

LEGAL

Chancen und
Risiken rechtlicher
Neuerungen
2005/2006

ADVISORY

Vorwort

April 2006

Liebe Kundin, lieber Kunde
Liebe Geschäftsfreunde

Mit der vorliegenden 12. Ausgabe unserer Publikation «Chancen und Risiken» freuen wir uns, Ihnen erneut einen Überblick über die wichtigsten rechtlichen Neuerungen und aktuellen Entwicklungen in der Praxis zu verschaffen.

Die wirtschaftliche Dynamik der letzten fünfzehn Jahre und die zunehmend internationale Verflechtung der Schweizer Wirtschaft haben einige Gesetzgebungsprojekte ausgelöst. Es erstaunt deshalb nicht, dass das Wirtschaftsrecht derzeit von ziemlich vielen neuen Regelungen und geplanten Änderungen geprägt ist. Beispielsweise hat das Parlament im Oktober 2005 die neuen Transparenzvorschriften betreffend Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung verabschiedet. Nur zwei Monate später haben die Räte die Totalrevision des GmbH-Rechts, die neuen Bestimmungen über die Revisionsstelle im Obligationenrecht und das neue Revisionsaufsichtsrecht verabschiedet. Seither hat der Bundesrat die Vernehmlassung für eine umfassende Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts eröffnet. Detaillierte Informationen dazu lesen Sie auf den folgenden Seiten.

Das Bedürfnis des vermehrt internationalen Umfelds unserer Kunden hat uns veranlasst, diese Broschüre auch in englischer Sprache aufzulegen. Entsprechende Exemplare können Sie kostenlos bei uns bestellen. Es würde uns freuen, wenn Ihnen unsere Beiträge die bestehenden Chancen aufzeigen, von welchen rechtlichen Neuerungen Ihr Unternehmen oder Sie persönlich einen positiven Nutzen erzielen können.

Auf den letzten Seiten unserer Publikation finden Sie Ihre Ansprechpartner, die sich auf Ihre Kontaktaufnahme freuen.

Ein besonderer Dank gebührt Mirjam Holderegger, Peter Goetschi und Ben Jowett für die Projektleitung im Zusammenhang mit der Erstellung dieser Broschüre.

Stefan Zwicker
Mitglied der
Geschäftsleitung

Daniel Lengauer
KPMG Legal Deutschschweiz

Giordano Rezzonico
KPMG Legal Romandie

Inhaltsverzeichnis

Gesellschaftsrecht

Die kleinen und grossen Revisionen im Gesellschaftsrecht	11
Revision des Obligationenrechts: Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung	16
Totalrevision des GmbH-Rechts	23
Das neue Revisionsrecht	27
Die Anfechtung der Wahl der Revisionsstelle (BGE 131 III 38)	31
Entscheide des Bundesgerichts zum Gesellschaftsrecht	34
An der Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht Oder: Welches Recht gilt, wenn die Schweizerische Post ihre Geschäftstätigkeiten in Handelsgesellschaften nach privatem Recht überführt?	37
Die Behandlung von Vorsorgeeinrichtungen im Fusionsgesetz	41
Erste Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz	45

Finanzmarktrecht

Aufsicht über Finanz- und Versicherungsgruppen bzw. Finanz- und Versicherungskonglomerate	59
Missbräuchliches Verhalten im Effektenhandel durch Kursschnitte: Neuste Praxis der EBK	64

Neue Entwicklungen im Versicherungsaufsichtsrecht	68
Entwicklungen im Umfeld der Geldwäschereiprävention	78
Entwurf zu einem Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz)	82

Kapitalmarktrecht

Neuerungen im Kotierungsrecht	87
Öffentliche Übernahmen (Neue Praxis der Übernahmekommission)	91
Anwendung der börsenrechtlichen «Squeeze out»-Regelung auf eine nicht börsenkotierte Gesellschaft	107

Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Technologierecht

Die KMU-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission	113
Revision des Urheberrechtsgesetzes	116
Zur laufenden Revision des Datenschutzgesetzes	120

Arbeitsrecht

Massenentlassungsvorschriften: Anwendungsbereich und Konsultation im Lichte des BGE 130 III 102	129
Konkurrenzverbot (BGE 130 III 353)	136

Nachfolgeplanung

Auslegung von Testament und Erbvertrag	141
Nachfolgeplanung und indirekte Teilliquidation	145

Weitere Rechtsgebiete

Auf dem Weg zur Aufhebung der Lex Koller	151
Neuerungen im Stiftungsrecht	155
Vertrauenshaftung und ihre Grenzen (BGE 130 III 345)	161

Publikationen von KPMG Legal Schweiz

Ansprechpartner

Gesellschaftsrecht

Die kleinen und grossen Revisionen im Gesellschaftsrecht

Mirjam Holderegger

Ausgangslage

Derzeit sind im Gesellschaftsrecht sehr viele kleine und grosse Revisionen in der Vernehmlassung, vom Parlament gutgeheissen oder vom Bundesrat in Kraft gesetzt worden. Es laufen so viele Gesetzgebungsprojekte, dass es selbst für spezialisierte Wirtschaftsanwälte manchmal schwierig ist, den Überblick zu behalten. Aus diesem Grund soll nachfolgend ein kurzer **Überblick über den Stand der Dinge bei den verschiedenen Revisionen** gegeben werden. Einige Themen werden sodann in Artikeln dieser Broschüre vertieft behandelt¹.

Überblick

Das Parlament verabschiedete am 16. Dezember 2005 nicht nur das **neue Revisionsrecht und das Revisionsaufsichtsgesetz (RAG)**, sondern – neben dem **GmbH-Recht** – auch noch weitere Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht. Letztere sind ebenfalls Teil der Revision Obligationenrecht und könnten auch als **kleine Revision des Aktienrechts** bezeichnet werden².

Daneben ist eine grössere Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts geplant. Die Vernehmlassung zum Vorentwurf dauert bis Ende Mai 2006. Mit dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen ist erst in einigen Jahren zu rechnen.

1 Vgl. dazu Seite 16 «Revision des Obligationenrechts: Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung», Seite 23 «Totalrevision des GmbH-Rechts», Seite 27 «Das neue Revisionsrecht».

2 Vgl. dazu auch Lukas Glanzmann, Die kleine Revision des Aktienrechts. Abschaffung der Pflichtaktien für Verwaltungsräte, in: NZZ vom 24. Februar 2006, Nr. 46, S. 27.

Thema der Revision	Aktueller Stand	Wichtigste Punkte	Inkrafttreten/Fristen
<p>Revision des Obligationenrechts: Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung</p>	<p>Verabschiedung durch das Parlament am 7. Oktober 2005³.</p> <p>Ablauf der Referendumsfrist am 26. Januar 2006.</p>	<p>Offenlegung bei börsenkotierten Gesellschaften:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Vergütungen der Gesellschaft an die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung; – Beteiligungen der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung an der Gesellschaft⁴. 	<p>Inkrafttreten: Voraussichtlich am 1. Januar 2007.</p>

³ Die Referendumsvorlage mit den Änderungen der Gesetzesartikel kann unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/5963.pdf> heruntergeladen werden.

⁴ Detailliertere Informationen dazu sind im Artikel zur «Revision des Obligationenrechts: Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung» auf Seite 16 erhältlich.

Thema der Revision	Aktueller Stand	Wichtigste Punkte	Inkrafttreten/Fristen
Revisionsrecht und RAG	<p>Verabschiedung des neuen Revisionsrechts⁵ und des RAG⁶ durch das Parlament am 16. Dezember 2005.</p> <p>Ablauf der Referendumsfrist am 6. April 2006.</p>	<p>– Verbesserung der Vorschriften zur Revision.</p> <p>– Einheitliches Konzept für sämtliche Rechtsformen des Privatrechts.</p> <p>– Verschiedene Formen von Prüfungen je nach Grösse der Gesellschaft und Erfüllung bestimmter Kriterien⁷.</p>	<p>Wahl des Verwaltungsrats und des Direktors der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde durch den Bundesrat bis im Herbst 2006⁸.</p> <p>Inkrafttreten: Voraussichtlich in der zweiten Hälfte des Jahres 2007 (zusammen mit dem GmbH-Recht). In der Zwischenzeit werden mit der Vorlage zusammenhängende Ausführungsbestimmungen bearbeitet.</p>
GmbH-Revision	<p>Verabschiedung des neuen GmbH-Rechts durch das Parlament am 16. Dezember 2005⁹.</p> <p>Ablauf der Referendumsfrist am 6. April 2006¹⁰.</p>	<p>– Mängel des geltenden Rechts werden behooben.</p> <p>– Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen¹¹.</p>	<p>Inkrafttreten: Voraussichtlich in der zweiten Hälfte des Jahres 2007 (zusammen mit dem Revisionsrecht). Mit der Vorlage zusammenhängende Ausführungsbestimmungen werden in der Zwischenzeit bearbeitet.</p>

5 Die Referendumsvorlage mit dem Gesetzestext kann unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/7289.pdf> heruntergeladen werden. Siehe dazu auch Bundesblatt (BBl) 2005, S. 7289.

6 Die Referendumsvorlage mit dem Gesetzestext zum RAG kann unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/7349.pdf> abgerufen werden. Siehe dazu auch BBl 2005, S. 7349.

7 Vgl. dazu Seite 27 «Das neue Revisionsrecht».

8 Vgl. dazu die folgende Medienmitteilung vom 1. März 2006: http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2006/ref_2006-03-01.html.

9 Vgl. dazu http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2001/d_gesch_20010082.htm.

10 Die Referendumsvorlage mit dem Gesetzestext kann unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/7289.pdf> abgerufen werden. Siehe dazu auch BBl 2005, S. 7289.

11 Weitere Details dazu sind im Artikel über die Totalrevision des GmbH-Rechts, auf Seite 23 ersichtlich.

Thema der Revision	Aktueller Stand	Wichtigste Punkte	Inkrafttreten/Fristen
<p>Teilrevision Aktienrecht («kleine Revision des Aktienrechts»)</p>	<p>Verabschiedung der neuen Bestimmungen durch das Parlament am 16. Dezember 2005¹².</p> <p>Ablauf der Referendumsfrist am 6. April 2006.</p>	<p>Gründung:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Gründung durch eine einzige natürliche oder juristische Person möglich¹³; – Sachübernahme: liegt vor, wenn der Vermögenswert von einem Aktionär oder einer diesem nahe stehenden Person übernommen wird¹⁴. <p>Verwaltungsrat:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Mitglieder müssen nicht Aktionäre sein; – Recht auf Teilnahme und Antragstellung an der Generalversammlung¹⁵; – Abschaffung des Domizil- und Nationalitätserfordernisses¹⁶; – Regelung der «In-sich-Geschäfte»: Dokumentation mittels schriftlichem Vertrag¹⁷. <p>Aktionärsrechte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Auflösungsbeschlüsse bedürfen eines besonderen Quorums¹⁸; – Kapitalschnitt: bisherige Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre gehen mit der Herabsetzung unter und die ausgegebenen Aktien werden vernichtet¹⁹. 	<p>Inkrafttreten: Voraussichtlich in der zweiten Hälfte des Jahres 2007 (zusammen mit dem Revisionsrecht und dem GmbH-Recht).</p>

12 Die Referendumsvorlage mit dem Gesetzestext kann unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/7289.pdf> abgerufen werden. Siehe dazu auch BBl 2005, S. 7289.

13 Art. 625 rev. OR.

14 Art. 628 Abs. 2 rev. OR.

15 Art. 702a rev. OR.

16 Art. 708 OR wird ersatzlos gestrichen werden.

17 Art. 718b rev. OR.

18 Art. 704 Abs. 1 rev. OR.

19 Art. 732a Abs. 1 rev. OR.

Thema der Revision	Aktueller Stand	Wichtigste Punkte	Inkrafttreten/Fristen
<p>Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts («grosse Aktienrechtsrevision»)</p>	<p>Eröffnung der Vernehmlassung zum Vorentwurf (VE OR)²⁰durch den Bundesrat am 2. Dezember 2005.</p>	<p>Verbesserung der Corporate Governance:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Senkung der Schwellenwerte für die Ausübung verschiedener Aktionärsrechte²¹; – klare Regelung der Informationsrechte der Aktionäre. <p>Flexibilisierung der Kapitalstrukturen:</p> <ul style="list-style-type: none"> – flexiblere Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen (so genanntes Kapitalband²²); – Verzicht auf den Mindestnennwert²³; – Abschaffung der Inhaberaktie²⁴; – Aktualisierung der Regeln zur Durchführung der Generalversammlung²⁵. <p>Vereinheitlichung des Rechnungslegungsrechts:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Differenzierung nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens²⁶; – Verbesserung der Transparenz zum Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen. 	<p>Die Vermehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts dauert noch bis zum 31. Mai 2006²⁷.</p>

20 Der Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 kann unter <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf>, der Begleitbericht unter <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20defFassungBegleitberichtVarianteEDA.pdf> heruntergeladen werden.

21 Vgl. dazu z. B. die Bestimmungen zur Einleitung einer Sonderuntersuchung: Art. 697a ff. VE OR.

22 Art. 653r ff. VE OR.

23 Art. 622 Abs. 2 VE OR.

24 Art. 622 Abs. 1 VE OR.

25 Vgl. dazu z. B. die Verwendung elektronischer Mittel: Art. 701c ff. VE OR.

26 Vgl. dazu z. B. Art. 961 ff. VE OR «Rechnungslegung für grosse Unternehmen».

27 Die Medienmitteilung vom 5. Dezember 2005 zur Eröffnung der Vernehmlassung kann unter http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2005/ref_2005-12-051.html abgerufen werden.

Revision des Obligationenrechts: Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung

(Vgl. dazu Chancen und Risiken 2004/2005, S. 75 ff.; 2003/2004, S. 70 ff.; 2002/2003, S. 36 ff.; 2001/2002, S. 27 ff.)

Michel Bussard/Marc Raggenbass

Ausgangslage

Seit dem Sommer 2002 sind die an der SWX Swiss Exchange (SWX) kotierten Schweizer Gesellschaften verpflichtet, Informationen über die Entschädigungen, Beteiligungen und Darlehen an die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung im Geschäftsbericht in einem eigenen Kapitel zu veröffentlichen. Diese Informationspflichten basieren auf der Selbstregulierung durch die SWX¹. Inskünftig werden die Informationspflichten für **börsenkotierte Gesellschaften** bundesrechtlich geregelt werden.

Hinsichtlich der Offenlegung der Vergütung an die Gesellschaftsorgane möchte der Bundesrat anlässlich der geplanten umfassenden Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts noch einen Schritt weiter gehen. Die Informationsrechte der Aktionäre sollen klarer geregelt werden und bei Aktiengesellschaften ohne börsenkotierte Aktien (private Aktiengesellschaften) soll ein Auskunftsrecht über die Höhe der Vergütung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung geschaffen werden. Daneben sind weitere Vorschriften zur Verbesserung der Corporate Governance vorgesehen, auf diese soll nachfolgend aber nicht eingegangen werden.

Neue Transparenzvorschriften für börsenkotierte Gesellschaften

National- und Ständerat haben am 7. Oktober 2005 die Änderung des Obligationenrechts (OR) angenommen, welcher auf die **börsenkotierten Gesellschaften** anwendbar sein wird². Am 26. Januar 2006 ist die Referendumsfrist für diese Ge-

1 Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance (Corporate Governance-Richtlinie, RLCG) vom 17. April 2002, welche unter http://www.swx.com/download/admission/regulation/guidelines/swx_guideline_20020701-1_de.pdf abgerufen werden kann.

2 Bundesblatt (BBl) 2005, S. 5963. Es geht im Wesentlichen um die Einführung eines neuen Art. 663b^{bis} und eines 3. Absatzes zum Art. 663c OR. Die anderen Änderungen betreffen die Marginalien der Art. 663d, 663e, 663h und 664 OR sowie diejenige des Art. 6a Abs. 6 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000.

setzesrevision unbenutzt abgelaufen. Die entsprechenden Bestimmungen dürften damit spätestens am 1. Januar 2007 in Kraft treten.

Die neuen Vorschriften verpflichten die betroffenen Gesellschaften, im Anhang zur Jahresrechnung präzise Informationen über Gehälter, Entschädigungen und andere Vorteile, welche sie den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung gewähren, offen zu legen.

Wessen Vergütungen sind offen zu legen?

Offen zu legen sind die Vergütungen³:

- an gegenwärtige Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats;
- an frühere Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats, sofern sie:
 - in einem Zusammenhang mit der früheren Tätigkeit als Organ der Gesellschaft stehen oder
 - nicht marktüblich sind;
- an Personen, die den gegenwärtigen und früheren Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats nahe stehen, sofern die Vergütungen nicht marktüblich sind.

Nicht offen zu legen sind deshalb Vergütungen, die ein früheres Mitglied des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats nach dessen Ausscheiden aus der Firma im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit mit der Gesellschaft (z. B. als Rechtsberater) erhält, es sein denn, diese Bezüge seien nicht marktüblich. Im Anhang auszuweisen sind andererseits in jedem Fall all jene Vergütungen, die ein Mitglied noch nach Ausscheiden aus der Gesellschaft aufgrund seiner früheren Tätigkeit weiter bezieht.

Der Rechtsbegriff der **«nahe stehenden Person»** findet sich in verschiedenen Normen. Als nahe stehend gelten Personen, die aufgrund persönlicher, wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsächlicher Beziehung miteinander verbunden sind (z. B. aufgrund einer familiären, bekanntschaftlichen oder geschäftlichen Beziehung)⁴.

³ Art. 663b^{bis} Abs. 1 OR.

⁴ Amtliches Bulletin des Nationalrats vom 28. September 2005, S. 1266.

Welche Vergütungen sind offen zu legen?

Die Aufzählung der offen zu legenden Vergütungen in Art. 663b^{bis} Abs. 2 OR ist nicht abschliessend. Betroffen von der Offenlegungspflicht sind sämtliche Entschädigungen, ob in Geld oder in Sachleistungen, unter anderem auch Darlehen, Hypotheken, Nebenentschädigungen und Einzahlungen in Pensionskassen. Ob die Zahlung effektiv von der Gesellschaft selber, einer Konzern- oder Gruppengesellschaft oder über einen Dritten erfolgt, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle⁵.

Welche Darlehen und Kredite sind von der Offenlegung betroffen?

Offen zu legen sind gewährte und noch ausstehende Darlehen und Kredite⁶:

- an gegenwärtige Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats;
- an frühere Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats, sofern sie nicht marktüblich sind;
- an Personen, die den gegenwärtigen und früheren Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats nahe stehen, sofern die Darlehen und Kredite nicht marktüblich sind.

Wie muss offen gelegt werden?

Die Offenlegung der Vergütungen und Kredite umfasst⁷:

- den an den Gesamtverwaltungsrat und an jedes einzelne Mitglied ausbezahlten Betrag unter Nennung von dessen Namen und dessen Funktion;
- den an die Gesamtgeschäftsleitung und den höchsten an ein Mitglied der Geschäftsleitung bezahlten Betrag unter Nennung von dessen Namen und dessen Funktion;
- den an den Gesamtbeirat und an jedes einzelne Mitglied ausbezahlten Betrag unter Nennung von dessen Namen und dessen Funktion.

