialien"?

576 *Die Praxis zeigt, dass der "relevante Markt" als theoretischer Begriff keine scharfen Konturen aufweist. Der Übergang vom zweifellos relevanten Markt zu weniger relevanten und mit Sicherheit nicht relevanten Bereichen ist fliessend.*

577 *Gemäss Art. 11 Abs. 3 der bundesrätlichen Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen werden zum*

*a) **sachlichen Markt** alle Waren und Dienstleistungen gezählt, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden, wogegen*

*b) der **räumliche Markt** jenes Gebiet umfasst, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.*

578 *Je nach Branche kann der massgebende Markt recht eng umgrenzt sein, namentlich dann, wenn theoretisch mögliche Ersatzprodukte aus Gründen der Ästhetik, des Preises, der Wirkungen oder dergleichen für den Abnehmer nicht ernsthaft in Betracht kommen.*

579 **Vorfrage 2: Haben die in die Untersuchung einbezogenen Unternehmungen im relevanten Markt "Marktmacht" (Art. 2 Abs. 1 KG)?**

580 *Nur wer in einem relevanten Markt über Marktmacht verfügt, ist tatsächlich imstande, Wettbewerb zu beschränken oder zu behindern. Beispiel: In Zürich arbeiten über 1000 Rechtsanwälte, wovon mehr als 400 auch Ehescheidungsmandate führen. Wenn ein einzelner nun seine Honorarforderungen für Ehescheidungen über den Durchschnitt anhebt, so vermag dies nicht die Preisstruktur des gesamten Marktes zu beeinflussen. Einziger Effekt ist, dass der überdurchschnittlich teure Anwalt künftig weniger oder gar keine Klienten mehr haben wird. Auch ein Kartell zwischen zwei oder drei zürcherischen Scheidungsanwälten, durch welches sie gemeinsam die Erhöhung ihrer Tarife absprechen, beeinflusst den Markt nicht und ist deswegen wettbewerbspolitisch bedeutungslos. Wenn sich hingegen die drei einzigen medizinischen Zentren in der Schweiz, welche eine ganz bestimmte hochspezialisierte Behandlung anbieten, untereinander zugunsten eines erhöhten Behandlungstarifs absprechen, so steigt der Marktpreis für diese Dienstleistung generell. In diesem Fall liegt Marktmacht vor. Das Marktverhalten der Beteiligten wird kartellrechtlich bedeutsam.*

581 *Die wichtigsten Kriterien, gemäss denen sich die Marktmacht im Einzelfall beurteilen lässt, sind*

- Anzahl der Wettbewerber im relevanten Markt
- Marktanteil der Wettbewerber in diesem Markt
- Beschaffungs- und Absatzformen
- Finanzkraft und Verflechtung von Unternehmen

- Abhängigkeit der Unternehmen der Marktgegenseite von der zu beurteilenden Organisation.

582 **Hauptfrage: Nützen die in diese Untersuchung einbezogenen Unternehmen ihre Marktmacht durch ihr "Marktverhalten" aus, um**

- **entweder "den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen" (Art. 5 Abs. 1 KG),**
- **oder um den "wirksamen Wettbewerb zu beseitigen" (Art. 5 Abs. 3 KG)?**

Dies ist die kartellrechtliche Kernfrage in jedem Einzelfall. Hier setzt das Kartellrecht an, das, wie alle Rechtsregeln, Steuerung menschlichen Verhaltens sein will. Gegenstand allfälliger Verbote kann weder der "relevante Markt" noch die "Marktmacht" als solche, sondern nur ein rechtlich zu definierendes Marktverhalten sein.

Dabei hängt die Beantwortung dieser Kernfrage entscheidend von der Definition des "relevanten Marktes" im konkreten Fall ab. Zwei Firmen können in der Schweiz 80% des Zellophan-Angebotes und zugleich ein halbes Promille des Angebotes von Verpackungsmaterialien kontrollieren. Wenn man den relevanten Markt auf Zellophan einschränkt, haben die beiden Unternehmen Marktmacht. Wenn man auf den Verpackungsmaterialien-Markt schaut, haben sie keine.

Oder: Ein Software-Hersteller hat in seinem Sortiment das beliebteste, von drei Vierteln aller mittleren und kleinen Banken verwendete Programmpaket für das Rechnungswesen und die Kundenbewirtschaftung solcher Banken im Sortiment. Dieser Hersteller hat bezüglich seiner Marktnische Marktmacht, ist gleichzeitig aber innerhalb der Software-Branche ein kleiner Aussenseiter. Kann die Marktnische als "relevanter Markt" gelten?

583 **Rechtfertigungsfrage (bei Bejahung von Frage 3): Ist das Marktverhalten gerechtfertigt,**

a) indem es *mehr Wettbewerb* schafft als beschränkt? (Ergebnis: per Saldo mehr Wettbewerb) - oder

b) indem es der *wirtschaftlichen Effizienz* dient, ohne gleichzeitig den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen?