5 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 23. Juni 2004 (BBl 2004, S. 4489).

6 Art. 663b^{bis} Abs. 3 OR.

7 Art. 663b^{bis} Abs. 4 OR.

Die Vergütungen und Kredite an nahe stehende Personen sind gesondert und ohne Namensnennung auszuweisen.

Sind auch Beteiligungen, Wandel- und Optionsrechte offen zu legen?

Offen zu legen sind die Beteiligungen, Wandel- und Optionsrechte jedes gegenwärtigen Mitglieds des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats, unter Einschluss der Beteiligungen der ihm nahe stehenden Personen, unter Nennung des Namens und der Funktion⁸. Da die nahe stehenden Personen im Einflussbereich des Mitglieds stehen, muss sich dieses die Beteiligungen dieser Personen an die eigenen Beteiligungen anrechnen lassen.

In welchem Zeitpunkt sind die Vergütungen und Beteiligungen offen zu legen?

Die Vergütungen sind in jenem Geschäftsjahr offen zu legen, in dem sie dem Empfänger verbindlich geschuldet sind. Der Zeitpunkt der effektiven Leistung ist demgegenüber nicht massgebend. Kredite und Darlehen sind im Umfang der am Stichtag offenen Kreditpositionen anzugeben, unabhängig vom im Geschäftsjahr gewährten Kreditvolumen⁹.

Die Zuteilung von Beteiligungen, Wandel- und Optionsrechten als Bestandteil einer Vergütung sind nur für die im Geschäftsjahr zugeteilten Rechte im Anhang der Bilanz aufzuführen¹⁰. Demgegenüber sind all diese Rechte am Stichtag kumuliert als Beteiligungen aufzuführen.

Gibt es Kontrollmöglichkeiten?

Der Anhang der Jahresrechnung ist, zusammen mit der Erfolgsrechnung und der Bilanz, Teil der Jahresrechnung¹¹. Diese wird von der Revisionsstelle auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gesetz und den Statuten überprüft¹². Die Offenlegung der Vergütungen und Beteiligungen im Anhang der Bilanz ermöglicht damit die Kontrolle

8 Art. 663c Abs. 3 OR.

9 Art. 663b^{bis} Abs. 3 OR.

10 Art. 663b^{bis} Abs. 2 Ziff. 4 OR.

11 Art. 662 Abs. 2 OR.

12 Art. 728 Abs. 1 OR.

der Einhaltung der Transparenzvorschriften durch eine unabhängige Stelle¹³. Gegenstand der Prüfung sind die Richtigkeit und Vollständigkeit der Geschäftsvorfälle. Dazu gehören gemäss Bundesrat auch die Beurteilung der Marktüblichkeit und des Kreises der nahe stehenden Personen¹⁴. Stellt die Revisionsstelle Verstösse fest, benachrichtigt sie den Verwaltungsrat und in wichtigen Fällen (z. B. bei unzutreffenden Angaben über die Einzelentschädigungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats) die Generalversammlung¹⁵.

Börsenkotierte Gesellschaften müssen ihre Jahresrechnung entweder im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichen oder jeder Person, die diese innerhalb eines Jahres seit deren Abnahme verlangt, zustellen¹⁶. Damit ist sichergestellt, dass die Jahresrechnung einer Publikumsgesellschaft der Öffentlichkeit zugänglich ist.

Welches sind die Folgen der Nichtbeachtung der Vorschriften?

Die Offenlegung der Vergütungen und Beteiligungen ist eine aktienrechtliche Pflicht. Deren Nichtbeachtung können die Aktionäre durch die Nichtwiederwahl bzw. die Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats oder durch die Verweigerung der Décharge sanktionieren¹⁷. Zusätzlich steht den Aktionären im Falle einer absichtlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung und eines dadurch dem Kläger verursachten Schadens durch ein Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung die Verantwortlichkeitsklage zu¹⁸. Wird die Offenlegungspflicht verletzt und steht zudem die Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens, so kann der Aktionär ferner auf Rückerstattung von Leistungen klagen¹⁹. In besonderen Fällen können auch Tatbestände des Strafgesetzbuches (StGB) erfüllt sein, wobei hier die ungetreue Geschäftsbesorgung²⁰ und die unwahre Angabe über das kaufmännische Gewerbe²¹ im Vordergrund stehen²².

13 Art. 727c OR.

14 Amtliches Bulletin des Nationalrats vom 28. September 2005, S. 1269.

15 Art. 729b Abs. 1 OR.

16 Art. 697h Abs. 1 OR.

17 Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR.

18 Art. 754 OR.

19 Art. 678 Abs. 2 OR.

20 Art. 158 StGB.

21 Art. 152 StGB.

22 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 23. Juni 2004 (BBl 2004, S. 4484 f.).

Geplante Auskunftsrechte der Aktionäre bei privaten Gesellschaften

Die geplanten Gesetzesänderungen anlässlich der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts gehen hinsichtlich der Informationspflichten einen Schritt weiter. Der Vorentwurf der entsprechenden Revision des Obligationenrechts²³ sieht vor, eine **identische Pflicht zur Transparenz für alle Aktiengesellschaften** einzuführen.

Gemäss herrschender Lehre gewährt das heutige Recht den Minderheitsaktionären von Aktiengesellschaften kein Recht, Informationen über Entschädigungen zu verlangen, die an den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung ausgerichtet wurden. Die Kenntnis der Höhe solcher Entschädigungen ist in praktischer Hinsicht aber oft Voraussetzung für die Ausübung der Schutzrechte durch Aktionäre, so beispielsweise die Klage auf Rückerstattung (Art. 678 OR), die Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) sowie die Ausübung des Rechts, eine Sonderprüfung zu verlangen (Art. 697 ff. OR).

Nachdem das Bedürfnis nach Vertraulichkeit für private Gesellschaften höher ist als bei börsenkotierten Gesellschaften, soll die Transparenz nicht über eine Publikation im Anhang zur Bilanz, sondern über ein **individuelles Auskunftsrecht** der Aktionäre geschaffen werden. Der Verwaltungsrat hat aufgrund eines Auskunftsbegehrens die Höhe der Entschädigungen mitzuteilen²⁴. Die Privatsphäre der Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder wird somit bei privaten Aktiengesellschaften durch die individuelle Offenlegung weniger stark betroffen sein als bei Publikumsgesellschaften.

Chancen und Risiken

Die Verstärkung der Transparenz durch Offenlegung der Vergütungen an die Organe ist eine wichtige politische und wirtschaftliche Forderung. Die Verbesserungen der rechtlichen Vorgaben für börsenkotierte Gesellschaften dürften sich positiv auf den schweizerischen Kapitalmarkt auswirken.

²³ Der Bundesrat hat die Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts eröffnet. Vgl. dazu BBl 2005, S. 7029 f. Die Bekanntmachung der Departemente und Ämter kann unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/7029.pdf> abgerufen werden.

²⁴ Art. 697^{quiquies} des Vorentwurfs der Revision des Obligationenrechts.

Das in der geplanten Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts enthaltene Auskunftsrecht über die Vergütungen der Organe wird zusammen mit den weiteren vorgesehenen Änderungen die Corporate Governance verbessern und die Stellung der Minderheitsaktionäre auch in den privaten Gesellschaften stärken.

Andererseits besteht durch die Verbesserung der Kontrollrechte der Aktionäre immer auch das Risiko, dass Auskunftsbegehren missbräuchlich gestellt und die erhaltenen Informationen nicht sinngemäss verwendet werden.

Totalrevision des GmbH-Rechts

(Vgl. dazu Chancen und Risiken 2004/2005, S. 24 ff.; 2003/2004, S. 45 ff.; 2002/2003, S. 49 ff.)

Nicolas Chervet/Pierre Oberson

Ausgangslage

Bereits am 19. Dezember 2001 hatte der Bundesrat einen Gesetzesentwurf zur Änderung der Gesetzgebung bezüglich der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) angenommen und dem Parlament überwiesen¹. Um dem Bundesrat zu ermöglichen, parallel einen Entwurf für ein Revisionsaufsichtsgesetz auszuarbeiten, wurden die Parlamentsarbeiten jedoch vorübergehend eingestellt. Der Bundesrat hat dem Parlament schliesslich am 23. Juni 2004 einen zusätzlichen Gesetzesentwurf unterbreitet².

Die eidgenössischen Räte haben ab der Sommersession 2005 über die beiden Gesetzesvorlagen als Ganzes debattiert und die Revision mit Schlussabstimmung vom 16. Dezember 2005 angenommen³. Es ist vorgesehen, dass das neue GmbH-Recht in der zweiten Hälfte des Jahres 2007 in Kraft tritt.

Die Änderungen sind so zahlreich, dass an dieser Stelle keine umfassende Darstellung erfolgen kann, vielmehr sollen nachfolgend nur die wichtigsten Neuerungen aufgezeigt werden.

1 Der Gesetzesentwurf und die begleitende Botschaft des Bundesrats sind im Bundesblatt (BBl) Nr. 16 vom 23. April 2002, S. 3148 ff., publiziert. Die Botschaft kann auf dem Internet unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/3148.pdf> abgerufen werden.

2 Der Gesetzesentwurf und die ergänzende Botschaft sind im BBl Nr. 28 vom 20. Juli 2004, S. 3969 ff. publiziert. Die Botschaft kann unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/3969.pdf> heruntergeladen werden.

3 Das vom Parlament verabschiedete und bis zum 6. April 2006 dem fakultativen Referendum unterstehende Gesetz ist im BBl Nr. 51 vom 27. Dezember 2005, S. 7289 ff., publiziert und kann unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/7289.pdf> abgerufen werden.

Überblick

Das neue Recht strebt die **Elimination von gewissen Nachteilen** des geltenden Rechts an:

- **Haftung:** Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet neu nur noch das Gesellschaftsvermögen (keine subsidiäre persönliche Haftung der Gesellschafter mehr).
- **Liberierung:** Das Stammkapital ist neu bei der Gründung voll zu liberieren.
- **Gesellschaftskapital:** Die obere Grenze des Stammkapitals, die bis anhin auf CHF 2 Mio. festgelegt war, wird abgeschafft. Das Mindestkapital bleibt hingegen auf CHF 20000.– fixiert. Die effektive Liberierung des Gesellschaftskapitals wird nunmehr durch die Übernahme der Vorschriften des Aktienrechts zur Liberierung und durch Sacheinlage gesichert. Der minimale Nominalwert der Stammanteile wird von CHF 1000.– auf CHF 100.– reduziert.
- **Stammanteile:** Jeder Gesellschafter kann in Zukunft mehrere Stammanteile halten, und die einfache Schriftform reicht fortan für die Übertragung der Stammanteile (Art. 785 Abs. 1 rev. OR). Die Übertragung von Stammanteilen setzt des Weiteren keinerlei Statutenänderung mehr voraus. Ohne anderslautende Bestimmungen in den Statuten setzt die Übertragung hingegen weiterhin die Zustimmung der Gesellschafterversammlung voraus. Letztere kann ihre Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern (Art. 786 rev. OR). Das Gesetz zählt die möglichen anderslautenden Statutenbestimmungen abschliessend auf (Art. 786 Abs. 2 rev. OR).
- **Konkurs eines geschäftsführenden Gesellschafters:** Im aktuellen Recht kann der Konkurs eines geschäftsführenden Gesellschafters zum Konkurs der GmbH führen, dies im Besonderen, wenn die anderen Gesellschafter nicht in der Lage sind, den Stammanteil des konkursiten Gesellschafters zu übernehmen. Das neue Recht hebt diese Regel auf.
- **Kapitalerhöhung:** In Zukunft wird eine Kapitalerhöhung nicht mehr die Einstimmigkeit der Gesellschafter voraussetzen.
- **Gründung durch eine Person:** Waren bis anhin zwei Personen zur Gründung einer GmbH notwendig, wird in Zukunft eine, natürliche oder juristische, Person ausreichen (Art. 772 Abs. 1 rev. OR).
- **Jährliche Hinterlegung im Handelsregister:** Die formalistische Vorschrift der jährlichen Hinterlegung der Liste der Gesellschafter wird aufgegeben⁴.

4 Vgl. BBI 2002, S. 3162.

Die Gesetzesrevision schafft klarere Regeln über die **Organisation** der GmbH:

- **Verwaltung und Vertretung:** Die zwingend der Gesellschafterversammlung, den Geschäftsführern und, gegebenenfalls, der Revisionsstelle zukommenden Kompetenzen sind fortan klar definiert. Über die zwingenden Kompetenzen hinaus können die Statuten fortan eine subtile Aufteilung der Entscheidungskompetenzen zwischen den Gesellschaftern und den Geschäftsführern vorsehen (Art. 811 rev. OR). Der diesbezüglich in der Redaktion der Statuten bestehende Spielraum wird gar grösser und variantenreicher als in der Aktiengesellschaft sein. Darüber hinaus wird in Zukunft, anderweitige statutarische Bestimmungen vorbehalten, jeder Geschäftsführer einzeln die Gesellschaft vertreten können (Art. 814 rev. OR).
- **Veto-Recht der Gesellschafter:** Das Veto-Recht der Gesellschafter gegen Entscheide der Gesellschafterversammlung wird fortan auf gewisse, von den Statuten bestimmte Entscheide beschränkt sein. Es wird sogar möglich sein, das Veto-Recht für jeden Gesellschafter einzeln festzulegen (Art. 807 rev. OR).
- **Revisionsstelle:** Für die GmbH bestand bis anhin keine gesetzliche Pflicht, eine Revisionsstelle zu wählen. Neu verweist das GmbH-Recht auf die Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 818 rev. OR)⁵. Inskünftig werden die grossen GmbHs einer gewöhnlichen Revision unterliegen, während die mittleren und kleineren GmbHs lediglich einer eingeschränkten Prüfung unterliegen werden. Für die kleineren besteht zudem die Möglichkeit, unter gewissen Bedingungen, gänzlich auf eine Revision zu verzichten. Trotz dieser generellen Regeln wird ein Gesellschafter, welcher die Gesellschaft verlassen hat, die Durchführung einer gewöhnlichen Prüfung durch eine Revisionsstelle so lange verlangen können, bis die ihm zustehende Entschädigung vollständig ausbezahlt ist (Art. 825a Abs. 4 rev. OR). Ebenso können Gesellschafter, die einer Nachschusspflicht unterliegen, eine ordentliche Revision verlangen (Art. 818 Abs. 2 rev. OR).

Die Gesetzesrevision verstärkt auch die Position der Minderheitsgesellschafter, im Besonderen durch die Gewährung eines Auskunftsrechts bezüglich aller Geschäfte der Gesellschaft (Art. 802 rev. OR), durch die Einführung qualifizierter Mehrheiten für bestimmte wichtige Entscheide (Art. 808b rev. OR) und durch die Gewährung eines Einberufungs- und Traktandierungsrechts (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2 rev. OR).

5 Vgl. dazu Seite 27 «Das neue Revisionsrecht».

Was schliesslich die **Rechnungslegung** betrifft, so werden künftig die diesbezüglichen Bestimmungen des Aktienrechts auch auf die GmbH anwendbar sein (Art. 801 rev. OR).

Chancen und Risiken

Es erscheint gerechtfertigt, in der Schweiz die Gesellschaftsform der GmbH beizubehalten. Als Kapitalgesellschaft ohne Verwaltungsrat ist die GmbH aufgrund ihrer relativ einfachen Struktur und den freien Ausgestaltungsmöglichkeiten für die Bedürfnisse von KMU speziell geeignet. Insbesondere die Beibehaltung eines Mindestkapitals von CHF 20000.– macht diese Gesellschaftsform für KMU und Start-up-Unternehmen attraktiv. Das neue Recht eliminiert eine Reihe von Schwächen des heutigen Rechts, klärt verschiedene Fragen betreffend Organisation und verbessert den Schutz der Minderheitsgesellschafter.

Die bestehenden Gesellschaften müssen ihre Statuten innert einer Übergangszeit von zwei Jahren dem neuen Recht anpassen. Dabei können sie aber auch von den neuen Gestaltungsmöglichkeiten profitieren. Die Gesellschaften, die bis anhin lediglich über ein teilweise liberiertes Gesellschaftskapital verfügen, werden darüber hinaus innert einer Frist von zwei Jahren auch den Rest des Kapitals liberieren müssen.

Das neue Revisionsrecht

(Vgl. dazu Chancen und Risiken 2004/2005, S. 24 ff.; 2003/2004, S. 68 ff.)

Nicolas Chervet/Pierre Oberson

Ausgangslage

Die eidgenössischen Räte haben am 16. Dezember 2005 einer Revision der aktienrechtlichen Bestimmungen über die Revisionsstelle im Obligationenrecht (Art. 727 ff. OR) zugestimmt. Durch Verweise gelten die neuen Bestimmungen auch für die GmbH (Art. 818 OR)¹, die Genossenschaft (Art. 906 OR) sowie die Stiftungen und Vereine².

Gleichzeitig wurde ein neues Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG) verabschiedet.

Mit dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen kann im Verlauf der zweiten Jahreshälfte 2007 gerechnet werden³. Bis zu diesem Zeitpunkt werden sämtliche mit den Gesetzen zusammenhängenden Ausführungsbestimmungen überarbeitet sowie die künftige Revisionsaufsichtsbehörde aufgebaut.

Neue Bestimmungen über die Revisionsstelle

Das Hauptelement dieser Gesetzesreform besteht darin, dass die Revisionspflicht in Zukunft nicht mehr von der **Rechtsform** der fraglichen Gesellschaften, sondern von der **Grösse der Gesellschaft und der Erfüllung anderer wichtiger Kriterien** (wie z. B. Eigenschaft als Publikumsgesellschaft) abhängt. Damit soll der wirtschaftlichen Realität der verschiedenen Unternehmen Rechnung getragen und insbesondere den KMU Erleichterungen gewährt werden.

Das neue Recht führt **auf die verschiedenen Prüfungsbedürfnisse abgestimmte Formen von Prüfungen** ein: die ordentliche Revision einerseits, und die

1 Vgl. dazu Seite 23 «Totalrevision des GmbH-Rechts».

2 Heute ist die Ernennung einer Revisionsstelle nur für eine Aktiengesellschaft, eine Kommandit-Aktiengesellschaft oder eine Genossenschaft obligatorisch. In Zukunft wird die obligatorische Revision auch die GmbH (Art. 818 rev. OR), die Stiftungen (Art. 83b rev. ZGB) und die wichtigen Vereine (Art. 69b rev. ZGB) betreffen.

3 Das RAG untersteht dem fakultativen Referendum mit Frist bis 6. April 2006. Es ist nicht zu erwarten, dass das Referendum ergriffen wird.

eingeschränkte Revision (oder Review) andererseits. In Zukunft werden die **Publikumsgesellschaften**⁴ sowie die **grossen Gesellschaften ihre Jahresrechnung** obligatorisch **ordentlich prüfen** lassen müssen. Als grosse Gesellschaften gelten diejenigen Gesellschaften, die in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren zwei der folgenden Grössen übertreffen: CHF 10 Mio. Bilanzsumme, CHF 20 Mio. Umsatz, Mitarbeiterbestand von 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 727 rev. OR)⁵. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann eine **eingeschränkte Prüfung** stattfinden (Art. 727a rev. OR). Im Vergleich mit der ordentlichen Revision bietet die eingeschränkte Revision verschiedene Erleichterungen, insbesondere in Bezug auf den Umfang und die Intensität der Prüfung, sowie in Bezug auf die an die Revisionsstelle gestellten Voraussetzungen in fachlicher Hinsicht und in Bezug auf die Unabhängigkeit.

Die Revision führt des Weiteren ein **Options-System** ein, welches den Gesellschaften erlauben wird, das **Grundregime** (ordentliche Revision oder eingeschränkte Revision) den Umständen entsprechend ihren eigenen Bedürfnissen **anzupassen**. Das **Opting-up** wird einer Minderheit, die mindestens 10% des Gesellschaftskapitals hält, erlauben, für eine Gesellschaft, die grundsätzlich nur einer eingeschränkten Revision unterliegt, die ordentliche Revision zu verlangen. Das **Opting-out** seinerseits wird es Gesellschaften, die grundsätzlich einer eingeschränkten Revision unterliegen, erlauben, sich jeglicher Revision zu entziehen, dies unter der Voraussetzung, dass ihr Mitarbeiterbestand nicht mehr als zehn Vollzeitstellen zählt und dass alle Gesellschafter zustimmen⁶. Das **Opting-down** wird Gesellschaften, die vom **Opting-out** Gebrauch machen könnten, unter den gleichen Bedingungen ermöglichen, statt auf jegliche Revision zu verzichten, lediglich gewisse Bestimmungen nicht einhalten zu müssen. Und schliesslich wird das **Opting-in** Dritten (zum Beispiel Darlehensgebern) ermöglichen, auf einer vertraglichen Grundlage von Gesellschaften, die grundsätzlich auf jegliche Revision verzichten könnten, eine Revisionspflicht gleichwohl zu verlangen. Dies setzt jedoch eine genügend starke Verhandlungsposition voraus.

4 Publikungsgesellschaften sind Gesellschaften die (a) Beteiligungspapiere an der Börse kotiert haben, (b) Anleiheobligationen ausstehend haben oder (c) mindestens 20 Prozent der Aktiven oder des Umsatzes zur Konzernrechnung einer Gesellschaft nach Buchstabe a oder b beitragen (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 rev. OR).

5 Es gilt zu beachten, dass das Parlament die Schwellenwerte des Gesetzesentwurfs des Bundesrats von CHF 6 Mio. und CHF 12 Mio. erhöht hat.

6 Das Parlament hat einen neuen Absatz eingefügt, der dem Verwaltungsrat erlaubt, schriftlich die Zustimmung der Aktionäre zu verlangen und, unter Einräumung einer Antwortfrist von mindestens 20 Tagen, ein Schweigen der Aktionäre als Zustimmung zu erachten (Art. 727a Abs. 3 rev. OR). Das Parlament hat darüber hinaus die Regel hinzugefügt, gemäss welcher ein Verzicht der Aktionäre auf eine Prüfung auch für die Folgejahre gelte. Hingegen hat jeder Aktionär die Möglichkeit, spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Prüfung zu verlangen; die Generalversammlung muss alsdann eine Revisionsstelle wählen (Art. 727a Abs. 4 rev. OR).

Darüber hinaus präzisiert das neue Gesetz die Aufgaben der Revisionsstelle und weitet diese teilweise aus. Im Falle der ordentlichen Prüfung muss die Revisionsstelle neuerdings überprüfen, ob ein internes Kontrollsystem existiert (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 rev. OR)⁷.

Die Unabhängigkeitskriterien, welchen die Revisionsstelle genügen muss, sind ebenfalls präziser, und für die ordentliche und die eingeschränkte Prüfung in unterschiedlicher Weise definiert (Art. 729 und 729 rev. OR)⁸.

Revisionsaufsichtsgesetz

Bis anhin beruhte die **Aufsicht über die Revisoren** hauptsächlich auf dem Prinzip der Selbstregulierung und -kontrolle. Mit dem RAG wird die Aufsicht über die Revisoren nun bundesrechtlich geregelt. Dies ist eine Folge von regulatorischen Änderungen im Ausland, welche aufgrund von Unternehmenszusammenbrüchen und Bilanzskandalen vorgenommen wurden.

In den USA wurde im Anschluss an solche Ereignisse der **Sarbanes-Oxley Act 2002 (SOX)** erlassen. Dieser regelt unter anderem die staatliche Beaufsichtigung der Prüfer durch Schaffung des Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB), welcher seit Ende 2003 aktiv ist. Die PCAOB-Registrierung der grossen US-Prüfungsgesellschaften «Big 4» wurde im Oktober 2003 abgeschlossen, während die im Nachgang notwendige Registrierung der grossen Schweizer Prüfungsgesellschaften beim US-PCAOB im Juni 2004 erfolgte.

Damit ist international eine intensivierete Überwachung und Regulierung der grossen Prüfungsgesellschaften in Gang gekommen. Dies äussert sich unter anderem in der Verschärfung der Unabhängigkeitsvorschriften und in zusätzlichen Inspektionen der Prüfer.

7 Der Gesetzesentwurf des Bundesrats sah vor, dass die Revisionsstelle «überprüft, ob ein funktionierendes internes Kontrollsystem besteht». Da das Parlament den Zusatz «funktionierendes» gestrichen hat, besteht die Ungewissheit, ob eine formelle Prüfung (die Gesellschaft hat ein internes Kontrollsystem aufgebaut) genügt oder ob eine materielle Prüfung (Überprüfung der Arbeit des internen Kontrollorgans) notwendig ist.

8 Im Vergleich zum Gesetzesentwurf des Bundesrats hat das Parlament die Regel betreffend der Mandatsdauer des für eine ordentliche Revision verantwortlichen Revisors erleichtert. Währenddem der Entwurf des Bundesrats eine Maximaldauer von fünf Jahren vorsah, wurde diese Dauer vom Parlament auf sieben Jahre verlängert (Art. 730a Abs. 2 rev. OR).

Mit einem «Swiss PCAOB» (Aufsichtsstelle des Bundes) soll die extraterritoriale Anwendung des US- und anderer PCAOB eingedämmt werden. Die Schweiz will damit eine autonome Regelung schaffen und zugleich unter anderem dem Risiko begegnen, dass ausländischen Behörden Geschäftsgeheimnisse hiesiger Unternehmen preisgegeben werden müssten. Ob das US-PCAOB den vorgesehenen «Swiss PCAOB» als gleichwertig anerkennen wird, ist indes noch offen.

Das RAG will die Qualität der Revision wie folgt verbessern:

- Einerseits führt das neue Recht ein **Zulassungsverfahren** ein. Alle Revisoren, die vom Gesetz vorgeschriebene Prüfungen durchführen wollen, müssen sich einem Zulassungsverfahren unterwerfen, in welchem die Aufsichtsbehörde überprüfen wird, ob der Bewerber den gesetzlichen Anforderungen genügt (Art. 3 ff. RAG)⁹.
- Andererseits stehen die **Revisionsstellen von Publikumsgesellschaften** inskünftig unter **staatlicher Aufsicht** (Art. 7 Abs. 1 RAG).

Für die staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen gelten spezielle Unabhängigkeitsregeln, Regeln über die Qualitätssicherung sowie Auskunft- und Meldepflichten.

Chancen und Risiken

Die Möglichkeit einer eingeschränkten Prüfung wird für die KMU sicherlich Erleichterungen bringen. Hingegen dürften die Kosten der ordentlichen Revision aufgrund der gestiegenen Anforderungen steigen.

Das neue RAG und die Errichtung einer unabhängigen Aufsichtsbehörde dürften das Vertrauen in die Revisionsstellen stärken und dem guten Ruf des schweizerischen Kapitalmarktes förderlich sein.

Diese verschiedenen gesetzgeberischen Änderungen bilden Teil einer wichtigen Revision des Wirtschaftsrechts. Es wird aber ebenfalls wichtig sein, dass die damit zusammenhängenden Ausführungsbestimmungen dem Grundgedanken der Flexibilität und der Vereinfachung Rechnung tragen.

⁹ Das bis zum 6. April 2006 dem fakultativen Referendum unterliegende Gesetz ist im BBl Nr. 51 vom 27. Dezember 2005, S. 7349 ff., publiziert und kann unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/7349.pdf> abgerufen werden.

Die Anfechtung der Wahl der Revisionsstelle (BGE 131 III 38)

Michel Bussard

Ausgangslage

In einem im Oktober 2004¹ gefällten Entscheid hatte das Bundesgericht die Gelegenheit, einige Grundsätze und Regeln in Erinnerung zu rufen, welche die Wahl der Revisionsstelle einer nicht börsenkotierten Schweizer Aktiengesellschaft betreffen. Das Bundesgericht musste sich mit der Klage eines Minderheitsaktionärs auseinandersetzen, der die Wahl der Revisionsstelle unter Berufung auf verschiedene Argumente anfocht. Interessant ist der Entscheid insbesondere, weil er sich auch über die Bedeutung der Standesregeln äussert.

Zusammenfassung des Sachverhalts

In der B. AG stehen sich je eine Gruppe von Minderheits- und Mehrheitsaktionären gegenüber. Zur Minderheitsgruppe gehört die A. AG, welche etwa 47% der Aktien von B. AG hält. Gegen die Stimmen der A. AG wählte die ordentliche Generalversammlung der B. AG die Revisionsgesellschaft E.F. & Partner AG als Revisionsstelle für die statutarische Amtsdauer von einem Jahr. Die B. AG hat diesen Beschluss beim Zürcher Handelsgericht und anschliessend beim Bundesgericht angefochten, dies unter Berufung auf vier Hauptargumente, im Einzelnen die Unabhängigkeit der Revisionsstelle, die spezielle fachliche Befähigung, die Wichtigkeit des Mandats im Vergleich zum Gesamthonorarvolumen des Prüfers und das Gewicht der Stimmen des Minderheitsaktionärs anlässlich der Wahl der Revisionsstelle.

1 BGE 131 III 38 (4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004).

Die im Entscheid erwähnten Grundsätze

Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit stellt das Schlüsselkriterium für die Wahl der Revisionsstelle dar. Das Bundesgericht hat wiederholt, dass der Prüfer sowohl vom Verwaltungsrat der geprüften Gesellschaft als auch von deren Hauptaktionär unabhängig sein muss. Nähere familiäre Beziehungen oder wirtschaftliche Verflechtungen müssen ebenfalls ausgeschlossen werden. Die Tatsache hingegen, dass die zwei Mandatsleiter der E.F. & Partner AG ehemalige Mitarbeiter der vormaligen Revisionsstelle der Gesellschaft B. AG waren, beeinträchtigt die Unabhängigkeit dagegen nicht.

Fachliche Qualifikation

Die A. AG hat des Weiteren die fachlichen Qualifikationen der Mandatsleiter der Revisionsgesellschaft kritisiert, dies mit der Behauptung, sie würden weder über internationale Erfahrung noch über spezifische Kenntnisse der Werkzeugmaschinenbau-Branche verfügen. Das Bundesgericht hat diesbezüglich in Erinnerung gerufen, dass solche spezifischen Kenntnisse vom Gesetz nicht gefordert und daher auch nicht Wählbarkeitsvoraussetzungen für eine Revisionsstelle sind. Die Mandatsleiter müssen die gesetzlichen Anforderungen an die fachlichen Qualifikationen persönlich erfüllen; für Gesellschaften einer gewissen Grösse² müssen die Revisoren besonders befähigt³ sein. Über diese fachlichen Qualifikationen hinausgehende Voraussetzungen können hingegen nicht gefordert werden.

2 Dieser Begriff umfasst sowohl quantitative als auch qualitative Kriterien. Gemäss Art. 727b Abs. 1 OR werden als solche qualifiziert: (i) Gesellschaften, die Anleiheobligationen ausstehend haben, (ii) börsenkotierte Gesellschaften und (iii) Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten: Bilanzsumme von CHF 20 Mio., Umsatzerlös von CHF 40 Mio., 200 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt.

3 Die Verordnung vom 15. Juni 1992 über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren (SR 221.302) definiert die Personen, die eine solche Qualifikation beanspruchen können. Es handelt sich einerseits um diplomierte Bücherexperten und andererseits um diplomierte Treuhand- und Steuerexperten sowie diplomierte Buchhalter/Controller mit einer praktischen Erfahrung von fünf Jahren, Hochschulabsolventen mit wirtschaftlicher oder juristischer Ausbildung und 12 Jahren Erfahrung sowie Personen mit einem gleichwertigen ausländischen Ausweis. Es gilt zu beachten, dass die Revision des Obligationenrechts die Annahme eines neuen Bundesgesetzes über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, welches den Inhalt der Verordnung übernimmt und ergänzt, mit sich bringt. Die Referendumsfrist bezüglich dieses Gesetzes läuft ebenfalls am 6. April 2006 aus (vgl. Bundesblatt (BBJ) Nr. 51 vom 27. Dezember 2005, S. 7349 ff.).

Honorar

Die von der Treuhandkammer erlassenen «Richtlinien zur Unabhängigkeit»⁴ sehen vor, dass die Revisions-Honorare eines einzelnen Kunden (alle Unternehmen, welche zum Konsolidierungskreis gehören) 10% der **gesamten Honorareinnahmen** des Abschlussprüfers nicht übersteigen dürfen. Der Entscheid des Bundesgerichts präzisiert diesbezüglich, dass diese Richtlinien zur Konkretisierung des Erfordernisses der Unabhängigkeit zwar herbeizuziehen seien, selber aber keine Gesetzeskraft hätten. Ob die Höhe des Anteils der aus einem Revisionsmandat fliessenden Honorareinnahmen die Unabhängigkeit der Revisionsstelle beeinträchtigt, ist von Fall zu Fall zu prüfen⁵.

Gewicht eines Minderheitsaktionärs

Mit ihrem letzten Einwand wirft die Beschwerdeführerin der B. AG schliesslich vor, die Revisionsgesellschaft E. F. & Partner AG gegen den klaren Willen einer Minderheit mit einem Stimmenanteil von 47% gewählt zu haben. Diesbezüglich hat das Bundesgericht ausgeführt, dass die Revisionsstelle – anders lautende statutarische Vorschriften vorbehalten – von der Generalversammlung mit dem absoluten Mehr der vertretenen Aktienstimmen⁶ gewählt werde und dass damit eine solche Wahl auch gegen den Willen einer **starken Minderheit** erfolgen kann.

Chancen und Risiken

Der Entscheid des Bundesgerichts ruft in Erinnerung, dass die Unabhängigkeit und die fachlichen Qualifikationen des Prüfers im Obligationenrecht klar geregelt sind. Er präzisiert des Weiteren die Tragweite der verschiedenen Richtlinien der Berufsverbände.

4 Richtlinien zur Unabhängigkeit der Treuhand-Kammer vom 14. März und 21. Juni 2001, Art. 4.2, S. 16. Diese Richtlinien können unter http://www.treuhand-kammer.ch/pix/Files/druck_rlu_d_aug01.pdf abgerufen werden.

5 Diese Richtlinien werden im Anschluss an das Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren geändert werden (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG; vgl. insbesondere Art. 11 RAG, der für die der Überwachung des Staates unterworfenen Revisionsgesellschaften die obgenannte Limite von 10% fortan im Gesetz festhält).

6 Art. 703 OR.

Entscheiden des Bundesgerichts zum Gesellschaftsrecht

Jeannette Heiniger

Das Bundesgericht hat in den letzten zwei Jahren interessante Urteile im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gefällt, von denen nachstehend eine Auswahl in ihrer Kernaussage dargestellt wird.

Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eines Entlastungsbeschlusses

Das Bundesgericht hatte im Rahmen einer Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit die Frage der Nichtigkeit eines Entlastungsbeschlusses der Generalversammlung zu beurteilen. Der Entlastungsbeschluss war (möglicherweise) ausschliesslich mit den Stimmen eines nicht zur Entlastung stimmberechtigten faktischen Organs zustande gekommen. Die Feststellung, ob der Beschluss (nicht) gültig zustande gekommen sei, setzt gemäss Bundesgericht eine Anfechtung nach Art. 706 OR voraus. Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen ist wegen ihrer die Rechtssicherheit gefährdenden Wirkung nicht leichthin, sondern nur bei schweren Verstössen gegen die Grundsätze des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts anzunehmen. Die Teilnahme am Entlastungsbeschluss von gemäss Art. 695 OR nicht stimmberechtigten Aktionären ist gemäss Bundesgericht an sich nicht als so schwer wiegender Mangel zu qualifizieren, der die Nichtigkeit zur Folge hat. Es ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht auf Anfechtbarkeit und nicht auf Nichtigkeit erkannt hat¹.

Genehmigungswirkung eines Entlastungsbeschlusses

Vorliegend erhob die Klägerin Verantwortlichkeitsansprüche gegen den Verwaltungsrat aus hoch spekulativen Optionsgeschäften. Sie brachte vor, die Aktionäre seien an der Generalversammlung nicht hinreichend informiert worden. Für die Optionsgeschäfte hätte daher keine (wirksame) Décharge erteilt werden können. Gemäss Bundesgericht wirkt der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung nur für den Aktionären bekannt gegebene Tatsachen. Dies sind Tatsachen, von denen sämtliche Aktionäre unbesehen der Informationsquelle tatsächlich Kenntnis haben,

¹ BGE 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005.

sowie Geschäftsvorfälle nach der Darstellung, wie sie an der Generalversammlung gegeben wird. Soweit an der Generalversammlung Tatsachen nicht verschwiegen, sondern wenigstens im **Grundsatz** bekannt gegeben werden, sind sie als im Sinne von Art. 758 Abs. 1 OR bekannt gegeben zu betrachten. Dies jedoch nur insoweit, als ihre Tragweite **nicht bewusst heruntergespielt** wird. Zudem dürfen die teilnehmenden Aktionäre durch die Art der Darstellung **nicht getäuscht** werden. Nicht zu prüfen ist, ob jeder einzelne Aktionär die Tatsachen tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Gemäss Bundesgericht ist die Bekanntgabe sämtlicher Umstände eines Geschäftsvorfalles, die für den Entscheid über die Entlastung von Bedeutung sein können, in jedem Fall ausreichend. Die Klägerin war daher nicht mehr berechtigt, Verantwortlichkeitsansprüche aus den fraglichen Optionsgeschäften zu erheben².

Aktivlegitimation bei unmittelbarem Gläubigerschaden

Ein Gesellschaftsgläubiger kann einen durch die Organe einer Gesellschaft verursachten unmittelbaren Schaden erleiden. Solange kein Konkurs über die Gesellschaft eröffnet ist, kann er den Schaden direkt gegenüber den verantwortlichen Organen einklagen. Wenn ausschliesslich Gesellschaftsgläubiger geschädigt worden sind, gilt dies grundsätzlich auch nach der Konkurseröffnung. Ist hingegen auch die konkursite Gesellschaft direkt geschädigt, können Aktionäre und Gläubiger ihren Schaden nur ausnahmsweise geltend machen, wenn:

- das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dienen, oder
- die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten eines Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet (z. B. vorvertragliche Aufklärungspflicht)³.