584 Wenn "Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs" vorliegt, ist die Untersuchung am Ende. Art. 5 Abs. 1 sagt diesbezüglich: "*Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.*" Solche Kartelle sind also allemal widerrechtlich. Aber das Verbot ist kein per-se-Verbot im amerikanischen Sinne (vgl. zu diesem Begriff hinten, Ziff. 588), weil die *Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs* nicht ein konkretes Marktverhalten (z.B. Preisbindungen), sondern die schädlichen *Auswirkungen* beliebiger Verhaltensweisen abstrakt umschreibt. Um eine Marktanalyse ist also nicht herumzukommen.

585 Liegt nur eine "Beeinträchtigung", nicht eine "Beseitigung" des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vor, dann dürfen die einbezogenen Unternehmen den Rechtfertigungsbeweis führen, indem sie nachweisen, dass sich ihr Kartell "*durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen*" lässt. Im gleichen Gesetzesartikel folgt die Konkretisierung der Rechtfertigungsgründe. Genannt werden Wettbewerbsabreden, die "*notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von*

technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen."

- 586 Art. 5 Abs. 3 stellt eine "*Vermutung für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs*" auf, erlaubt jedoch den angeschuldigten Unternehmen auch hier den Gegenbeweis (keine Beseitigung) und, wenn er geglückt ist, den Rechtfertigungsversuch (wirtschaftliche Effizienz). Die drei Tatbestände, bei denen die Beseitigung vermutet wird, sind:
- a) Kartelle über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
 - b) Kartelle über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
 - c) Kartelle über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.
- 587 Die kartellrechtliche Fragestellung eignet sich nicht zur gerichtlichen Überprüfung. Die Fragen sind kaum *justizierbar* (gerichtlich überprüfbar). Gerichte sind überfordert, im Einzelfall den relevanten Markt, die Marktmacht und die Abwägung von mehr oder weniger Wettbewerb und von entgegenstehender Effizienz vorzunehmen und rechtlich sauber zu begründen. Die gleiche Ratlosigkeit, in der sich bei solchen Fragestellungen jedes Gericht befinden muss, gilt aber auch für den Gesetzgeber. Es ist nicht möglich, den relevanten Markt, die Marktmacht und die allfälligen Rechtfertigungsgründe solcherart in Rechtsbegriffen schablonenhaft zu definieren, dass anschliessend schlicht das Gesetz "angewendet" werden könnte.
- 588 Auf diese in der Natur der Sache liegende Schwierigkeit jedes Kartellrechts gibt es rechtstechnisch verschiedene, mehr oder weniger befriedigende Reaktionsmöglichkeiten. Das amerikanische Kartellrecht hat früh postuliert, dass gewisse Verhaltensweisen (gemäss Hauptfrage 3a oder b) **in jedem Fall** (die Amerikaner sagen: "*per se*"; dieser ursprünglich lateinische Ausdruck heisst auf Deutsch: "*durch sich selber*"), d.h. **ohne Marktanalyse** verboten und strafbar sein sollen. Dies gilt beispielsweise für *Preisabsprachen* ("*price fixing*"). Werden die "*per se*" verbotenen Verhaltensweisen, ähnlich wie in einem Strafgesetzbuch, genau beschrieben, so entsteht Rechtssicherheit. Wettbewerbsteilnehmer und Gerichte wissen, woran sie sind. Das Recht kann "angewendet" werden.
- 589 Indessen kann es bei einem solch rigorosen Kartellrecht nicht sein Bewenden haben. Es gibt Tatbestandsgruppen, bei denen unbestreitbar die Vorteile einer Wettbewerbsbeschränkung oder -behinderung die Nachteile überwiegen. Hier erscheint dann das Interesse an der Rechtssicherheit als nicht derart gross, dass nicht doch für eine flexible Lösung (unter Inkaufnahme der Rechtsunsicherheit) Raum geschaffen werden sollte.
- 590 Das amerikanische Kartellrecht hat in diesem Sinne manche kartellrechtlichen Verbote von der Strenge des "*per se*" ausgenommen und der "*rule of reason*" unterstellt, womit die Tür zur Rechtfertigungsfrage geöffnet wird, ob die betreffende Wettbewerbsbeschränkung oder -behinderung "*reasonable*" (vernünftig) und also *gerechtfertigt* ist. - Die Anwendung der "*rule of reason*" erheischt im Einzelfall stets eine Marktanalyse (Ermittlung des relevanten Marktes, der Marktmacht der angeschuldigten Wettbewerbsteilnehmer und des Einflusses ihres Verhaltens auf den Wettbewerb).
- 591 In der EU und in der BRD ist die Rechtfertigungsfrage (Testfrage 4) weitgehend dem Verwaltungsverfahren anvertraut worden. Bestimmte Verhaltensweisen sind grundsätzlich verboten, können aber auf Antrag durch eine Behörde bewilligt ("freigestellt") werden.

592 Ein solches **amtliches Bewilligungsverfahren** ist ansatzweise in Art. 8 des schweizerischen KG vorgesehen.

B. Materielles Kartellrecht

1. Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 5 Abs. 3 KG)

593 Unter **horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen** versteht man Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Konkurrenten der gleichen Wirtschaftsstufe. Die drei wichtigsten horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen sind in Art. 5 Abs. 3 KG ausdrücklich erwähnt und, vorbehaltlich des Gegenbeweises ihrer Unschädlichkeit im Einzelfall, verboten. Es handelt sich um:

a) Preisabreden (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)

594 Vermutungsgemäss beseitigt jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten den wirksamen Wettbewerb. Unter die Vermutung fällt nicht nur die kollektive Abrede von Rabatten, sondern auch die Vereinbarung über die Kriterien zur Anwendung von solchen, soweit sie eine Nivellierung des Preises zur Folge hat. Ebenso können darunter Kalkulationsvorschriften fallen, wenn die Ausgangsparameter so sind, dass die nachfolgende Kalkulation mehr oder weniger zwingend zum gleichen Ergebnis führt.

b) Mengenabreden (Art. 5 Abs. 3 lit. b KG)

595 Quotenkartelle und Investitionsbeschränkungen beseitigen in aller Regel den wirksamen Wettbewerb. Die künstliche Verknappung bestimmter Waren oder Leistungen hat regelmässig eine volkswirtschaftlich unerwünschte Steigerung der Preise zur Folge. Unzulässige Quotenkartelle können sowohl eine prozentuale Aufteilung des Marktes als auch eine Aufteilung nach bestimmten Mindest- oder Maximalmengen beinhalten. Auch Selbstbeschränkungsabkommen fallen darunter.

c) Gebietsabreden (Art. 5 Abs. 3 lit. c KG)

596 Vermutungsgemäss sind Absprachen über die geographische oder kundenspezifische Segmentierung der möglichen Lieferanten oder Abnehmer geeignet, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die Aufteilung des Marktes in abgeschottete Räume ist in der EU schon lange verpönt. Die Zuweisung einzelner Kantone zur ausschliesslichen Bearbeitung stellt ebenfalls ein unzulässiges Gebietskartell dar.

597 *In den USA sind reine Horizontalkartelle nach der Art der in Art. 5 Abs. 3 KG beschriebenen per se verboten, im EU-Recht sind sie theoretisch zwar "freistellungsfähig", werden in der Praxis aber nie freigestellt. In der BRD sind die reinen Horizontalkartelle ebenfalls verboten, unter Vorbehalt eines ausführlichen Ausnahmenkatalogs zugunsten von Konditionen-, Rabatt-, Strukturkrisen-, Rationalisierungs-, Spezialisierungs-, Mittelstands-, Export-, Import- und gewissen Sonderkartellen.*

598 In der Schweiz werden kartellistisch überhöhte Konsumentenpreise durch den Preisüberwacher überprüft.

2. Missbrauch der Marktbeherrschung

599 Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist einer jener Tatbestände, die seit der Kartellrechtsrevision 2004 direkt mit hohen Sanktionen belegt werden können.

Damit hat die Frage, ob das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens als Missbrauch zu beurteilen ist, eine zentrale und praktische Bedeutung erlangt.

- 600 Es stellen sich dabei zwei Hauptfragen: Zunächst ist zu prüfen, ob das Unternehmen in einem bestimmten Markt als marktbeherrschend zu beurteilen ist. Die Frage ist häufig schwer zu beantworten. Wird sie bejaht, dann stellt sich die Anschlussfrage, ob ein bestimmtes Verhalten als Missbrauch der Marktmacht erscheint.
- 601 Der Missbrauch von Marktmacht umfasst drei Elemente: Erstens muss ein Unternehmen im relevanten Markt als marktbeherrschend beurteilt werden. Zweitens muss das Verhalten des Unternehmens andere Wettbewerber behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Entscheidend ist also die Auswirkung im Markt. Drittens muss diese Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Missbrauch der Stellung im Markt geschehen. Marktbeherrschung ist nicht für sich allein verboten. Verboten ist nur ihr Missbrauch zur Behinderung von Wettbewerbern oder zur Benachteiligung der Marktgegenseite.
- 602 Die Frage der Marktbeherrschung beurteilt sich mit Bezug auf den relevanten Markt, in dem das Unternehmen tätig ist. Dieser wird sachlich, räumlich und zeitlich abgegrenzt. Er ergibt sich aus den Ausweichmöglichkeiten, die der Marktgegenseite für vergleichbare Angebote Dritter zur Verfügung stehen (Substituierbarkeit, vgl. vorn, Ziff. 577).
- 603 Als räumlich relevanter Markt gilt das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die entsprechenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet. Entscheidend ist, ob die Marktgegenseite von ihrem Standort aus substituierbare Angebote räumlich erreichen kann. Kriterien für die geographische Abgrenzung können Sprache, Preisentwicklung, unterschiedliche technische Standards und Transportkosten sein.
- 604 Wichtiges Kriterium für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens im Markt ist dessen Marktanteil und der diesbezügliche Abstand zum nächsten Konkurrenten.
- 605 Zuweilen ist nicht ein einziges Unternehmen allein marktbeherrschend, sondern es können mehrere Unternehmen zusammen Marktmacht ausüben. In solchen Fällen wird von kollektiver Marktbeherrschung gesprochen. Kollektiv marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich nicht wie Konkurrenten, sondern gleichförmig. Sie erhöhen etwa Preise in etwa dem selben Umfang und etwa zum selben Zeitpunkt. Das ist insbesondere dann relevant, wenn nicht gleichzeitig eine (verbotene) Abrede zwischen den beteiligten Unternehmen im Sinne von Art. 5 KG vorliegt (horizontale Abrede). - Folgende Tatbestände fallen in Betracht:

a) Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Boycott) (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)

- 606 Verpönt ist die von einem oder mehreren marktmächtigen Unternehmen verhängte Nichtbelieferung (Boycott)⁶⁵ oder die Androhung eines Lieferstopps, falls bestimmte

⁶⁵ Das Wort "Boycott" stammt von einem in seinem Dorf unbeliebten und allseits geächteten Gutsverwalter namens Boycott, der im 19. Jh. in Irland gelebt hat. Unter Boycott versteht man die **organisierte** Liefersperre, an der viele teilnehmen, oder die Liefersperre seitens eines **marktmächtigen** Unternehmens. - Der kleine Einzelhändler braucht, für sich allein betrachtet, niemanden zu beliefern (vorbehaltlich einer rassendiskriminierenden Ausschließung bestimmter Personen und Personengruppen; vgl. Art. 261 StGB: "... wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert, wird mit

Nebenbedingungen nicht eingehalten werden. Solche Sperren bewirken in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung, es wäre denn, es stünden genügend Surrogatgüter zur Verfügung (Art. 6 Abs. 2 lit. a KG).

- 607 Grossisten und Fachgeschäfte sind unter Umständen darauf angewiesen, bestimmte Markenprodukte zu führen, selbst wenn es daneben noch Substitutionsgüter gibt. Bei ihnen tritt eine erhebliche Behinderung schneller ein als bei Geschäften mit verschiedenartigem Sortiment, wo jedermann klar ist, dass sie aus Platzgründen nicht alle Produkte führen können.
- 608 Bezugssperren werden hauptsächlich von Organisationen mit Nachfragemacht (Grossverteiler) praktiziert. Soweit sie von einem einzelnen Unternehmen praktiziert werden, ist es schwierig, ihnen beizukommen, da einen solchen Abnehmer vielfältige Gründe veranlassen können (und da er vielfältige plausible scheinende Rechtfertigungsargumente vortragen kann), auf den weiteren Bezug bestimmter Produkte zu verzichten. (Man denke an die Inseratensperre aller Automobilimporteure gegenüber dem Tages-Anzeiger als Strafaktion im Nachgang zu einer für die Branche ungünstigen Publikation.)
- 609 Leichter beizukommen ist eigentlichen Kartellen wie z.B. Einkaufszentralen. Solche können einen Lieferanten schon dadurch erheblich behindern, dass sie sich weigern, ihn in ihren Katalog aufzunehmen oder dies von besonderen Bedingungen abhängig machen. Das KG erwähnt denn auch als weiteren Tatbestand des Missbrauchs von Nachfragemacht das unzumutbare Fordern von Vorzugspreisen oder bevorzugten, d.h. unangemessenen, Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Solche Extraforderungen sind betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigt, wogegen das Fordern von Mengenrabatten wirtschaftlich vernünftig sein kann und dann kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Grenzziehung zwischen der missbräuchlichen Forderung ungerechtfertigter Privilegien und der rechtmässigen Forderung vernünftiger Mengenrabatte ist schwierig.

b) Preisdiskriminierung (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)

- 610 Die grundlos ungleiche Preisberechnung (Gewährung von Vorzugspreisen an einzelne, Verweigerung gegenüber anderen Abnehmern) dürfte unzulässig sein, wenn die Vorkehr einer erheblichen Angebotsmacht entspringt. Solche Preisdiskriminierungen angebotsmächtiger Unternehmen oder Kartelle werden zuweilen durch verschiedene Rabattsysteme und Rückvergütungs-Systeme verschleiert.
- 611 Unterschiedliche Preise sind jedoch gerechtfertigt, wenn sie sich als Mengenrabatte gegenüber Grossabnehmern sachlich begründen lassen.

c) Erzwingung unangemessener Bedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)

- 612 Unangemessene Preise und unangemessene Geschäftsbedingungen sind für sich allein nicht wettbewerbsbehindernd. Sie werden es dann, wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen erzwungen werden. Solcher Zwang liegt beispielsweise in der Drohung, der Abnehmer werde nicht beliefert, wenn er die betreffenden Bedingungen nicht annimmt.