Die bisherige bundesgerichtliche Praxis schliesst beim Verstoss gegen Bestimmungen, die auch den Gesellschaftsinteressen dienen (Bestimmungen mit **doppelter Schutzfunktion**), ab dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung konkurrierende

2 BGE 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005.

3 Peter Widmer/Oliver Banz, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. A., Basel, Genf und München 2002, Art. 754 OR N 17; BGE 122 III 194.

Ansprüche aus unmittelbarem Gläubigerschaden aus. Das Bundesgericht hält an seiner Praxis fest^{4,5}.

Verhältnis zwischen Art. 757 OR und Art. 260 SchKG

Jeder rechtskräftig kollozierte Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse an sich zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet⁶. Im Bereich aktiengesellschaftlicher Verantwortlichkeit (Art. 757 Abs. 2 OR als *lex specialis*) bedarf es hingegen keiner Abtretung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche durch die Konkursverwaltung⁷. Das Bundesgericht hat jedoch die Frage nach der **Rechtssicherheit** bzw. der **Koordination** unter den klagebefugten Gläubigern ventiliert. Diese bilden nach Art. 757 Abs. 2 OR wie bei Art. 260 SchKG eine notwendige Streitgenossenschaft. Sie haben sich auf ein prozessual abgestimmtes Verhalten zu einigen. Das Bundesgericht hat durchblicken lassen, dass es aus diesen Gründen eventuell doch einer **Ermächtigung** oder zumindest einer **förmlichen Mitteilung** der Konkursverwaltung bedarf^{8,9}.

Haftung der Revisionsstelle

Das Bundesgericht befasste sich im Rahmen einer Klage aus Revisionshaftung mit den Haftungsvoraussetzungen, insbesondere dem Kausalzusammenhang zwischen den unterlassenen Handlungen einer Revisionsstelle und dem eingetretenen Schaden. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass die Revisionsstelle gemäss einem Expertengutachten nicht genügend und sofort auf Unregelmässigkeiten in der Buchführung hingewiesen hat. Ist der Kausalzusammenhang aufgrund einer **Unterlassung** zu prüfen, ist der **hypothetische** Verlauf der Ereignisse zu ergründen. Ein adäquater Kausalzusammenhang ist gemäss Bundesgericht dann zu bejahen, wenn der Konkurs aufgrund der gebotenen pflichtgemässen Handlungen der Revisionsstelle früher eröffnet worden und der Verlust geringer ausgefallen wäre. Ein Kausalzusammenhang ist hingegen dann zu verneinen, wenn der Schaden auch dann und in gleichem Masse eingetreten wäre, wenn die Revisionsstelle pflichtgemäss und rechtzeitig gehandelt hätte¹⁰.

4 Vgl. auch Peter Widmer/Oliver Banz, Art. 754 OR N 24.

5 BGE 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005.

6 Art. 260 Abs. 1 SchKG.

7 Peter Widmer/Oliver Banz, Art. 757 OR N 17.

8 Peter Widmer/Oliver Banz, Art. 757 OR N 24.

9 BGE 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005.

10 BGE 4C.118/2005 vom 8. August 2005.

Oder: Welches Recht gilt, wenn die Schweizerische Post ihre Geschäftstätigkeiten in Handelsgesellschaften nach privatem Recht überführt?

An der Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht

Oder: Welches Recht gilt, wenn die Schweizerische Post ihre Geschäftstätigkeiten in Handelsgesellschaften nach privatem Recht überführt?

Gastautoren: Peter Nobs/Daniel Steiner¹

Ausgangslage

Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (POG) ist die Schweizerische Post eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern. Gemäss Art. 2 Abs. 2 POG ist die Firma im Handelsregister eingetragen. Die Schweizerische Post verfügt auch über ein eigenes Vermögen (Art. 5 POG) und sie kann alle Rechtsgeschäfte tätigen, die der Unternehmungszweck mit sich bringt, so unter anderem **Gesellschaften gründen**, sich an Gesellschaften beteiligen oder auf andere Weise mit Dritten zusammenarbeiten (Art. 3 POG).

Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Postgesetzes (PG) erbringt die Post die so genannten nicht reservierten Dienste in Konkurrenz zu privaten Anbietern. Bei den nicht reservierten Diensten handelt es sich um Dienstleistungen, die die Post zwar – wie bereits erwähnt – in Konkurrenz zu Dritten erbringt, zu deren Erbringung sie aber verpflichtet ist, wie z.B. die Beförderung von Briefen im internationalen Verkehr oder die Beförderung von adressierten Paketen bis 20 kg. Die reservierten Dienste hingegen erbringt die Post im Monopol. Dabei handelt es sich um adressierte inländische oder aus dem Ausland eingehende Briefe². Die Erbringung der Monopoldienstleistungen darf die Post gemäss Art. 3 Abs. 1 PG auf Dritte übertragen.

1 Peter Nobs ist Fürsprecher und Leiter Rechtsdienst der Schweizerischen Post. Daniel Steiner ist Fürsprecher und Mitarbeiter im Rechtsdienst der Schweizerischen Post, spezialisiert in Gesellschaftsrecht und Mergers & Acquisitions.

2 Es darf davon ausgegangen werden, dass der Bundesrat im Frühjahr 2006 bei der Briefpost im nationalen Verkehr die Monopolgrenze auf 100g herabsetzen wird.

Oder: Welches Recht gilt, wenn die Schweizerische Post ihre Geschäftstätigkeiten in Handelsgesellschaften nach privatem Recht überführt?

Möglichkeiten der Auslagerung gemäss Fusionsgesetz

Art. 99 Fusionsgesetz sieht vor, dass Institute des öffentlichen Rechts

- ihr Vermögen durch **Fusion** auf Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine oder Stiftungen übertragen können,
- ihr Vermögen oder Teile davon mittels **Vermögensübertragung** auf andere Rechtsträger übertragen können, oder
- sich in Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine oder Stiftungen **umwandeln** können.

Die Spaltung ist hingegen für ein Institut des öffentlichen Rechts ausgeschlossen³.

Vorgehen der Schweizerischen Post bei Auslagerungen

Aufgrund der bestehenden Struktur der Schweizerischen Post kommen die Fusion und die Umwandlung für die Auslagerung bestimmter Geschäftsbereiche nicht in Frage. Die Schweizerische Post ist wie erwähnt eine öffentlich-rechtliche Anstalt, die in einer einzigen juristischen Person verschiedene Geschäftsbereiche, wie z. B. PostMail, PaketPost, PostAuto und PostFinance, vereint. Für die **Auslagerung einzelner Geschäftsbereiche oder von Teilen davon geeignet** ist hingegen die **Vermögensübertragung**. So wurden die bisherigen Auslagerungen von SecurePost und ExpressPost mittels Vermögensübertragung in vorgängig gegründete Aktiengesellschaften vorgenommen. Das gleiche Vorgehen ist auch bei der Auslagerung von PostAuto und PaketPost geplant. So wurde z. B. für die Auslagerung von PostAuto bereits eine PostAuto Schweiz AG gegründet – diese Gründung erfolgte nicht zuletzt aus Gründen des Firmenschutzes vorgängig –, in die nun der Betrieb von PostAuto mittels Vermögensübertragung ausgelagert werden soll.

³ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, Ziff. 2.1.8, Art. 99, und Ziff. 2.1.3.1, Art. 30.

Oder: Welches Recht gilt, wenn die Schweizerische Post ihre Geschäftstätigkeiten in Handelsgesellschaften nach privatem Recht überführt?

Zulässigkeit der Auslagerungen

Die Auslagerung bestimmter Geschäftsbereiche der Schweizerischen Post mittels Vermögensübertragung in privatrechtliche Aktiengesellschaften steht im Einklang mit der gesetzlichen Ordnung. Einerseits hat der Gesetzgeber in der Postgesetzgebung der Schweizerischen Post die Befugnis eingeräumt, Gesellschaften zu gründen, dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die Schweizerische Post gewisse Dienstleistungen in Konkurrenz mit privaten Anbietern erbringen darf bzw. muss. Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber im Fusionsgesetz mit der Vermögensübertragung das geeignete Instrument zur Verfügung gestellt, um Auslagerungen von Betriebsteilen vorzunehmen.

Damit hat der Gesetzgeber eine flexible Ordnung geschaffen, dank der sich die Schweizerische Post im Hinblick auf bereits liberalisierte Märkte bzw. auf weitere Liberalisierungsschritte den neuen Marktgegebenheiten anpassen und somit ähnliche Rahmenbedingungen, wie sie für die privaten Anbieter gelten, schaffen kann (z. B. eine erhöhte Allianzfähigkeit).

Auswirkungen der Auslagerungen

Aus der Auslagerung von Geschäftsbereichen in Aktiengesellschaften nach Privatrecht folgt, dass das Vermögen, das der Bund der Schweizerischen Post zur Verfügung gestellt hat und ursprünglich Verwaltungsvermögen darstellte, durch die Überführung den Regeln des Privatrechts unterstellt wird. Der Bund bleibt zwar Eigner der öffentlich-rechtlichen Anstalt Post, auf das aus der Anstalt ausgelagerte Vermögen hat er jedoch nur noch mittelbaren Zugriff.

Konsequenterweise sollten die Auslagerungen aber auch Auswirkungen auf die Möglichkeiten und Formen des Einflusses, die der Bund als Eigner auf die Geschäftstätigkeit bzw. -politik der Post in diesen ausgelagerten Geschäftsbereichen ausübt, haben. Der Bund hat in seiner Funktion als Gesetzgeber bewusst die Schweizerische Post vermehrt dem Wettbewerb aussetzen wollen und ihr auch die erforderlichen Instrumente dafür mit auf den Weg gegeben. **Je mehr sich die Post aber im Wettbewerb mit Dritten befindet, umso mehr müssen geschäftspolitische Entscheidungen auf betriebswirtschaftlichen Grundlagen beruhen.** Politische Überlegungen sollten dabei nicht mehr im Vordergrund ste-

Oder: Welches Recht gilt, wenn die Schweizerische Post ihre Geschäftstätigkeiten in Handelsgesellschaften nach privatem Recht überführt?

hen. Aus diesem Grund wäre es **angezeigt**, die entsprechenden **rechtlichen Regeln für die Einflussnahme des Eigners auf die Geschäftstätigkeit der Post zu präzisieren**. Dieser Einfluss sollte primär über die Vertretung des Bundes im Verwaltungsrat der Post und über die Formulierung der strategischen Ziele wahrgenommen werden. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Post über die erforderlichen unternehmerischen Freiheiten verfügt und tatsächlich ähnliche Rahmenbedingungen hat wie ihre privaten Konkurrenten.

Chancen und Risiken

Die Schweizerische Post hat aufgrund der gesetzlichen Ordnung in der Postgesetzgebung und im Fusionsgesetz Instrumente erhalten, um Geschäftsbereiche in Aktiengesellschaften auszulagern. Dies erlaubt es der Post, ähnliche Rahmenbedingungen wie die private Konkurrenz zu schaffen und **flexibel auf veränderte Marktverhältnisse reagieren zu können**. Diese Ausgangslage ist als positiv zu werten. Die Auslagerung von Geschäftsbereichen kann aber nur dann zum Erfolg führen, wenn die sich daraus ergebenden Konsequenzen von den Beteiligten respektiert werden. Bedingung ist insbesondere, dass die Post umso marktwirtschaftlicher und unter umso geringerem politischem Einfluss agieren kann, je mehr sie im Wettbewerb mit Dritten steht. Wenn der **Bund als Eigner Einfluss nehmen will**, sollte dies **im Rahmen von betriebswirtschaftlichen Grundlagen und klaren rechtlichen Regeln** erfolgen, welche es noch zu präzisieren gilt.

Die Behandlung von Vorsorgeeinrichtungen im Fusionsgesetz

Natalie Kuchowsky

Ausgangslage

Da das schweizerische Recht eine strikte Trennung zwischen dem Vermögen des Arbeitgebers und demjenigen der Vorsorgeeinrichtung vorsieht, machen die im Wirtschaftsleben stattfindenden Restrukturierungen oft auch Reorganisationen der Vorsorgeeinrichtungen unabdingbar¹. Mit dem neuen **Fusionsgesetz (FusG)**², welches per 1. Juli 2004 in Kraft getreten ist, wurde dafür eine gesetzliche Grundlage geschaffen. Dabei enthält das Fusionsgesetz in seinem 7. Kapitel (Art. 88 bis 98) Normen bezüglich der Fusion, der Umwandlung und der Vermögensübertragung von Vorsorgeeinrichtungen. Daneben sind die allgemeinen Bestimmungen des Fusionsgesetzes, Art. 109b bis 109d der Handelsregisterverordnung (HRegV)³ sowie die zivilrechtlichen Regeln des Stiftungs- bzw. Genossenschaftsrechts und diejenigen des BVG⁴ anwendbar.

Begriff der Vorsorgeeinrichtungen nach Fusionsgesetz

Das Fusionsgesetz umschreibt die Vorsorgeeinrichtungen in seinem Art. 2 lit. i als Einrichtungen, die der Aufsicht gemäss Art. 61 ff. BVG unterstellt und als juristische Personen ausgestaltet sind. Darunter fallen sowohl die **registrierten Vorsorgeeinrichtungen** im Sinne von Art. 48 BVG sowie die **nicht registrierten Personalvorsorgestiftungen** im Sinne von Art. 331 Abs. 1 OR bzw. Art. 89^{bis} Abs. 1 und 6 ZGB. Der Aufsicht gemäss Art. 61 ff. BVG sind seit der 1. BVG-Revision (in Kraft seit 1. Januar 2005) auch Einrichtungen unterstellt, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen⁵.

1 Ueli Huber, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel, Genf und München 2005, Art. 88 FusG N 1.

2 Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, SR 221.301.

3 Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937, SR 221.411.

4 Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40.

5 Vgl. dazu ausführlich Hans Michael Riemer, Vorsorgeeinrichtungen und Fusionsgesetz, SZS/RSAS, 48/2004, S. 141 f., mit Hinweis auf Bundesblatt (BBl) 2000, S. 4390 und 2698.

Zulässige Restrukturierungsvorgänge

Vorsorgeeinrichtungen, die entweder in der Rechtsform der Stiftung, Genossenschaft oder öffentlich-rechtlichen Einrichtung konstituiert sein müssen, können zunächst unter sich fusionieren, und zwar unabhängig von ihrer Rechtsform⁶. Sodann können sich Vorsorgeeinrichtungen in allen drei Rechtsformen in eine Stiftung oder Genossenschaft umwandeln, nicht aber in eine öffentlich-rechtliche Einrichtung⁷. Schliesslich ist auch eine Vermögensübertragung unter Beteiligung von Vorsorgeeinrichtungen – sei es als übertragender oder übernehmender Rechtsträger – unabhängig von deren Rechtsform zulässig⁸. Nur bei der Vermögensübertragung können auch andere Rechtsträger als Vorsorgeeinrichtungen Parteien einer Reorganisation sein (z. B. Auslagerung von Grundstücken in eine Immobilienstiftung). Ausgeschlossen ist im Bereich der Vorsorgeeinrichtungen eine Spaltung im Sinne von Art. 29 ff. FusG. Entsprechende Bedürfnisse sind mittels einer Vermögensübertragung zu befriedigen⁹.

Wahrung von Vorsorgezweck sowie der Rechte und Ansprüche der Versicherten und Überprüfung und Genehmigung durch die BVG-Aufsichtsbehörde

Bei allen drei zulässigen Vorgängen ist vorgeschrieben, dass sie nur dann erfolgen dürfen, wenn der Vorsorgezweck und die Rechte und Ansprüche der Versicherten gewahrt bleiben¹⁰. Zweiteres bedeutet insbesondere, dass die Restrukturierung nicht zu einer Verschlechterung der Situation der Versicherten in den wesentlichen Bereichen wie beispielsweise Beiträge/Leistungen, Pensionierungsalter, Wahlrecht bezüglich Kapital oder Rente oder Invaliditätsbegriff führen darf¹¹.

Fusionen und Umwandlungen müssen **durch die zuständigen BVG-Aufsichtsbehörden überprüft und genehmigt** werden, während das für die Vermögensübertragung nur im Rahmen einer Teil- oder Gesamtliquidation vorgeschrieben ist, und auch dann nur, soweit dies die Gesetzgebung über die berufliche Vorsorge vorsieht. Entscheidungen der BVG-Aufsichtsbehörden unterliegen auch im Rah-

6 Art. 88 Abs. 1 FusG.

7 Art. 97 Abs. 1 FusG.

8 Art. 98 Abs. 1, Art. 69 Abs. 1, Art. 86 Abs. 1 FusG.

9 Hans Michael Riemer, S. 144.

10 Art. 88 Abs. 2, Art. 97 Abs. 2, Art. 98 Abs. 2 Satz 1 FusG.

11 Hans Michael Riemer, S. 145.

men von Vorgängen, die durch das Fusionsgesetz bestimmt werden, den Rechtsmitteln gemäss Art. 74 BVG¹².

Verfahrensschritte

Das Fusionsgesetz bringt eine **starke Formalisierung** des Verfahrens mit sich, wobei verschiedene Schritte und Fristen zu beachten sind.

Die Fusion beispielsweise

- beruht auf **geprüften Fusionsbilanzen** der beteiligten Vorsorgeeinrichtungen, welche bei Abschluss des Fusionsvertrags nicht älter als sechs Monate sein dürfen¹³,
- einem von den obersten Leitungsorganen (bei der Stiftung dem Stiftungsrat) abgeschlossenen schriftlichen **Fusionsvertrag**¹⁴, und
- **Fusionsberichten** der obersten Leitungsorgane¹⁵.
- Sodann hat eine **Prüfung** der vorgenannten Unterlagen durch die Kontrollstellen der Vorsorgeeinrichtungen und dem (den) Experten für berufliche Vorsorge zu erfolgen¹⁶.
- Ferner besteht eine **Informationspflicht** der Vorsorgeeinrichtungen gegenüber den Versicherten und ein Einsichtsrecht derselben¹⁷, welches 30 Tage vor dem Antrag an die Aufsichtsbehörde zu gewähren ist.
- Die **Aufsichtsbehörde** prüft die Dokumente und genehmigt die Fusion. Mit der Eintragung im Handelsregister wird die Fusion rechtskräftig¹⁸. Dies hat die Löschung der untergehenden Vorsorgeeinrichtung sowohl im zuständigen Handelsregister als auch beim Register für die berufliche Vorsorge¹⁹ zur Folge.
- Vor der Verfügung weist die Aufsichtsbehörde die Gläubiger der an der Fusion beteiligten Vorsorgeeinrichtungen durch **dreimalige Publikation** eines Schuldenrufs im Schweizerischen Handelsamtsblatt darauf hin, dass sie für ihre Forderungen Sicherstellung verlangen können (Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz)²⁰.