Gefängnis oder mit Busse bestraft). Der wettbewerbsbehindernde Boykott beginnt erst, wenn sich viele Unternehmer zwecks Fernhaltung anderer Unternehmer vom Wettbewerb gemeinsam organisieren, oder wenn eine einzelne, marktmächtige Unternehmung auf diese Weise handelt. In den USA sind solche Boykotte "per se" verboten, desgleichen in der EU.

- 613 Ein Beispiel für unangemessene Geschäftsbedingungen stellt ein erzwungener Sonder-
rabatt dar, der sich nicht als Mengenrabatt im Rahmen der üblichen Rabattsysteme ein-
ordnen lässt. Auch das Aufzwingen unüblicher langer Zahlungsfristen kann einem
Missbrauch von Marktmacht entspringen und ist in einem solchen Falle kartellrecht-
lich zu beanstanden.

d) Gezielte Unterbietung von Preisen (Dumping, Art. 7 Abs. 2 lit. d KG)

- 614 Im Gegensatz zur vorne besprochenen Preisdiskriminierung ist die gegen bestimmte
Wettbewerber gerichtete Preisunterbietung eine horizontale Vorkehr. Sie wird von
marktbeherrschenden Unternehmungen zuweilen eingesetzt, um Aussenseiter vom
Markt fernzuhalten. Die gezielte Preisunterbietung und das dadurch bewirkte Abwan-
dern der Kunden kann eine eigentliche Boykottierung der Aussenseiter zur Folge ha-
ben.
- 615 Kartellrechtlich fassbar sind allerdings nur Preisunterbietungsaktionen, die sich in ei-
nen klaren Zusammenhang mit der Abwehr neuer Konkurrenten bringen lassen. Un-
bedenklich sind dagegen jene Preisunterbietungen, die im Kampfe der Grossverteiler
um die Marktanteile gang und gäbe sind - die sogenannten "Aktionen" in den Super-
märkten. Das Bundesgericht sieht in solchen, regelmässig wiederkehrenden "Aktio-
nen" keine gezielte Preisunterbietung (vgl. BGE 107 II 287 betr. Denner-
Preisaktionen).

e) Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG)

- 616 Mit besonderer Missgunst sieht das Kartellrecht - auch das schweizerische - auf **Kop-
pelungsverträge**. Man denke an einen Hersteller, der über ein einzigartiges, hochbe-
gehrtes und konkurrenzloses Produkt in seinem Sortiment verfügt, und der die Abgabe
dieses Produktes an die Bedingung koppelt, dass die Interessenten bei ihm zugleich
auch ihren gesamten Bedarf an bestimmten Rohmaterialien oder Durch-
schnittsprodukten decken.
- 617 Zu den verpönten Koppelungsgeschäften gehören auch jene Angebote, bei denen ein
ganzer Set von Artikeln abgenommen werden muss, obwohl dem Abnehmer ein Ein-
zelstück genügen würde.
- 618 In den USA und in der EU sind Koppelungsverträge "per se" verboten, in der Schweiz
sind sie gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG grundsätzlich verpönt, unter dem Vorbehalt des
Gegenbeweises ihrer Unschädlichkeit.
- 619 Wer Inhaber eines wertvollen, weitherum begehrten **Patentes** oder eines besonderen
Fabrikations-Know How ist, hat die Möglichkeit, Drittinteressenten die Nutzung die-
ses Wissens durch einen **Lizenzvertrag** zu gestatten. Dass der Lizenzgeber bei dieser
Gelegenheit gebiets- und produktweise Exklusivität zusichert und verlangt, ist etwas
Normales und kartellrechtlich nicht anstössig, weder in den USA noch in der EU noch
in der Schweiz. Je wertvoller das lizenzierte Schutzrecht ist, desto eher ist der Lizen-
geber aber versucht, mit zusätzlichen Zumutungen an den Interessenten heranzutreten
und ihm auch diese zur Bedingung für die Lizenzvergabe zu machen. Solche Zumu-
tungen sind beispielsweise die Koppelung der Lizenzvergabe mit einer Exklusivbe-
zugsverpflichtung des Lizenznehmers bezüglich bestimmter (Durchschnitts-)Produkte.
Gewisse Lizenzgeber sind auf geradezu perverse, den Lizenznehmer sklavisch unter-
werfende Ideen verfallen: Der Lizenznehmer dürfe keinerlei Produkte vertreiben, die
jetzt und künftig mit irgendeinem Produkt aus dem Sortiment des Lizenzgebers in

Konkurrenz treten könnten; er müsse alle technische Weiterentwicklung am Lizenzgegenstand unentgeltlich dem Lizenzgeber zur Verfügung stellen und anschliessend für die Benützung seiner eigenen Erfindung dem Lizenzgeber Zusatzlizenzgebühren bezahlen; er müsse die Lizenzgebühr auch dann weiterbezahlen, wenn das lizenzierte Schutzrecht von dritter Seite erfolgreich angefochten werden sollte und der Schutz wegfällt, etc.

- 620 Während in den USA und der EU dergleichen als krasser Verstoss gegen das Kartellrecht gilt, wird die Unverbindlichkeit solcher Klauseln unter dem schweizerischen Recht eher aus Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch) und Art. 27 Abs. 2 ZGB (Persönlichkeitsverletzung, übermässige Bindung) abzuleiten sein. Nach schweizerischer Auffassung liegt das Gravitationszentrum des Unrechts solcher Klauseln nicht in der wettbewerbsbehindernden Marktverfälschung, sondern in der persönlichen Unausgewogenheit des Rechtsverhältnisses zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer.
- 621 Nicht wettbewerbsrechtlich, sondern als *Mieterschutzmassnahme* ist die Vorschrift von Art. 254 OR zu verstehen:

"Art. 254 OR. - Koppelungsgeschäfte

Ein Koppelungsgeschäft, das in Zusammenhang mit der Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen steht, ist nichtig, wenn der Abschluss oder die Weiterführung des Mietvertrags davon abhängig gemacht wird und der Mieter dabei gegenüber dem Vermieter oder einem Dritten eine Verpflichtung übernimmt, die nicht unmittelbar mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhängt."

- 622 Üblich war in der Vergangenheit (und verboten wurde durch Art. 254 OR), dass Versicherungsgesellschaften die ihnen gehörenden Mietwohnungen nur unter der Bedingung vermieteten, dass die Mieterschaft ihre Lebensversicherungen und anderen Versicherungen bei der Vermieterin abschloss. Zulässig ist aber unter dem Gesichtswinkel von Art. 254 OR noch heute, dass Versicherungsgesellschaften ihre Leerwohnungen präferenziell an Interessentinnen abgeben, die bereits mit der betreffenden Gesellschaft einen wichtigen Versicherungsvertrag haben.

f) Treuerabatte

- 623 Treuerabatte bewirken einerseits eine Bindung von Kunden an das marktmächtige Unternehmen und erschweren andererseits den Marktzutritt von Konkurrenten. Treuerabatte sind aufgrund ihrer behindernden Wirkung unzulässig. Zulässig sind demgegenüber grundsätzlich Mengenrabatte, die aus sachlichen wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt sind. Bei Mengenrabatten werden zulässigerweise Einsparungen weitergegeben, die aufgrund grösserer Bezugsmengen entstehen. Bei den grundsätzlichen unzulässigen Treuerabatten wird einzig die Kundentreue belohnt.

g) Nachgebotsrechte

- 624 Nachgebotsrechte (sogenannte Englische Klauseln) räumen dem marktmächtigen Unternehmen das Recht ein, auf Konkurrenzangebote noch einmal mit einem nachgebesserten Angebot zu reagieren. Grundsätzlich ist die dadurch ermöglichte Preissenkung erwünscht. Problematisch ist jedoch, dass das marktmächtige Unternehmen in die Lage versetzt wird, einerseits Informationen über die Konkurrenzangebote zu erhalten und andererseits im Einzelfall zu prüfen, ob es eine Nachbesserung des Angebots vornehmen will oder nicht. Dadurch erhält das Unternehmen einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Konkurrenten.

h) Langfristige Exklusivität

625 Marktmächtige Unternehmen sind bisweilen bestrebt, ihre Marktstellung durch langfristige Exklusivverträge abzusichern. Das kann zu einer Behinderung von Konkurrenten im Markt führen und ist deshalb problematisch. Langfristig bindende Verträge können durch Investitionen gerechtfertigt werden, die nur für den gebundenen Kunden getätigt worden sind und bei einer vorzeitigen Beendigung der Vertragsbeziehung verloren wären.

i) Einschränkungen der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG)

626 Der grundsätzlichen Verpönung von Quotenkartellen entspricht die kartellrechtliche Regel, dass marktmächtige *Einzelunternehmen* ihr Angebot nicht künstlich verknappen dürfen, um damit die Preise in die Höhe zu treiben oder die Preise hoch zu halten. Freilich steht dem marktmächtigen Einzelunternehmer jede Menge von Ausreden zur Verfügung, um dem Nachweis der gezielten Wettbewerbsbehinderung zu entgehen.

3. Rechtfertigungsgründe

a) Grundsatz

627 Wie bereits gesagt, kennt das schweizerische Kartellrecht keine absoluten Verbote konkreter Verhaltensweisen. Jede kartellrechtlich verpönte Verhaltensweise gemäss dem vorstehenden Katalog kann im Einzelfall gerechtfertigt und erlaubt sein. Der einzige Rechtfertigungsgrund liegt im Nachweis der *wirtschaftlichen Effizienz*. Der Rechtfertigungsgrund der wirtschaftlichen Effizienz verfängt aber nur dann, wenn die betreffende Wettbewerbsbehinderung nicht zur *völligen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbes führt*.