12 Hans Michael Riemer, S. 146.

13 Art. 89 FusG.

14 Art. 90 FusG.

15 Art. 91 FusG.

16 Art. 92 FusG.

17 Art. 93 FusG.

18 Art. 95 FusG.

19 Art. 10 Abs. 5 der Verordnung vom 29. Juni 1983 über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen (BVV1).

20 Art. 96 FusG.

- Allfällige **Grundstückmutationen** sind innert dreier Monate bei den zuständigen Grundbuchämtern anzumelden²¹.

Chancen und Risiken

Es ist zu begrüßen, dass mit dem Fusionsgesetz endlich eine einheitliche Rechtsgrundlage auch für die Restrukturierung von Vorsorgeeinrichtungen geschaffen wurde. Allerdings bringt das Fusionsgesetz auch eine starke Formalisierung des Verfahrens mit sich, und es sind verschiedene Behörden und Parteien zu involvieren, welche insbesondere auch die Wahrung des Vorsorgezwecks sowie der Rechte und Ansprüche der Versicherten zu prüfen haben. Deshalb handelt es sich in der Regel um ein zeitintensives und aufwändiges Verfahren, das frühzeitig mit allen Parteien koordiniert und insbesondere mit den zuständigen Behörden abgesprochen werden sollte.

Wählt man die Vermögensübertragung als Auffangtatbestand (insbesondere für Spaltungen) können einige Verfahrensschritte unbeachtet bleiben, so bedarf es beispielsweise, wenn keine Teil- oder Gesamtliquidation vorliegt, weder einer Prüfung durch die Kontrollstellen oder den Experten für die berufliche Vorsorge noch der Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde. Sind jedoch Grundstücke Gegenstand einer Vermögensübertragung, sind die damit verbundenen Aufwände der öffentlichen Beurkundung des Übertragungsvertrags²² sowie weitere Transaktionskosten zu beachten. Ferner ist auch weiterhin eine Übertragung im Sinne der so genannten Singularsukzession ohne Anwendung des Fusionsgesetzes möglich. Eine Kombination mit der Vermögensübertragung ist denkbar und fallweise sinnvoll.

21 Art. 104 FusG.

22 Art. 70 Abs. 2 FusG.

Erste Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz

Federico Domenghini/Nicolas Cottier

Ausgangslage

Durch eine klare gesetzliche Regelung soll das Fusionsgesetz (FusG) insbesondere die Unternehmensumstrukturierungen in Form von Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen oder Umwandlungen erleichtern, dies allerdings ohne die Interessen der Gläubiger und Arbeitnehmer sowie der Personen mit Minderheitsbeteiligungen zu vernachlässigen¹.

Eine erste **Bilanz** zum FusG ist durchaus **positiv**. So regelt das neue Gesetz die Umstrukturierungsformen nun abschliessend und erhöht die Transparenz sowie die Rechtssicherheit für die entsprechenden Vorgänge². Trotzdem sind immer noch **einige Fragen offen**, was angesichts der Komplexität und teilweisen Neuartigkeit der geregelten Materie nicht verwundert³. Die nachfolgenden Ausführungen erläutern, unter Berufung auf die umfangreiche Literatur und erste Stellungnahmen und Entscheide der Handelsregisterbehörden⁴, einige **praxisrelevante Aspekte** zum neuen FusG.

Die Bedeutung des FusG zeigt sich insbesondere in der hohen Anzahl durchgeführter Umstrukturierungen, weshalb zunächst kurz auf einige statistische Daten eingegangen wird.

1 Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Botschaft), Bundesblatt (BBl) 2000, S. 4338, 4354.

2 Vgl. dazu Botschaft, BBl 2000, S. 4393 ff.; Hanspeter Kläy/Nicholas Turin, Der Entwurf zum FusG, REPRAX 1/2001, S. 17 f.

3 Vgl. dazu Chancen und Risiken 2004/2005, S. 18 ff.

4 Vgl. dazu Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA), Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, REPRAX 2/3/2004, S. 1 ff.; Christian Champeaux/Nicholas Turin, Check-Listen für Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, in: REPRAX 2/3/2004, S. 79 ff.; Hanspeter Kläy, Das Fusionsgesetz – Ein Überblick, in: Der Bernische Notar 2/2004, S. 185 ff.; Nicolas Duc, Les premières expériences dans l'application de la loi sur la fusion, in: Coopération et fusion d'entreprises, CEDIDAC n° 66, S. 239 ff.; Gregor Thomi, Stellungnahmen der Oltnearbeitstagung 2003–2005, REPRAX 2/2005, S. 39 ff.; Handelsregisteramt des Kantons Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz (FAQ), Stand per 19.12.2005. Das EHRA bereitet derzeit die Publikation einer in der REPRAX zu publizierenden weiteren Entscheidungssammlung vor.

Statistische Daten

Gemäss Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 30. August 2005 wurden innerhalb der ersten 13 Monate seit Inkrafttreten des FusG gesamtschweizerisch die folgende Anzahl Umstrukturierungen vorgenommen:

Fusionen	1012
Umwandlungen	821
Vermögensübertragungen	476
Spaltungen	68

Die Anzahl der Fusionen und Umwandlungen entspricht einer Zunahme von 45% bzw. 120% gegenüber den vorangegangenen 13 Monaten. Die häufigsten Umstrukturierungen sind die erleichterte Fusion von Kapitalgesellschaften sowie die Umwandlung von Gesellschaften. Von der Spaltung und der Vermögensübertragung wurde weniger Gebrauch gemacht. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass diese Umstrukturierungsformen – im Gegensatz zur Fusion und zur Umwandlung – im bisherigen Recht nicht vorgesehen waren⁵. Gemäss Prognose der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats wird die Anzahl der Umstrukturierungen weiter zunehmen⁶.

Praxisrelevante Aspekte des FusG

Notwendigkeit von Kapitalerhöhungsbericht und Prüfungsbestätigung bei KMU

Sofern alle Gesellschafter zustimmen, sieht das FusG die folgenden wichtigen Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) vor:

5 Anderer Meinung: Andreas Binder, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung, Sonderdruck aus der Festschrift zum 110-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes, Zürich 2005. Gemäss dem Autor kommen diese Umstrukturierungsformen in der Praxis kaum vor, da unter anderem die Gläubigerschutzbestimmungen des FusG zu weit gehen.

6 Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 30. August 2005, welche unter www.parlament.ch/mm-medienmitteilung.htm?m_id=2005-08-30_078_01 heruntergeladen werden kann.

- Verzicht auf die Erstellung eines Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsberichts⁷,
- Verzicht auf die Prüfung der Unterlagen durch einen besonders befähigten Revisor⁸ und
- Verzicht auf die Gewährung des Einsichtsrechts der Gesellschafter in die Unterlagen während 30 Tagen vor der Beschlussfassung der Generalversammlung⁹.

Die Kriterien zur Umschreibung der KMU wurden im FusG derart festgelegt¹⁰, dass eine grosse Mehrheit der schweizerischen Unternehmen von diesen Erleichterungen profitieren kann¹¹. Gemäss Angaben des Bundesamtes für Statistik sind **über 99%** aller im Handelsregister eingetragenen Unternehmen in der Schweiz KMU¹². Um in den Genuss der vom Gesetz vorgesehenen Erleichterungen zu kommen, bedarf es jedoch zusätzlich der Zustimmung aller Gesellschafter.

Das Fusionsgesetz sieht unabhängig von der Grösse der Rechtsträger weitere Verfahrenserleichterungen für Gründungen und Kapitalerhöhungen im Rahmen einer Fusion oder Spaltung sowie für Gründungen im Rahmen einer Umwandlung vor. In diesen Fällen sind gemäss Gesetzeswortlaut die Vorschriften über die Sacheinlagen nicht anwendbar¹³. Nach wohl überwiegender Lehrmeinung, die auch vom Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA) geteilt wird, setzt dieser Dispens jedoch voraus, dass ein Fusions- bzw. Spaltungs- bzw. Umwandlungsbericht und eine Prüfung durch einen Revisor vorliegen, weshalb KMU, die auf diese Berichte und Prüfungen verzichtet haben, die erwähnten Erleichterungen nicht be-

7 Art. 14 Abs. 2, Art. 39 Abs. 2 und Art. 61 Abs. 2 FusG.

8 Art. 15 Abs. 2, Art. 40 und Art. 62 Abs. 2 FusG.

9 Art. 16 Abs. 2, Art. 41 Abs. 2 und Art. 63 Abs. 2 FusG.

10 Art. 2 FusG definiert KMU als Gesellschaften, die keine Anleiheobligationen ausstehend haben, deren Anteile nicht börsenkotiert sind und die überdies zwei der nachfolgenden Grössen in den zwei letzten dem Fusions-, dem Spaltungs- oder dem Umwandlungsbeschluss vorangegangenen Geschäftsjahren nicht überschreiten: 1. Bilanzsumme von CHF 20 Mio.; 2. Umsatzerlös von CHF 40 Mio.; 3. 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

11 Vgl. dazu Botschaft, BBl 2000, S. 4366.

12 Vgl. auch Botschaft, BBl 2000, S. 4366. Es muss jedoch präzisiert werden, dass diese Prozentangabe nicht sämtliche KMU-Kriterien gemäss FusG berücksichtigt, sondern auf einer engeren Definition basiert. Trotzdem kann davon ausgegangen werden, dass die Anzahl der Unternehmen, welche die KMU-Erleichterungen des FusG beanspruchen können, sehr hoch ist.

13 Art. 9 Abs. 2, Art. 10, Art. 33 Abs. 2, Art. 34 und 57 FusG.

ansprechen können¹⁴. Die KMU müssen daher in solchen Situationen insbesondere in einem Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht über die Umstrukturierung analog Rechenschaft ablegen und eine Prüfungsbestätigung eines Revisors einholen.

Prüfungspflicht für die Zwischenbilanz

Wenn der Bilanzstichtag bei Abschluss des Fusionsvertrages mehr als sechs Monate zurückliegt oder wenn seit dem Abschluss der letzten Bilanz wichtige Änderungen in der Vermögenslage der an der Fusion beteiligten Gesellschaften eingetreten sind, muss eine **Zwischenbilanz** erstellt werden¹⁵. Das FusG sieht im Weiteren vor, dass die Zwischenbilanz gemäss den Vorschriften und Grundsätzen für den Jahresabschluss unter Vorbehalt folgender Vorschriften zu erstellen ist:

- Eine körperliche Bestandesaufnahme ist nicht notwendig;
- Die in der letzten Bilanz vorgenommenen Bewertungen brauchen nur nach Massgabe der Bewegungen in den Geschäftsbüchern verändert zu werden; Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen für die Zwischenzeit sowie wesentliche, aus den Büchern nicht ersichtliche Veränderungen der Werte müssen jedoch berücksichtigt werden¹⁶.

Art. 11 FusG wurde in der Literatur so interpretiert, dass damit die Erstellung der Zwischenbilanz erleichtert werden soll¹⁷. Die Erleichterung würde unter anderem darin bestehen, dass die Zwischenbilanz vorgängig nicht durch die Revisionsstelle

¹⁴ Hans Caspar von der Crone et al., Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, Rz. 216, 537, 542, 733 und 748; Florian Bommer/Albert Comboef/Beat Mathys/Alois Rimle, Stämpflis Handkommentar FusG, Art. 9 FusG N 13, Art. 10 FusG N 4, Art. 14 FusG N 23, Art. 15 FusG N 23, Art. 33 FusG N 7 f. und Art. 57 FusG N 7; Andreas C. Albrecht, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 9 FusG N 31; Jacqueline Burckhardt Bertossa, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 33 FusG N 8 und Art. 34 FusG N 8; Christoph M. Pestalozzi, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 57 N 28; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich, Basel und Genf 2004, § 3 Rz. 243 und 336; Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich 2004, Rz. 195; Stefan Zwicker, Die Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsprüfung nach dem Fusionsgesetz, ZSR 2004 I, S. 180 f.; Markus Bösiger, Verfahrensvereinfachungen für KMU nach Fusionsgesetz und Kapitalschutz am Beispiel der Aktiengesellschaft, REPRAX 2/3/2004, S. 125 ff., insbesondere S. 134; EHRA, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, REPRAX 2/3/2004, S. 8, 15 und 18 f.; Eine andere Auffassung vertreten: Ulysses von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, fusionsgesetz.ch, S. 58; Hans-Jakob Diem, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel, Genf, München 2005, Art. 9 FusG N 32 und Art. 10 FusG N 17; Rolf Watter/Rafael Büchi, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel, Genf, München 2005, Art. 33 FusG N 10 und Art. 34 FusG N 13; Dieter Gericke, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel, Genf, München 2005, Art. 57 FusG N 10; Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch, Fusionsgesetz, Zürich 2005, Art. 9 FusG N 25, Art. 10 FusG N 15, Art. 33 FusG N 12, Art. 34 FusG N 14 und Art. 57 FusG N 16.

¹⁵ Art. 11 Abs. 1 FusG.

¹⁶ Art. 11 Abs. 2 FusG.

¹⁷ Hans-Jakob Diem, Art. 11 FusG N 17.

der Gesellschaft zu revidieren ist¹⁸. Diese Interpretation wird hauptsächlich damit begründet, dass weder aus dem Wortlaut von Art. 11 FusG noch aus dessen Verweis auf die Vorschriften und Grundsätze für den Jahresabschluss eine **Revisionspflicht** entnommen werden kann¹⁹. Zudem wird die Meinung vertreten, dass eine vollwertige Abschlussprüfung in der **Praxis** häufig **weder möglich noch sinnvoll** ist, weil bei grossen Unternehmungen meistens zeitliche und organisatorische Gründe zu einer Erschwerung einer rechtzeitigen Revision und somit der Fusion führen, zumindest dann, wenn der Fusionsprüfer nicht mit der ordentlichen Revisionsstelle übereinstimmt²⁰.

Im Sinne einer **differenzierten Interpretation** verlangen die **Handelsregisterbehörden** dennoch eine **Prüfung der Zwischenbilanz**, falls die Gesellschaft ihre Jahresrechnung aufgrund einer gesetzlichen oder statutarischen Revisionspflicht prüfen lassen muss²¹. Diese Praxis stützt sich auf einen Hinweis in den Materialien²². Zudem vertreten die Handelsregisterbehörden die Meinung, dass die Erleichterungen betreffend Zwischenbilanz in Art. 11 Abs. 2 FusG abschliessend geregelt sind und nehmen in Kauf, dass eine solche Regelung nicht immer den praktischen Bedürfnissen der involvierten Rechtsträger entspricht²³.

Sanierungsfusion gemäss Art. 6 FusG

Art. 6 FusG sieht die Möglichkeit der so genannten **Sanierungsfusion** vor. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung wird diesbezüglich vorausgesetzt, dass eine «Gesellschaft, deren Aktien-, Stamm- oder Genossenschaftskapital und deren gesetzliche Reserven zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind oder die überschuldet ist», nur mit einer anderen Gesellschaft fusionieren kann, wenn diese «über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung verfügt», dies unter Vorbehalt bestehender Rangrücktritte von Gläubigern der überschuldeten Gesellschaft. Im Falle einer überschuldeten Gesell-

18 Hans-Jakob Diem, Art. 11 FusG N 17; Andreas C. Albrecht, Art. 11 FusG N 29; Alexander Vogel, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, Zürich 2005, Art. 11 FusG N 16 ff.

19 Vgl. dazu sehr ausführlich Hans-Jakob Diem, Art. 11 FusG N 17.

20 Alexander Vogel, Art. 11 FusG N 16 ff.

21 Vgl. dazu REPRAX 2/3/2004, S. 8; Reto Berthel, in: Info Plus zu aktuellen Themen der Treuhandbranche, Treuhandkammer Sektion Zentralschweiz, Orientierung über das neue FusG aus handelsregisterrechtlicher Sicht, 2. A., Luzern 2004, Ziff. 2.5.1.

22 Vgl. EHRA, Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, REPRAX 2/3/2004, S. 8 mit Verweisung auf das Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 10.11.2000, S. 17; Gregor Thomi, S. 44.

23 Nicolas Duc, Les premières expériences dans l'application de la loi sur la fusion, in: Coopération et fusion d'entreprises, travaux de la journée d'étude du 6 octobre 2004, CEDIDAC n° 66, Lausanne 2005, S. 250.

schaft stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob das frei verwendbare Eigenkapital einzig die Überschuldung, oder aber auch die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven decken muss. Diesbezüglich gehen die Handelsregisterbehörden aufgrund des klaren Wortlauts des Gesetzes davon aus, dass nicht nur der Passivenüberschuss, sondern auch die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven gedeckt sein müssen. Damit soll vermieden werden, dass sich die «gesunde» Gesellschaft im Anschluss an die Fusion in der Situation eines Kapitalverlustes befindet²⁴.

Im gleichen Zusammenhang haben die Handelsregisterbehörden des Weiteren präzisiert, dass auch im Falle von vorhandenen **Rangrücktritten** die Bestätigung des Revisors gemäss Art. 6 Abs. 2 FusG obligatorisch ist²⁵.

Anwendungsbereich der erleichterten Fusion gemäss Art. 23 FusG

Das FusG sieht für sämtliche **Kapitalgesellschaften** (AG, Kommanditaktiengesellschaft und GmbH) bei Vorliegen bestimmter besonderereteiligungsverhältnisse eine Reihe von **Fusionserleichterungen** vor. Diese Erleichterungen können auch dann beansprucht werden, wenn es sich bei den in der Fusion involvierten Kapitalgesellschaften nicht um KMU handelt²⁶. Die Erleichterungen, welche in Art. 24 FusG vorgesehen sind, dürfen deshalb nicht mit den verschiedenen KMU-Erleichterungen verwechselt werden. Es kann aber dennoch vorkommen, dass z. B. im Rahmen einer Fusion eine Gesellschaft sowohl die KMU-Erleichterungen²⁷ als auch die Erleichterungen gemäss Art. 24 FusG beanspruchen kann.

Die erleichterte Fusion ist gemäss Art. 23 FusG für folgende **Fälle** vorgesehen:

- die übernehmende Kapitalgesellschaft beherrscht zu 100% die übertragende Kapitalgesellschaft (so genannte Mutter-Tochter-Fusion);
- ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe besitzt alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften, die ein Stimmrecht gewähren (so genannte Schwester-Fusion);

²⁴ Vgl. dazu Gregor Thomi, S. 42; Handelsregisteramt des Kantons Zürich, FAQ, S. 3 f.

²⁵ Vgl. dazu Gregor Thomi, S. 41.

²⁶ Art. 23 Abs. 1 lit. a und b FusG.

²⁷ Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 2 FusG.

- die übernehmende Kapitalgesellschaft besitzt nicht alle, jedoch mindestens 90% der Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft, die ein Stimmrecht gewähren und den Inhabern von Minderheitsanteilen (i) wird neben Anteilsrechten an der übernehmenden Kapitalgesellschaft eine Abfindung gemäss Art. 8 FusG, die dem wirklichen Wert der Anteile entspricht, angeboten, und (ii) erwächst aus der Fusion weder eine Nachschusspflicht, eine andere persönliche Leistungspflicht noch eine persönliche Haftung.