628 Als Effizienzgründe nennt das Gesetz in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG die Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten, die Verbesserung bestehender Produkte oder Produktionsverfahren, die Förderung der Forschung und der Verbreitung technischen Wissens oder die rationelle Ressourcennutzung. Diese abschliessende Aufzählung sogenannter *weicher Kartellabreden* (im Gegensatz zu den "harten" Wettbewerbsbehinderungen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG) lässt eine Vielzahl von Kooperationsabreden zur Effizienzsteigerung zu.

b) Kooperationen (Zusammenarbeitsverhältnisse)

629 Das Kartellrecht bezweckt lediglich, die Konkurrenten dazu zu zwingen, auf dem Markt nach Kräften um die Wette zu laufen. Hingegen ist es kein Regelungsziel, die Konkurrenten auch ausserhalb des Marktes zu isolieren, gewissermassen in Einzelzellen zu sperren. Auch Olympiakämpfer dürfen und müssen ausserhalb der Arena gemeinsam arbeiten, trainieren, dürfen den gleichen Sportarzt konsultieren. Nur in der Arena sind sie zum Wettkampf verpflichtet; nur dort sind Absprachen unerwünscht, wonach sich die einen Athleten zurückhalten, um den andern den Sieg zu ermöglichen.

630 In der Wirtschaft kommt namentlich vor, dass Konkurrenten zwecks Steigerung ihrer Leistungsfähigkeit auf dem Markt gemeinsame *Forschung und Entwicklung* betreiben, gewisse Komponenten ihrer Produkte gemeinsam fertigen (Verbilligung durch grössere Stückzahlen der einzelnen Serie), in gemeinsamer Absprache regi-

strierungspflichtige Produkte registrieren, gemeinsamen Bestandteile-Einkauf betreiben (Verbilligung durch grössere Stückzahl) etc. Ungeeignet für Kooperation sind dagegen Marketing und Verkauf, da in diesen Bereichen die Konkurrenz-Reflexe kaum unterdrückt werden können, und da hier der Wettlauf beginnt.

- 631 Auch das amerikanische Recht gestattet - selbstverständlich - derartige Kooperationen zwischen Konkurrenten, solange darunter der Wettlauf in der Arena des Marktes nicht leidet. Auch für kooperierende Firmen ist in den USA aber die Preisabsprache "per se" verboten.
- 632 *Wie weit das geht, wird ersichtlich am amerikanischen Topco-Entscheid aus dem Jahre 1972. Dort wurde eine Selbsthilfevereinigung kleiner Detaillisten verurteilt, weil sie durch Preisabsprachen ihr Überleben gegenüber den grossen Ladenketten sichern wollte. Demgegenüber würde in der Schweiz die kartellmässige Vereinigung kleiner Detaillisten zu einem einzigen Einkaufs-, Preis- und Konditionen-Kartell, mit dem Ziel, gegen Migros, Coop und Denner eine Chance zu behalten, mit Sicherheit als etwas Lobenswertes begrüsst. Die Unterbindung des Individual-Wettbewerbs zwischen den Detaillisten wäre nach schweizerischer Auffassung keineswegs etwas Schädliches.*
- 633 In der EU sind Kooperationen zwischen Konkurrenten grundsätzlich bewilligungspflichtig. Durch das Bewilligungsverfahren soll sichergestellt werden, dass die Kooperation nicht zu Wettbewerbsbeschränkungen führt. Die Bewilligungspflicht wurde durch generelle Freistellungen (d.h. generell im voraus erteilte Bewilligungen) für eine Reihe von Kooperationstatbeständen aufgehoben, beispielsweise für Spezialisierungsvereinbarungen kleinerer Unternehmungen, Lohnfabrikationsverträge (Zulieferverträge) und für Forschungs- und Entwicklungskooperationen. Die EU-Kommission ist in ihren Bekanntmachungen so weit gegangen, Konkurrenzverbote im gemeinsamen Forschungsbereich von Forschungs- und Entwicklungskooperationen als nicht-wettbewerbsbeschränkend zu deklarieren.
- 634 *Dadurch wird dem Wort "nicht-wettbewerbsbeschränkend" eine Bedeutung untergeschoben, die es in Wirklichkeit nicht hat. Im Bereich des Normativen wird sprachliche Falschmünzerei zuweilen dazu verwendet, um sich eine aufwendige Begründungsarbeit zu ersparen. Statt zu begründen, weshalb Konkurrenzverbote unter gewissen Umständen gerechtfertigte und also erlaubte Wettbewerbsbeschränkungen sein können (was durchaus begründbar ist), sagt die EU-Kommission kurzerhand und entgegen den natürlichen Evidenz: Solche Konkurrenzverbote sind keine Wettbewerbsbeschränkungen.*
- 635 In der BRD sind Kooperationen, im Interesse des unbeschränkten Wettbewerbs, weitgehend verboten.
- 636 In der Schweiz sind Kooperationen erlaubt und erwünscht. Die sich daraus ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen werden bereitwillig in Kauf genommen, solange die Kooperation nicht geradezu zu einer Monopolisierung des Marktes durch die zusammenarbeitenden Konkurrenten führt. Aus schweizerischer Sicht steigert die Kooperation die gemeinsame Wettbewerbsfähigkeit der kooperierenden Unternehmer, namentlich gegenüber der ausländischen Konkurrenz. Der volkswirtschaftliche Nutzen der Kooperation ist so evident, dass kartellrechtliche Bedenken nur ausnahmsweise durchschlagen können.
- 637 Man mag die unverkrampfte schweizerische Einstellung gegenüber Kooperationen der geradezu ängstlich-verklemmten Haltung der EU und der BRD in diesem Gebiet mit

patriotischem Stolz gegenüberstellen. Es ist jedoch etwas anderes, ob einige schweizerische Unternehmungen mit kumulativem Umsatz von einigen hundert Millionen und einer Mitarbeiterzahl von einigen zehntausend sich im internationalen Konkurrenzkampf mit vereinten Kräften stark machen (was aus schweizerischer Sicht als löblich erscheint), oder ob Wirtschaftskolosse mit zweistelligen Milliardenumsätzen und Hunderttausenden von Mitarbeitern ihre Kräfte vereinen. Die Skepsis in der EU und in der BRD gegenüber diesem letzteren Phänomen ist nicht völlig unbegründet.

4. Fusionskontrolle

- 638 Wenn zwei bisher konkurrierende Grossunternehmen fusionieren, so kann dies die Marktverhältnisse entscheidend verändern, namentlich zur Bildung eines Monopols führen. Begreiflicherweise sind ausländische Kartellrechtsordnungen in diesem Bereich sensibel. In den USA bestand in früheren Jahrzehnten eine scharfe Fusionskontrolle. Heute sind dort Fusionen aber normalerweise möglich. In der EU gibt es seit dem 21.9.1990 eine Fusionskontrolle, wenn die fusionierenden Unternehmungen bestimmte Umsatzzahlen überschreiten. Erfasst werden Fusionen von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Vorgesehen ist eine Meldepflicht. Die EU-Kommission prüft den Zusammenschluss und gibt ihre Bewilligung, oder sie untersagt den Vollzug oder ordnet seine Rückgängigmachung an.
- 639 In der Schweiz gelten die Art. 9-11 sowie 32-38 KG, ferner die Verordnung vom 17.06.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Gemäss diesen Bestimmungen sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss
- a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens zwei Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und
 - b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.
- 640 Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die WEKO. Geprüft wird, ob der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die WEKO kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen. Untersagt die WEKO eine Fusion, dann kann der Bundesrat das Verbot wieder aufheben, sofern der Zusammenschluss ausnahmsweise als notwendig erscheint, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen (Art. 11 KG).

C. Behörden und Verfahren

- 641 Das schweizerische Kartellrecht sieht **Sanktionen** auf drei Ebenen vor:
- a) Im *Zivilprozess* (Art. 12-17 KG) kann der im Wettbewerb behinderte Konkurrent gegen die Behinderer klagen. - Konsumenten, die durch überhöhte Kartellpreise geschädigt wurden, haben, im Gegensatz zum US-Recht, keine Klagelegitimation. - Der Zivilrichter kann Verbote aussprechen und die Höhe von Schadenersatz bemessen; hingegen ist er nicht kompetent, die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen; diese Frage ist durch die Wettbewerbskommission zu begutachten (Art. 15 Abs. 1 KG). - Das Zivilverfahren hat bisher keine Bedeutung erlangt.

- b) Das *Verwaltungsverfahren* vor der Wettbewerbskommission (Art. 18-53 KG). Das Verfahren wird von Amtes wegen eingeleitet. Es beginnt mit einer Vorabklärung und setzt sich fort in der eigentlichen Untersuchung. Diese wird durch das Sekretariat der WEKO geleitet. Das Sekretariat stellt Antrag an die WEKO. Diese entscheidet. - Das Verwaltungsverfahren ist der harte Kern des schweizerischen Kartellrechts.
- c) Das *Strafverfahren* (Art. 54-57 KG). - Im schweizerischen Kartellrecht gibt es Strafsanktionen nur im Falle der Zuwiderhandlung gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission. Das bedeutet konkret, dass Unternehmungen in der Schweiz straffrei kartellieren können, bis eine Untersuchung der Wettbewerbskommission stattgefunden hat und eine Verfügung ergangen ist.

D. Rechtshilfe zugunsten des Auslandes

- 642 Im sechsten Kapitel des Kartellgesetzes (Art. 58 f. KG) hat sich die Schweiz verpflichtet, auf Begehren ausländischer Staaten im eigenen Staatsgebiet Untersuchungen zuhanden ausländischer Kartellbehörden durchzuführen. Damit hat die Schweiz ihre ehemalige Eigenschaft der "Kartellinsel" preisgegeben. Bis zum Inkrafttreten des heutigen Kartellgesetzes haben gewisse ausländische Kartelle ihre Administration in die Schweiz verlegt, um hier dem Zugriff, namentlich den Haussuchungen und Zeugen- einvernahmen amerikanischer und europäischer Wettbewerbsbehörden entzogen zu sein. Seit dem Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes bietet die Schweiz solchen Organisationen keinen verfahrensrechtlichen Schutz mehr.