Bei einigen Fusions-Konstellationen ist umstritten, ob eine erleichterte Fusion möglich ist²⁸:

- Wird eine Muttergesellschaft von einer Tochtergesellschaft absorbiert (**Reverse-Merger**), kann dies nach überwiegender Lehre²⁹ und nach der Praxis der Handelsregisterbehörden aufgrund des klaren Wortlauts des Gesetzes nicht in Form einer erleichterten Fusion erfolgen.
- Nach überwiegender Lehrmeinung sollen im Falle einer **indirekten Beteiligung**, also z. B. bei der Fusion einer «Grossmutter»-Gesellschaft (als übernehmende Gesellschaft) mit ihrer «Enkelin» die Vorschriften über die erleichterte Fusion ebenfalls zur Anwendung kommen³⁰. Die Handelsregisterbehörden sind jedoch, unter Verweisung auf die Materialien, anderer Auffassung³¹.

In diesem Zusammenhang sei jedoch erwähnt, dass, in analoger Anwendung der Praxis der Handelsregisterbehörden zu sukzessiven Kapitalerhöhungen (ordentliche, genehmigte oder bedingte), die Möglichkeit der Durchführung von **Kettenfusionen** innerhalb eines Konzerns besteht. In diesem Sinne kann eine Holding ihre Tochtergesellschaft und ihre «Enkelin» mittels zwei unmittelbar aufeinander folgenden, gleichzeitig im Handelsregister einzutragenden, erleichterten Fusionen absorbieren³².

28 Abhängig von den konkreten Umständen bleibt eine ordentliche Fusion aber ohne Kapitalerhöhung doch noch möglich.

29 Mathias Wolf, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel, Genf, München 2005, Art. 23 FusG N 3, der jedoch Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG auf Reverse Merger anwenden will; Sebastian Burckhardt, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich, Basel, Genf 2004, Art. 23 FusG N 7; Florian Bommer, Stämpfli Handkommentar zum FusG, Bern 2003, Art. 23 FusG N 3; Eine andere Auffassung vertritt: Stefan Zwicker, S. 161, Fussnote 31; Art. 23 FusG; Botschaft, BBl 2000, S. 4422.

30 Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch, Art. 23 FusG N 7, mit weiteren Hinweisen.

31 Vgl. EHRA, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, REPRAX 2/3/2004, S. 10 mit Verweisungen auf das Amtliche Bulletin des Ständerats 2001, S. 152, das Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 1.2.2001, S. 13 und das Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 8.7.2002, S. 30.

32 Nicolas Duc, S. 253.

In der Lehre ebenfalls umstritten ist die Frage, wann eine **vertraglich verbundene Personengruppe** im Sinne von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG vorliegt. Gemäss Botschaft liegt eine solche Gruppe bei Gesamthandverhältnissen sowie generell bei Identität der Gesellschafter der fusionierenden Gesellschaften vor³³. In der Lehre wird sodann mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass eine vertraglich verbundene Personengruppe im Sinne von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG gegeben sei, wenn diese im Hinblick auf den Fusionsbeschluss eine Stimmbindung vereinbart habe³⁴. Ein Teil der Lehre und die Handelsregisterbehörden verlangen jedoch als Voraussetzung für das Vorliegen einer gesetzlich oder vertraglich verbundenen Gruppe, dass den Mitgliedern dieser Gruppe an den Gesellschaftsanteilen der fusionierenden Gesellschaften Eigentum zu gesamter Hand zustehe, womit nur noch die gesetzlich vorgesehenen Gesamthandverhältnisse als derartige Gruppen in Frage kämen³⁵.

Schliesslich gilt es hervorzuheben, dass im Rahmen der erleichterten Fusion keine Genehmigung des Fusionsvertrags durch die Generalversammlung erforderlich ist. Die diesbezügliche Kompetenz steht den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der Gesellschaft zu, weshalb ein eventueller diesbezüglicher Beschluss der Generalversammlung einzig den Charakter einer internen Décharge hat. In diesem Sinne hat denn die Generalversammlung im Rahmen einer erleichterten Fusion mit Kapitalerhöhung alleine im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung, nicht aber im Zusammenhang mit der Fusion, Beschlusskompetenz. Dies hat auch zur Folge, dass das Protokoll des (von den obersten Leitungsorganen gefällten) Fusionsbeschlusses nicht der öffentlichen Beurkundung bedarf³⁶.

Spaltung

Im Zusammenhang mit der **Spaltung** hatten die Handelsregisterbehörden vorerst die Gelegenheit zu bestätigen, dass dieses neue Rechtsinstitut andere Arten der Teilung, wie zum Beispiel die **Teilung mittels Vermögensübertragung** oder **Einzelrechtsnachfolge**, nicht ausschliesst³⁷.

33 Botschaft, BBI 2000, S. 4423.

34 Mathias Wolf, Art. 23 FusG N 8; Ulysses von Salis-Lütolf, S. 164; Hans Caspar von der Crone et al., Rz. 275; zweifelnd: Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch, Art. 23 FusG N 11; vgl. auch Florian Bommer, Art. 23 FusG N 7, für den insbesondere «Handeln in gemeinsamer Absprache» i.S. des Börsengesetzes eine vertraglich verbundene Personengruppe begründen kann.

35 Sebastian Burckhardt, Art. 23 FusG N 4; EHRA, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, REPRAX 2/3/2004, S. 10.

36 Gregor Thomi, S. 45 und 48.

37 Gregor Thomi, S. 39.

Wie in der Fusion ist es möglich, eine Spaltung ohne Aktienzuteilung durchzuführen, wenn das Aktionariat der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaften identisch ist. Wenn im Rahmen einer Spaltung eine neue Gesellschaft gegründet wird, gilt die die Spaltung genehmigende Generalversammlung gleichzeitig als Gründerversammlung; damit wird das in einer Gründerversammlung grundsätzlich bestehende Veto-Recht der Minderheitsaktionäre ausgeschaltet und die Quoren von Art. 43 FusG werden respektiert. Die neuen Aktien werden den Gesellschaftern gemäss Spaltungsvertrag zugewiesen. Die Liberierung erfolgt mit dem im Inventar aufgeführten Vermögensteil.

Schliesslich ist die Regel der **Übertragung gemäss Inventar** zwingend, was insbesondere bedeutet, dass jegliche Klausel, die bestimmt, dass auch nicht im Inventar aufgenommene Aktiven oder Passiven durch die Spaltung übergehen sollen, nichtig ist.

Umwandlung

Im Rahmen der **Umwandlung** von Gesellschaften gemäss Art. 53 ff. FusG ist die Verbuchung einer neuen Forderung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft nach Anrechnung des Nominalwerts des Gesellschaftskapitals nicht zulässig. Um (gleichwohl) zu einem solchen Resultat zu gelangen, muss der Weg der Liquidation der Gesellschaft mit anschliessender Sacheinlage und/oder -übernahme gewählt werden.

Des Weiteren können die Gesellschafter im Rahmen einer Umwandlung nicht zur **Liberierung** der ihnen übertragenen Gesellschaftsanteile gezwungen werden; Letztere werden **durch** den **Aktivenüberschuss** der Gesellschaft liberiert. Die Gesellschafter, die ihre Gesellschaftereigenschaft von Gesetzes wegen beibehalten, müssen auch keine Anteilscheine zeichnen.

Die Handelsregisterbehörden hatten auch die Gelegenheit, die Bedeutung der Ausdrücke «Datum der Umwandlungsbilanz» und «gesamter Wert der Aktiven und Passiven» gemäss Art. 107a lit. c und d der Handelsregisterverordnung (HRegV) zu präzisieren³⁸. Das «Datum der Umwandlungsbilanz» entspricht dem Abschluss-

³⁸ EHRA, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, REPRAX 2/3/2004, S. 20.

datum und der «gesamte Wert der Aktiven und Passiven» bezieht sich auf die Aktiven und das in der Umwandlungsbilanz aufgeführte Fremdkapital.

Schliesslich gilt es festzuhalten, dass das FusG und das Gesetz zum Internationalen Privatrecht (IPRG) **keine internationalen Umwandlungen** zulassen. Um ein solches Resultat zu erreichen, muss mit einer Umwandlung und anschliessender Sitzverlegung (oder in umgekehrter Reihenfolge) gearbeitet werden.

Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG versus Einzelrechtsnachfolge

Nach Art. 69 FusG können im Handelsregister eingetragene Gesellschaften und Einzelunternehmen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen. Zusammen mit dem FusG wurde auch Art. 181 Abs. 4 OR eingefügt. Diese Bestimmung, die gemäss Botschaft **zwingender Natur**³⁹ ist, sieht vor, dass sich die Übernahme des Vermögens oder des Geschäfts von Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelfirmen, die im Handelsregister eingetragen sind, nach den Vorschriften des FusG, konkret nach den Vorschriften von Art. 69 ff. FusG über die Vermögensübertragung richtet. Dies bedeutet jedoch nicht, dass nun die **Übertragung von Vermögen oder Geschäften** nur noch mittels **Vermögensübertragung** möglich wäre. Auch den im Handelsregister eingetragenen Rechtsträgern steht es weiterhin offen, Vermögen oder Geschäfte über **Einzelrechtsnachfolge** (Singularsukzession) zu übertragen⁴⁰. Diesfalls sind sowohl die Aktiven (unter Beachtung der jeweils anwendbaren Formvorschriften) als auch die Passiven (nach Art. 175 ff. OR) einzeln zu übertragen. Die erwähnten, im Handelsregister eingetragenen, Rechtsträger haben somit die **Wahl** zwischen der **Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz** und dem Weg über die **Einzelrechtsnachfolge**.

Auch wenn die **Vermögensübertragung** insbesondere wegen den **erleichterten Formerfordernissen** für die Übertragung der Aktiven und Passiven bei komplexen Vermögenswerten von Vorteil sein kann, hat sich in der Praxis gezeigt, dass der **Einzelrechtsnachfolge** selbst bei grösseren Asset Deals vielfach der **Vorzug** gegeben wird. Hierfür gibt es mehrere Gründe⁴¹: Die Vermögensübertragung muss im Handelsregister eingetragen werden, was zu einer von den Vertragsparteien

39 Vgl. dazu Botschaft, BBl 2000, S. 4492.

40 Rolf Watter, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel, Genf, München 2005, Art. 181 OR N 7, mit weiteren Hinweisen.

41 Vgl. dazu Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, Bern 2006, S. 61 f.

häufig nicht erwünschten Publizität führt. Sodann brachte die Vermögensübertragung nicht die erhoffte Erleichterung bei der Übertragung von Vertragsverhältnissen, weil umstritten ist, ob mit der Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister auch im Inventar aufgeführte Verträge ohne Zustimmung der Gegenparteien auf den Erwerber übergehen⁴². Aufgrund der in diesem Zusammenhang bestehenden Rechtsunsicherheit empfiehlt es sich, auch bei der Vermögensübertragung von der Drittpartei die Zustimmung für die Übertragung der Vertragsverhältnisse einzuholen. Zudem sind mit der Vermögensübertragung eine dreijährige Solidarhaftung und eine allfällige Sicherstellung sowie eine Informationspflicht im Anhang zur Jahresrechnung bzw. anlässlich der nächsten Gesellschafterversammlung verbunden⁴³. Schliesslich birgt die Vermögensübertragung aufgrund des spezifischen fusionsrechtlichen Verantwortlichkeitstatbestandes von Art. 108 FusG auch noch ein zusätzliches Haftungsrisiko für die mit der Vermögensübertragung befassten Personen.

Chancen und Risiken

Das FusG hat sowohl in den Medien als auch in der Lehre zu teils heftigen Diskussionen geführt. Es wurde sogar zu einer raschen Teilrevision des Gesetzes aufgerufen⁴⁴. Einige Unklarheiten des Gesetzes wurden schon durch die bereits vor oder kurz nach dessen Inkrafttreten erschienen Kommentare und Aufsätze aufgeklärt.

Dessen bewusst, haben die Handelsregisterbehörden durch Publikationen⁴⁵ und Entscheide zu gewissen Fragen Stellung bezogen und damit zur **Klärung diverser bislang umstrittener Punkte** beigetragen. Des Weiteren bereitet das EHRA zurzeit eine in der REPRAX zu publizierende Sammlung verschiedener Stellungnahmen und Entscheide der Handelsregisterbehörden vor. Es handelt sich hierbei um eine begrüssenswerte **Initiative der Handelsregisterbehörden**, wird sie doch dazu beitragen, die Zahl der bestehenden Unsicherheiten und Unklarheiten in Bezug auf verschiedene Bestimmungen des FusG zu reduzieren.

42 Vgl. statt vieler: Ralph Malacrida, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel, Genf, München 2005, Art. 73 FusG N 15 ff., mit weiteren Hinweisen.

43 Art. 74 und 75 FusG.

44 Andreas Binder, Ein Jahr FusG, Anspruch und Wirklichkeit, Neue Zürcher Zeitung vom 21. Juni 2005.

45 Vgl. etwa REPRAX 2/3/2004 und REPRAX 2/2005. Vgl. auch Handelsregisteramts des Kantons Zürich, FAQ.

Schliesslich dürfte die Praxis zum Fusionsgesetz auch durch **Gerichtentscheide** zu **Ausgleichsklagen** von Gesellschaftern gemäss Art. 106 f. FusG weiterentwickelt werden.

In diesem Sinne kann der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, die aufgrund der grossen Anzahl von Kritiken und Publikationen Ende August 2005 über die ersten Erfahrungen im FusG Bilanz gezogen hat, nur beigeplichtet werden, wenn sie zum Schluss kommt, dass sich das neue Gesetz im Grossen und Ganzen bewährt hat und zurzeit **kein Bedarf für eine Gesetzesrevision** besteht⁴⁶. Der Gesetzgeber sollte sich in der Tat erst mit einer eventuellen Gesetzesrevision auseinander setzen, wenn sich in Lehre und Rechtsprechung ein **Grundkonsens** zu den wichtigsten Schwachstellen des Fusionsgesetzes gebildet hat.

⁴⁶ Die Medienmitteilung hierzu kann unter http://www.parlament.ch/mm-medienmitteilung.htm?m_id=2005-08-30_078_01 heruntergeladen werden.

Finanzmarktrecht

Aufsicht über Finanz- und Versicherungsgruppen bzw. Finanz- und Versicherungskonglomerate

Jürg Galliker

Ausgangslage

Mit Inkraftsetzung des total revidierten Versicherungsaufsichtsgesetzes¹ (VAG) und der entsprechenden Ausführungserlasse² (AVO und AVO-BPV) sowie der geänderten Bestimmungen des Bankengesetzes³ (BankG) und des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel⁴ (BEHG) per 1. Januar 2006 sind neue Vorschriften über die Finanz- und Versicherungsgruppen bzw. Finanz- und Versicherungskonglomerate in Kraft getreten. Worum geht es und welche Bedeutung kommt diesen Bestimmungen in der Praxis zu?

Definitionen

In den Art. 64 ff. VAG bzw. in den Art. 3b ff. BankG werden die Begriffe Versicherungs- bzw. Finanzgruppe und Versicherungs- bzw. Finanzkonglomerat wie folgt definiert:

Versicherungsgruppe (Art. 64–71 VAG)	Zwei oder mehrere Unternehmen, wenn: – mindestens eines ein Versicherungsunternehmen ist; – sie in ihrer Gesamtheit hauptsächlich im Versicherungsbereich tätig sind; – sie eine wirtschaftliche Einheit bilden oder auf andere Weise durch Einfluss oder Kontrolle miteinander verbunden sind.
--	---

1 SR 961.01. Vgl. dazu Seite 68 «Neue Entwicklungen im Versicherungsaufsichtsrecht».

2 SR 961.011 bzw. SR 961.011.1.

3 SR 952.0.

4 SR 954.1.

<p>Finanzgruppe (Art. 3b Abs. 1 BankG)</p>	<p>Zwei oder mehrere Unternehmen, wenn:</p> <ul style="list-style-type: none"> – mindestens eines als Bank oder Effektenhändler tätig ist; – sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind; – sie eine wirtschaftliche Einheit bilden oder aufgrund anderer Umstände anzunehmen ist, dass ein oder mehrere der Einzelaufsicht unterstehende(s) Unternehmen rechtlich verpflichtet oder faktisch gezwungen sind (ist), Gruppengesellschaften beizustehen.
<p>Versicherungskonglomerat (Art. 72–79 VAG)</p>	<p>Zwei oder mehrere Unternehmen, wenn:</p> <ul style="list-style-type: none"> – mindestens eines ein Versicherungsunternehmen ist; – mindestens eines eine Bank oder ein Effektenhändler von erheblicher Bedeutung ist; – sie in ihrer Gesamtheit hauptsächlich im Versicherungsbereich tätig sind und – sie eine wirtschaftliche Einheit bilden oder auf andere Weise durch Einfluss oder Kontrolle miteinander verbunden sind.
<p>Finanzkonglomerat (Art. 3b Abs. 2 BankG)</p>	<p>Zwei oder mehrere Unternehmen, wenn:</p> <ul style="list-style-type: none"> – mindestens eines eine Bank oder ein Effektenhändler ist; – sie hauptsächlich im Banken- oder Effektenhandelsbereich tätig sind; – mindestens eines ein Versicherungsunternehmen von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist und – sie eine wirtschaftliche Einheit bilden oder auf andere Weise durch Einfluss oder Kontrolle miteinander verbunden sind.

Die Begriffspaare im Versicherungs- und Finanzbereich stimmen mehrheitlich überein, lassen aber durchaus Raum für unterschiedliche Interpretation und Auslegung durch die entsprechenden Aufsichtsbehörden.

Ziel und Zweck sowie Geltungsbereich der Bestimmungen

Die neuen Vorschriften über die Gruppen- und Konglomeratsaufsicht dienen primär dem **Schutz der Versicherten** bzw. **Einleger**. Die Solvenz bzw. die Eigenmittel einer Gruppe bzw. eines Konglomerats sollen nicht durch Abhängigkeiten und Verpflichtungen gegenüber anderen Unternehmen beeinträchtigt werden⁵.

Das Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) und die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) können die unter Ziffer 2 erwähnten Gruppen bzw. Konglomerate ihrer Aufsicht unterstellen, wenn diese **tatsächlich von der Schweiz aus geleitet werden** bzw. vom Ausland aus geleitet werden, dort aber keiner gleichwertigen Aufsicht unterstellt sind (Art. 65 und 73 VAG, Art. 3d BankG). Beanspruchen in- und ausländische Behörden die vollständige oder teilweise Aufsicht, so regeln die Behörden die Aufsicht bilateral, wobei die schweizerische Aufsichtsbehörde die in der Schweiz inkorporierte Gruppe/Konglomerat konsultiert.

Die Gruppen- und Konglomeratsaufsicht erfolgt in **Ergänzung** zur jeweiligen Einzelaufsicht (Art. 66 und 74 VAG; Art. 3e BankG). Auch bei diesen Unternehmensgebilden müssen die mit der Geschäftsführung und der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle betrauten Personen einen **guten Ruf geniessen** und **Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit** bieten (Art. 67 und 75 VAG; Art. 3f Abs. 1 BankG). Explizit festgehalten wird für alle Gruppen- und Konglomeratsformen, dass diese über eine **externe Revisionsstelle** verfügen müssen (Art. 70 und 78 VAG; Art. 3h Abs. 2 BankG), und dass sie gegenüber ihren Aufsichtsbehörden **vollumfänglich auskunftspflichtig** sind (Art. 71 und 79 VAG; Art. 3h Abs. 3 BankG).

Überwachung der Risiken/Eigenmittel

Gruppen und Konglomerate des Versicherungs- und Bankenbereichs müssen im Sinne einer **Bewilligungsvoraussetzung** so organisiert sein, dass sie alle **wesentlichen Risiken erfassen**, begrenzen und **überwachen** können (Art. 4 Abs. 2 lit. q VAG; Art. 3f Abs. 2 BankG).

Das BPV kann zusätzlich Vorschriften zur Überwachung gruppeninterner Vorgänge und **gruppenweiter Risikokonzentrationen** erlassen. Die Aufsichtsbehörde wird sich nicht zuletzt aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips auf die wesent-

⁵ BBI 2003, S. 3834.

lichen gruppeninternen Vorgänge konzentrieren (Art. 68 und 76 VAG)⁶. Die anrechenbaren Eigenmittel werden durch die Verordnung des Bundesrats festgelegt, wobei das BPV aufgrund ihrer grösseren Sachnähe dann die erforderlichen Eigenmittel festlegen wird (Art. 69 und 77 VAG). Als Grundlage für die anrechenbaren Eigenmittel dient in der Regel die konsolidierte Bilanz der Gruppe bzw. Konglomerate. Die erforderlichen Eigenmittel wiederum basieren auf den für die Einzelgesellschaften geltenden Solvabilitätsvorschriften (Art. 69 und 77 VAG)⁷.

Die EBK ist gemäss Art. 3g BankG ermächtigt, Vorschriften über Eigenmittel, **Liquidität**, Risikoverteilung, gruppeninterne Risikopositionen und Rechnungslegung für Finanzgruppen und Finanzkonglomerate zu erlassen, im Falle von bank- oder effektenhandelsdominierten Finanzkonglomeraten sogar **einzelfallweise** (Art. 3g BankG).

Es wird sich erst noch zeigen, inwiefern die von den Aufsichtsbehörden noch zu erlassenden Vorschriften im Bereich Risikomanagement und Eigenmittelunterlegung zusätzliche, bisher noch nicht bekannte Anforderungen an Gruppen bzw. Konglomerate stellen.

Übergangsbestimmungen

Wer von der Schweiz aus tatsächlich eine Finanz- oder Versicherungsgruppe bzw. ein Finanz- oder Versicherungskonglomerat leitet, ohne in der Schweiz eine Bank oder ein Versicherungsunternehmen zu führen, hat sich bis **31. März 2006 bei der EBK** bzw. beim **BPV** zu melden (Art. 90 Abs. 6 VAG). Bestehende Gruppen und Konglomerate haben sich innert **zwei Jahren** den neuen Vorschriften anzupassen (Art. 90 Abs. 7 VAG). In begründeten Fällen kann das BPV diese Fristen auf Gesuch verlängern (Art. 90 Abs. 8 VAG).

6 BBI 2003, S. 3835.

7 BBI 2003, S. 3836.

Chancen und Risiken

Es ist davon auszugehen, dass aufgrund der Definition der Begriffe Versicherungs- bzw. Finanzgruppe sowie Versicherungs- bzw. Finanzkonglomerat eine grosse Anzahl von bestehenden Versicherungs- und Bankengruppen **neu** unter die neuen Vorschriften fallen werden. Der Anpassungsbedarf wird wohl erst dann für jedes Unternehmen individuell abschätzbar, wenn die zuständigen Aufsichtsbehörden von ihrer Kompetenz, zusätzliche Vorschriften im Bereich des Risikomanagements bzw. der Eigenmittel Gebrauch machen. Für die betroffenen Unternehmensgruppen bietet sich die **Chance**, sich bereits in naher Zukunft Gedanken betreffend Risikomanagement und Eigenmittelunterlegung in der Gruppe bzw. im Konglomerat zu machen, bevor die Aufsichtsbehörden die Anforderungen detailliert festlegen.

Missbräuchliches Verhalten im Effektenhandel durch Kursschnitte: Neuste Praxis der EBK

Alex Geissbühler

Ausgangslage

Die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) hat in letzter Zeit ihren aufsichtsrechtlichen Fokus vermehrt auch auf den Bereich Effektenhandel gelegt. In den von ihr zu behandelnden Problemfällen tauchte dabei immer wieder der Begriff «Kursschnitt» auf. Doch was ist eigentlich ein Kursschnitt? Die regulatorisch kaum vorhandene Verankerung dieses Begriffs sowie die bisher eher geringe Praxis der EBK in diesem Bereich führten in der Vergangenheit vermehrt zu Unsicherheiten. Im Rundschreiben der EBK zur Vermeidung von Marktmissbrauch sollte neben vielen anderen Tatbeständen auch der Kursschnitt als marktmissbräuchliche Verhaltensweise im Effektenhandel definiert und für unzulässig erklärt werden. Dieses Rundschreiben blieb jedoch seit Anfang des Jahres 2004 im Vernehmlassungsstadium stecken.

Die EBK hatte sich nun in ihrer Verfügung vom 28. Oktober 2004¹ im Bereich vom Handel mit nicht börsenkotierten Effekten eingehend mit dem Begriff «Kursschnitt» auseinandergesetzt.

Sachverhalt

Die Bank X kaufte mehrmals von Dritten nicht börsenkotierte Effekten auf ihren eigenen Bestand (Nostro), um diese sogleich wieder an bereits vorher bekannte kaufwillige Kunden zu einem erhöhten Kurs weiterzuverkaufen. Obwohl die Bank dabei jeweils bereits einen Kursgewinn erzielte, wurde den Endkunden zusätzlich noch eine Courtage berechnet. Die EBK taxierte das Vorgehen der Bank in sechs von 22 untersuchten Transaktionen als Kursschnitte und beurteilte diese unter anderem als schwerwiegende Verstösse gegen die Treue- und Sorgfaltspflicht gemäss Art. 11 BEHG².

1 Bulletin 47/2005, S. 157 ff.

2 Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG).

Begrenzung der Problematik des Kursschnittes auf das Kommissionsgeschäft

Kursschnitte sind Gewinne des Effekthändlers, die er **ohne Marktrisiko** auf Kosten der Kunden realisiert: Er verrechnet bei der Ausführung eines **Kommissionsgeschäftes** mit Effekten andere als die effektiv erzielten Kurse. Das Problem der Kursschnitte stellt sich nach Ansicht der EBK somit nicht bei echten Kaufverträgen, sondern begrenze sich allein auf das Kommissionsgeschäft, von welchem bei Börsengeschäften grundsätzlich immer auszugehen sei. Dies entspreche dem grundlegenden Charakter im Wertpapierhandel, wonach die Kunden grundsätzlich nicht selbst, sondern über ihre professionellen Vermittler tätig würden und für diese Dienstleistung – wie im vorliegenden Fall – eine Kommission zu zahlen hätten³.

Die EBK kam zum Schluss, dass die Bank im vorliegenden Fall weder in einem Markt- noch in einem Kursrisiko stand: Sie habe im Zeitpunkt der Abwicklung der Transaktion von beiden Aufträgen Kenntnis gehabt und damit für die gekauften Effekten bereits über einen Abnehmer verfügt.

Kaufgeschäft als Ausnahme

Es ist indessen in Ausnahmefällen möglich, dass ein Effekthändler mit einem Endkunden als Gegenpartei ein Kaufgeschäft resp. ein Festpreisgeschäft abspricht. Für den Kunden muss dabei offenkundig sein, dass der Effekthändler eine im eigenen Interesse handelnde Gegenpartei ist und damit **keine Dienstleistung** für den Kunden erbringen soll. Der Effekthändler muss in einem solchen Fall den bereits bestehenden Kundenauftrag auf der Gegenseite nicht offen legen, auch wenn dieser einen vorteilhafteren Preis aufweisen würde.

Ein Grund für ein solches vom Kunden angestrebtes Festpreisgeschäft kann beispielsweise eine dringend benötigte Ausführung eines Geschäfts zu einem vorher beschlossenen Preis sein. Nach Ansicht der EBK ist indessen in einem solchen Fall zwingend, dass der Effekthändler dem Kunden mit bereits bestehendem Kommissionsauftrag den beim Festpreisgeschäft erzielten Preis entsprechend weitergibt⁴.

3 Bulletin 47/2005, S. 169.

4 Bulletin 47/2005, S. 174.

Market Making als Rechtfertigungsgrund für Kursschnitte?

Die Bank räumte in einer ihrer Stellungnahmen ein, dass sie bei den in Frage stehenden Transaktionen von einem Kaufpreisgeschäft (Festpreisgeschäft) ausgegangen sei, was den realisierten Kursgewinn gerechtfertigt habe: Sie habe als Market Maker Effekten auf ihr Nostro gekauft, daraus wieder an Interessenten verkauft und dabei sowohl gegenüber dem Käufer wie auch dem Verkäufer direkt für die Erfüllung des Vertrages einstehen müssen.

Gemäss Art. 3 Abs. 4 BEHV⁵ gilt als Market Maker, wer gewerbsmässig für eigene Rechnung kurzfristig mit Effekten handelt und öffentlich dauernd oder auf Anfrage Kurse für einzelne Effekten stellt. Die gestellten Kaufs- und Verkaufskurse stellen dabei zwingend verbindliche Offerten des Market Makers (für sein Nostro) gegenüber dem Markt oder dem Anfragenden dar. Es handelt sich unter solchen Umständen somit per definitionem um ein Risikogeschäft.

Als Market Maker gilt nach Ansicht der EBK jedoch nur, wer die verbindlichen Kaufs- und Verkaufskurse stellt, **ohne im Voraus zu wissen**, ob die Handelspartner kaufen oder verkaufen wollen. Dies sei im vorliegenden Fall eben gerade nicht der Fall gewesen⁶.

Chancen und Risiken

Die ausführliche Auseinandersetzung mit dem Begriff des Kursschnitts durch die EBK ist zu begrüssen. Die klare Begrenzung des Problems auf das Kommissionsgeschäft (Normalfall) sowie die entsprechende Unterscheidung zu den Kaufverträgen beim Handel mit Effekten (Ausnahme) trägt zu einer gewissen Rechtssicherheit im Effektenhandel bei. Diese neuste Praxis wird einige Banken dazu veranlassen, ihre Abrechnungsmodelle und die entsprechenden Prozesse zu überdenken und allenfalls anzupassen.

5 Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV).

6 Bulletin 47/2005, S. 171 f.

Hingegen bleiben weiterhin verschiedene Fragen offen, und die Praxis zeigt auf, dass bei der Kursschnittproblematik durchaus differenziertere Betrachtungsweisen möglich sein könnten. Zu denken ist dabei insbesondere an die Beziehung zwischen dem Effektenhändler und seinen institutionellen Kunden, welche beispielsweise bei Transaktionen mit grösseren Aktienpaketen auch bereit sind, einen «mark-up» zum effektiv erzielten Preis in Kauf zu nehmen.

Ohne in eine Überregulierung zu verfallen, wäre es schliesslich zu begrüessen, wenn die relevanten Tatbestände des Marktmissbrauchs **praxisnah** in den Grundzügen aufsichtsrechtlich geregelt würden. Ansonsten ist zu erwarten, dass die aufsichtsrechtlichen Regeln zur Vermeidung von Marktmissbrauch weiterhin primär nach dem angelsächsischen Muster des «Case Law» auf dem Verfügungsweg definiert und reguliert werden müssen.

Neue Entwicklungen im Versicherungsaufsichtsrecht

(Vgl. dazu Chancen und Risiken 2004/2005, S. 48 ff.)

Marc Raggenbass

Ausgangslage

Am 1. Januar 2006 trat das neue Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)¹, zusammen mit der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (AVO)² und der Verordnung des Bundesamts für Privatversicherungen (BPV) über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (AVO-BPV)³ in Kraft. Das BPV wird diese Rechtsgrundlagen in den kommenden Monaten mittels Weisungen noch konkretisieren.

Kernpunkt des neuen Aufsichtsregimes ist die Liberalisierung des Versicherungsmarktes. Konsequenterweise verzichten die neuen Vorschriften – ähnlich wie in anderen Bereichen des Finanzmarktrechts – grundsätzlich auf eine präventive Kontrolle der Versicherungsprodukte⁴.

Im Gegenzug zum Abbau der präventiven Produktkontrolle wird im neuen Versicherungsaufsichtsgesetz die Solvenzkontrolle durch eine verbesserte Berücksichtigung des Risikoprofils des Versicherungsunternehmens (VU) verstärkt. Dazu gehört auch ein den Geschäftsverhältnissen angemessenes Risikomanagement, das neben den versicherungstechnischen Risiken auch die Anlagerisiken und die operationellen Risiken erfasst. Ergänzend dazu wird der Missbrauchsschutz durch den Ausbau der Bestimmungen zur Unternehmensorganisation (Corporate Governance) verbessert. Durch die mit dem VAG in Kraft getretene Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)⁵ werden zudem die Transparenzvorschriften in bedeutendem Umfang erweitert⁶.

1 SR 961.01. Vgl. dazu Seite 59 «Aufsicht über Finanz- und Versicherungsgruppen bzw. Finanz- und Versicherungskonglomerate».

2 SR 961.001.

3 SR 961.001.1.

4 Weiterhin gilt die präventive Kontrolle für Tarife und Versicherungsbedingungen in den Bereichen berufliche Vorsorge (Kollektiv Leben) und Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG).

5 SR 221.229.1.

6 Die Informationspflichten gemäss Art. 3 VVG treten erst per 1. Januar 2007 in Kraft.

Mit den neuen versicherungsaufsichtsrechtlichen Bestimmungen ist für in- und ausländische VU das regulatorische Netz engmaschiger und der Anwendungsbereich der Aufsichtsordnung auf bislang nicht regulierte Geschäftsfelder erweitert worden. Dies bedeutet für die betroffenen Unternehmen wesentliche Anpassungen, allem voran in finanz-, gesellschafts- und vertragsrechtlicher Hinsicht und ganz allgemein, dass die Versicherungsaufsicht sich der Aufsicht der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) über die Banken, Effekthändler, Börsen und Anlagefonds annähern wird.

Nachfolgend werden einige Kernpunkte des neuen VAG kurz dargestellt.

Zweck

Gemäss ausdrücklicher Gesetzesnorm bezweckt das VAG insbesondere den Schutz der Versicherten vor Insolvenzrisiken der VU und vor Missbräuchen⁷. Mit dem Verzicht auf eine abschliessende Definition des Schutzzwecks anerkennt der Gesetzgeber, dass der Gesetzeszweck über den explizit erwähnten **Schutz der Versicherten** (Individual-, Kunden-, Konsumentenschutz) hinausgeht und durch den **Kollektivschutz des Finanzplatzes Schweiz** zu ergänzen ist. Diese kollektive Schutzfunktion wurde von der Aufsichtspraxis und der Rechtsprechung hauptsächlich im Banken-, Börsen-, Anlagefonds- und Nationalbankenrecht entwickelt und beinhaltet unter anderem die Sicherstellung eines effizienten, sicher und stabil funktionierenden Marktes (Funktionsschutz), das Vertrauen in diesen Funktionsschutz und in das einzelne VU (Vertrauensschutz), die Gewährleistung eines integren Finanzplatzes (Rufschutz) sowie die Vermeidung von Systemzusammenbrüchen (Systemschutz).

Geltungsbereich

Das VAG ändert den sachlichen Geltungsbereich der Versicherungsaufsicht gegenüber der bisherigen Regelung für die folgenden Geschäftsfelder:

⁷ Art. 1 Abs. 2 VAG.

- **Rückversicherungen** (inkl. Rückversicherungscaptives): Das VAG ist neu auch auf VU, die ausschliesslich das Rückversicherungsgeschäft tätigen, anwendbar. Davon gibt es zwei grundsätzliche Ausnahmen: Erstens sind, analog dem alten Recht, von der schweizerischen Aufsicht jene ausländischen VU ausgenommen, die in der Schweiz ausschliesslich das Rückversicherungsgeschäft tätigen. Zweitens sind einzelne materielle Bestimmungen des Versicherungsaufsichtsrechts auf Rückversicherungen nicht anwendbar⁸.
- **Ausländische VU mit Schweizer Niederlassung:** Der schweizerischen Versicherungsaufsicht unterstehen auch ausländische VU mit einer Niederlassung in der Schweiz, die von der Schweiz aus nur Versicherungsgeschäfte im Ausland betreiben. Mit dieser Erweiterung des Aufsichtsbereichs soll der eingangs erwähnte gute Ruf des Schweizer Finanzplatzes nachhaltig gesichert werden⁹.
- **Ausländische VU ohne Schweizer Niederlassung:** Nicht der schweizerischen Versicherungsaufsicht unterstehen demgegenüber ausländische VU ohne Niederlassung in der Schweiz, für:
 - die Deckung von Versicherungsrisiken im Zusammenhang mit Hochseeschifffahrt, Luftfahrt und grenzüberschreitenden Transporten;
 - ausschliesslich im Ausland gelegene Risiken;
 - die Deckung von Kriegsrisiken¹⁰.
- **Versicherungsvermittler (VV):** VV sind Personen, die im Interesse von VU oder anderen Personen Versicherungsverträge anbieten oder abschliessen. Unter diesen Begriff fallen sowohl Makler, Broker und neutrale Versicherungsberater (ungebundene VV) als auch Aussendienstmitarbeiter von VU und andere gebundene VV.

Als wirtschaftlich, rechtlich oder auf andere Weise gebunden gelten¹¹:

- VV, die während eines Kalenderjahres Provisionen mehrheitlich mit einem oder zwei VU realisieren oder Entschädigungen oder andere geldwerte Vorteile erhalten, die nicht geschäftsüblich sind;
- VV, die mit einem VU Vereinbarungen eingegangen sind, die ihre Freiheit, auch für andere VU tätig zu werden, beeinträchtigen;
- VV, die am Gesellschaftskapital eines VU direkt oder indirekt mit mehr als 10 Prozent beteiligt sind oder wenn ein VU am Gesellschaftskapital des VV direkt oder indirekt mit mehr als 10 Prozent beteiligt ist;

8 Art. 35 VAG.

9 Art. 2 Abs. 1 lit. b VAG, Art. 1 Abs. 1 AVO.

10 Art. 1 Abs. 2 AVO.

11 Art. 183 VAG.

- VV, die auf den Geschäftsgang eines VU Einfluss ausüben können oder wenn ein VU Einfluss auf den Geschäftsgang des VV ausüben kann.

Unabhängige VV müssen, abhängige VV dürfen sich in einem vom BPV geführten öffentlichen Register eintragen lassen. In das Register aufgenommen wird nur, wer über die erforderlichen persönlichen und fachlichen Voraussetzungen verfügt und finanzielle Sicherheiten leistet¹².

- **Versicherungsgruppen und Versicherungskonglomerate:** Eine Versicherungsgruppe besteht aus mindestens zwei miteinander verbundenen Unternehmen, sofern mindestens eines davon ein VU und die Gruppe insgesamt hauptsächlich im Versicherungsbereich tätig ist¹³. Gehören der Versicherungsgruppe mindestens eine Bank oder ein Effektenhändler von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung an, so spricht man von einem Versicherungskonglomerat. Die materiell-rechtlichen Kernbestimmungen zur Gruppen- und Konglomerataufsicht betreffen das gruppen- bzw. konglomeratsweite Risikomanagement¹⁴ und die gruppen- bzw. konglomeratsweiten Eigenmittelvorschriften¹⁵. Die Konglomerataufsicht erfolgt in Ergänzung der Gruppenaufsicht, die ihrerseits die Einzelaufsicht ergänzt.
- **VU von geringer wirtschaftlicher Bedeutung** (mögliche Kriterien für die Bemessung der wirtschaftlichen Bedeutung wären z. B. die Leistungshöhe bzw. die versicherten Risiken) **oder mit nur einem kleinen Kreis von Versicherten** (z. B. Captives) können unter Umständen vom BPV im Einzelfall von der Aufsicht befreit werden. Die im alten Recht noch vorgesehene Voraussetzung der «Unerheblichkeit der Leistung» wird im geltenden Recht nicht mehr verlangt. Entscheidend für die Bewilligung einer Ausnahmeregelung ist das Schutzbedürfnis der Versicherten.

¹² Art. 44 VAG, Art. 184 ff. AVO.

¹³ Art. 64 VAG.

¹⁴ Art. 68 VAG, Art. 195 ff. AVO bzw. Art. 76 VAG, Art. 204 AVO.

¹⁵ Art. 69 VAG, Art. 198 ff. AVO bzw. Art. 77 VAG, Art. 204 ff. AVO.

Bewilligungspflicht, -gesuch und -erteilung¹⁶

Schweizerische VU und ausländische VU bedürfen für ihre Versicherungstätigkeit in der Schweiz oder von der Schweiz aus, sofern sie der Aufsicht unterstehen, zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung des BPV. Mit dem Bewilligungsgesuch ist ein ausführlicher Geschäftsplan einzureichen. Die Bewilligung gilt für einen oder mehrere Versicherungszweige, wobei die Bewilligung zum Betrieb der Direktversicherung auch zum Betrieb der Rückversicherung in den bewilligten Versicherungszweigen ermächtigt.

Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen von VU führen nicht zu einem automatischen Übergang der den betroffenen Unternehmen erteilten Bewilligungen. Solche Umstrukturierungen bedürfen einer Bewilligung des BPV. Diese wird erteilt, wenn der Schutzzweck des VAG gewährleistet ist, d. h. sofern der Schutz der Versicherten sichergestellt ist und die bestehenden Versicherungsverhältnisse unverändert fortgeführt werden.

Geschäftsplan

Mit der Neuausrichtung der Versicherungsaufsicht und der damit verbundenen Aufsicht über die Organisation der VU wird der Geschäftsplan zu einem wichtigen aufsichtsrechtlichen Instrumentarium. Bei Neugründungen ist deshalb dem BPV ein detaillierter Geschäftsplan einzureichen. Spätere Änderungen des Geschäftsplans müssen vom Amt je nach Art der Änderung entweder vor der Umsetzung genehmigt oder diesem innert vierzehn Tagen ab Eintritt des betreffenden Sachverhalts gemeldet werden, wobei das Amt dann innerhalb von vier Wochen eine Prüfung einleiten kann.

Der Geschäftsplan beinhaltet unter anderem detaillierte Angaben über¹⁷:

- die **Organisation** und den **örtlichen Tätigkeitsbereich** des VU. Dazu zählen auch Informationen über das von jedem VU vorzusehende wirksame interne Kontrollsystem sowie über die – von begründeten Ausnahmen abgesehen – obligatorisch einzurichtende und von der Geschäftsführung unabhängige interne Revisionsstelle (Inspektorat).

¹⁶ Art. 3 ff. VAG.

¹⁷ Art. 4 Abs. 2 VAG.

Ein VU kann die Funktion der internen Revisionsstelle gruppen- bzw. konglomeratsintern oder an einen Dritten auslagern. Die entsprechenden Dienstleistungsverträge sind Teil des Geschäftsplans.

- die **finanzielle Ausstattung und Rückstellungen**. Zu den gesetzlichen Rückstellungen zählen auch die technischen Rückstellungen.
- die **namentliche Bezeichnung der mit der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle sowie Geschäftsführung betrauten Personen** oder, für ausländische VU, des Generalbevollmächtigten.
- die namentliche **Bezeichnung des verantwortlichen Aktuars**: Als Folge der verschärften Solvenzkontrolle und des (teilweisen) Wegfalls der präventiven Produktkontrolle verlangt das VAG von jedem VU zwingend die Bestellung eines verantwortlichen Aktuars, wobei auch diese Funktion – analog jener der internen Revisionsstelle – ausgelagert werden kann. Der verantwortliche Aktuar ist für die Führung des technischen Teils des Geschäftsplans verantwortlich.
- die Verträge oder sonstigen Absprachen, durch die wesentliche Funktionen des VU ausgegliedert werden: Verträge, durch welche wesentliche Funktionen an Dritte ausgegliedert werden (**Outsourcing**), müssen vorgängig dem BPV zur Genehmigung unterbreitet werden. Die Verträge müssen zudem in Schriftform abgeschlossen werden, die auszulagernden Funktionen klar definieren und die Aufgaben und Kompetenzen zwischen auslagerndem VU und Dienstleistungserbringer festhalten. Schliesslich darf die Funktionsauslagerung weder die Aufsicht des BPV noch die Prüfungen der internen und externen Revisionsstelle beeinträchtigen.
- Angaben zur **Erfassung, Begrenzung und Überwachung der Risiken**: Das VU muss so organisiert sein, dass es alle wesentlichen Risiken frühzeitig erfasst, begrenzen und überwachen kann. Dazu gehört der Aufbau eines den Geschäftsverhältnissen des VU angemessenen Risikomanagements, damit Risikopotenziale erkannt und beurteilt und Massnahmen zur Verhinderung oder Absicherung erheblicher Risiken und Risikokumulationen eingeleitet werden können. Das **Risikomanagement** kann sich nicht auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung der versicherungstechnischen Risiken (Passivseite der Bilanz) beschränken, sondern muss auch die Risiken der Anlagen (Aktivseite der Bilanz) mit einschliessen. Dies bedeutet, dass ein VU auch in der Lage sein muss, die finanziellen Risiken (z.B. die Markt- und Kreditrisiken) zu quantifizieren und zu limitieren. Ferner stellt die Aufsicht auch Ansprüche an ein adäquates Risikomanagement der weiteren, operationellen Risiken. Dazu gehört, dass in der Führung des VU auch Grundsätze der Corporate Governance verwirklicht sind, indem beispielsweise die Verantwortlichkeiten klar geregelt, die Über-

wachungsfunktionen von den ausführenden Funktionen unabhängig und die Entscheidungsträger genügend qualifiziert sind.

Zu den **operationellen Risiken** gehört auch das **Compliance-Risiko**. Dieses besteht darin, dass die Nichteinhaltung von gesetzlichen, regulatorischen und unternehmensinternen Vorschriften sowie Standards und ethischen Verhaltensnormen zu rechtlichen bzw. regulatorischen Sanktionen, finanziellen Verlusten und Reputationsschäden führen kann. Durch den Aufbau und Unterhalt einer effektiven, kompetenten und von operativen Geschäftsbereichen unabhängigen Compliance-Funktion kann das Compliance-Risiko massgeblich reduziert werden. Kernaufgaben einer solchen **Compliance-Funktion** ist die Unterstützung der Geschäftsführung und Mitarbeiter bei der Umsetzung der Compliance, insbesondere durch aktive und projektbegleitende Beratung, Information, Ausbildung, Überwachung, Untersuchung von Compliance-Verletzungen und Berichterstattung (Risk-Map).

Das VU erfasst und beurteilt die operationellen Risiken in eigener Verantwortung und bespricht mit dem BPV die Ergebnisse der Beurteilung periodisch. Zeigt diese Beurteilung, dass die Solvabilität im Verhältnis zu den Risiken ungenügend ist, so kann das BPV die Aufsicht intensivieren und/oder einen Zuschlag zum Zielkapital verlangen¹⁸.

Bewilligungsvoraussetzungen

VU mit Sitz in der Schweiz müssen entweder in der **Rechtsform** der Aktiengesellschaft oder der Genossenschaft organisiert sein und je nach Versicherungszweig über ein **Mindestkapital** von CHF 3–20 Millionen verfügen¹⁹. Die Festlegung des Mindestkapitals für die einzelnen Versicherungszweige delegierte der Gesetzgeber an den Bundesrat und das BPV definiert das notwendige Eigenkapital im konkreten Bewilligungsfall.

Grundsätzlich gilt für VU, die die Lebensversicherung betreiben, ein Mindestkapital je nach Versicherungszweig von CHF 5–12 Millionen, für jene die die Schadensversicherung betreiben ein solches zwischen CHF 3–8 Millionen und für jene, die die Rückversicherung betreiben ein solches zwischen CHF 3–10 Millionen. Als Mindestkapital qualifizieren bei Neugründungen das einbezahlte Aktien-, Genossenschafts- bzw. Partizipationskapital und das Agio. Im Zusammenhang mit der Bewil-

18 Art. 98 AVO.

19 Art. 8 VAG, Art. 7 ff. AVO.

ligung zusätzlicher Versicherungszweige qualifizieren auch die bereits gebildeten gesetzlichen Reserven.

Der Anteil des **Organisationsfonds** am Mindestkapital beträgt in der Regel 20% (für Rückversicherungscaptives mindestens CHF 300 000.–). Dieser kann nicht vor drei Jahren und dann nur mit Zustimmung des BPV für andere Zwecke verwendet werden als für die Deckung der Kosten der Gründung und des Aufbaus des Versicherungsgeschäfts oder für eine aussergewöhnliche Geschäftserweiterung²⁰.

Solvabilität

Die **finanzielle Sicherheit** eines VU bemisst sich einerseits nach der Solvabilität und andererseits nach den versicherungstechnischen Rückstellungen. Die Solvabilität eines VU errechnet sich nach zwei unabhängig voneinander anzuwendenden Methoden, nämlich nach der Solvabilität I und nach dem Schweizer Solvenz-Test (SST).

Im Rahmen der **Solvabilität I** werden die erforderlichen freien unbelasteten Eigenmittel aufgrund des Geschäftsumfangs eines VU (geforderte Solvabilitätsspanne) berechnet sowie die anrechenbaren Eigenmittel (verfügbare Solvabilitätsspanne) festgelegt. Sie basiert auf der statutarischen Rechnungslegung nach schweizerischem Obligationenrecht (OR). Die Berechnung der **geforderten Solvabilitätsspanne** erfolgt bereichsspezifisch für Lebens-, Schadens- und Rückversicherungen, teilweise ergänzt durch zusätzlich Anforderungen für einzelne Versicherungszweige, nach unterschiedlichen Kriterien²¹. Die Aufsichtsverordnung enthält zudem eine Liste jener Werte, die als Eigenmittel angerechnet und damit zur Unterlegung der geforderten Solvabilitätsspanne herangezogen werden können. Dazu gehören das einbezahlte Kapital (inkl. Agio), ein allfälliges Partizipationsscheinkapital, die gesetzlichen, statutarischen und freien Reserven, der Organisationsfonds, der Gewinnvortrag des Vorjahres, der Gewinn des abgeschlossenen Geschäftsjahres und für Lebensversicherungen die Rückstellungen für die den Versicherten noch nicht zugeteilten künftigen Überschussbeteiligungen. Zudem sind unter gewissen Voraussetzungen auch hybride Instrumente als Eigenmittel anrechenbar. Schliesslich kann das BPV auf begründeten Antrag weitere Elemente als Eigenkapital zulassen. Eine unternehmensinterne Stelle kontrolliert diese so genannte verfü-

20 Art. 10 VAG, Art. 11 AVO.

21 Art. 23 ff. AVO.

bare Solvabilitätsspanne und erstattet zuhanden der Geschäftsleitung und des BPV per Ende des Geschäftsjahres (auf Anordnung des Amts auch öfter) Bericht.

Die Berechnung der Solvabilität gemäss Solvabilität I gilt jedoch allgemein als ungenügend und zu wenig differenziert. Mit dem SST wird deshalb die tatsächliche Risikofähigkeit eines VU ermittelt und das **Zielkapital** eines VU bestimmt, das notwendig ist, um die eingegangenen Risiken (Finanzmarkt-, Kredit- und versicherungstechnische Risiken) während eines Jahres mit ausreichender Sicherheit zu überstehen. Zur Ermittlung des Zielkapitals werden die Aktiven marktnah und das Fremdkapital mit dem bestmöglichen Schätzwert bewertet. Rückversicherungen und Retrozessionen werden im Rahmen des quantifizierten Risikotransfers vollumfänglich anerkannt. Dem Zielkapital wird das frei und unbelastet verfügbare Kapital (risikotragende Kapital) gegenübergestellt. Dieses muss den Kapitalaufwand für das während der Dauer der Abwicklung der versicherungstechnischen Verpflichtungen zu stellende **risikotragende Kapital** decken können. Ist dies nicht mehr gewährleistet, muss das VU entweder innert einer bestimmten Frist das Zielkapital erhöhen oder die Risiken, zum Beispiel durch ein verbessertes Asset-Liability-Management, reduzieren.

Jedes VU (Ausnahme: Auf Rückversicherungscaptives sind die Vorschriften zum SST, von Sonderfällen abgesehen, nicht anwendbar) muss über ein Modell zur Quantifizierung der Risiken verfügen, dieses regelmässig überprüfen und gegebenenfalls auch anpassen. Dazu verwendet das VU das von der Aufsichtsbehörde definierte **Standardmodell**. Das BPV kann jedoch verlangen und die VU kann das BPV darum ersuchen, dass das Standardmodell anzupassen ist oder ein unternehmensinternes, vom BPV genehmigtes Modell zur Anwendung gelangt. **Interne Modelle** müssen einerseits den quantitativen, qualitativen und organisatorischen Anforderungen des BPV genügen und andererseits in die unternehmensinternen Prozesse eingegliedert sein.

Das VU fasst jährlich einen Bericht über die Berechnung des Zielkapitals und des risikotragenden Kapitals (SST-Bericht). Dieser ist von der Geschäftsleitung zu unterzeichnen und dem BPV einzureichen.

Versicherungstechnische Rückstellungen und gebundenes Vermögen

VU sind verpflichtet, für ihre gesamte Geschäftstätigkeit ausreichende **versicherungstechnische Rückstellungen** zu bilden²². Diese setzen sich zusammen aus

²² Art. 4 Abs. 2 lit. d, Art. 16 ff. VAG, Art. 54 ff. AVO.

den versicherungstechnischen Rückstellungen zur Abdeckung der erwarteten Verpflichtungen und den Schwankungsrückstellungen zum Ausgleich der Volatilität des Geschäfts. Nicht mehr benötigte versicherungstechnische Rückstellungen sind aufzulösen.

VU, die die Direktversicherung betreiben, müssen die inländischen Ansprüche aus den Versicherungsverträgen durch ein **gebundenes Vermögen** sicherstellen. Ausländische Versicherungsbestände, d.h. Versicherungsverträge mit im Ausland domizilierten Versicherungsnehmern, sind nur dann sicherzustellen, wenn das massgebende ausländische Recht keine gleichwertige Sicherstellung verlangt. Der Sollbetrag des gebundenen Vermögens muss mindestens den versicherungstechnischen Rückstellungen plus einem vom BPV festgelegten Zuschlag entsprechen und bei seiner Bestellung mindestens CHF 750 000.– (Lebensversicherung) bzw. CHF 100 000.– (Schadensversicherung) betragen. Das VU bestellt das gebundene Vermögen durch Zuweisung von Vermögenswerten und erfasst und kennzeichnet diese derart, dass jederzeit ohne Verzug festgestellt werden kann, welche Werte dem gebundenen Vermögen dienen und ob dessen Sollbetrag gedeckt ist.

Chancen und Risiken

Das neue Versicherungsaufsichtsrecht, insbesondere die Einführung des Schweizer Solvenz-Tests setzt neue Standards und ist dem europäischen Aufsichtsstandard einen Schritt voraus. Damit signalisiert die Schweiz, dass sie nicht nur führend im Anbieten von Finanzdienstleistungen ist, sondern gleichzeitig auch bereit ist, Verantwortung für eine möglichst wettbewerbsneutrale Finanzmarktaufsicht zu übernehmen. Dieses Engagement wird den Ruf des Finanzplatzes Schweiz nachhaltig positiv beeinflussen. Ferner sollten VU die neue Vorschrift zum Anlass nehmen, um mittels interdisziplinärer Zusammenarbeit die unternehmensinternen Prozesse zu optimieren. Damit können Unternehmensrisiko und Zielkapital optimiert und die Kosten möglichst tief gehalten werden.

Das neue VAG birgt aber auch die Gefahr der Überregulierung. Werden die neuen Vorschriften nicht angemessen und verhältnismässig umgesetzt, so besteht das Risiko, dass die mit dem Wegfall der präventiven Produktkontrolle gewonnene Liberalisierung durch ein Dickicht neuer Vorschriften mehr als kompensiert wird.

Entwicklungen im Umfeld der Geldwäschereiprävention

(Vgl. dazu Chancen und Risiken 2004/2005, S. 69 ff.)

Jürg Galliker/Fabio Pelli

Geldwäscherei-Verordnung der EBK

In der letzten Ausgabe von Chancen und Risiken wurde der Wunsch geäussert, die EBK möge die aus den Revisionsstellenberichten erworbenen Informationen und Erkenntnisse zur Umsetzung der EBK-Geldwäschereiverordnung (GwV EBK) in irgendeiner Form **publizieren**. Diesem Wunsch ist die EBK in ihrem zweiten, ausführlichen Bericht¹ nachgekommen und sie konnte eine durchwegs positive Bilanz ziehen:

- Die Banken haben ihre Geldwäschereidispositive neu dem **risikoorientierten Ansatz** angepasst;
- Der Prozentsatz der Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken (GmeR) fällt je nach Grösse und Art der Geschäftstätigkeit der Banken sehr **unterschiedlich** aus. Er ist in der Regel bei vornehmlich im Retailgeschäft tätigen und grossen Banken wesentlich **geringer** als bei kleineren und im Vermögensverwaltungsgeschäft tätigen Banken;
- Transaktionen mit erhöhten Risiken (TmeR) und die damit verbundenen Transaktionsüberwachungssysteme sind noch von **unterschiedlicher Leistungsfähigkeit**. Die Systeme generieren teilweise **zu viele** abklärungspflichtige Transaktionen, welche ressourcenmässig nicht innert nützlicher Frist abgearbeitet werden können;
- Die Dokumentation der GmeR und TmeR werden von den Prüfgesellschaften generell als **verbesserungsfähig** gewürdigt;
- Die Mitarbeiter-Ausbildung wird als **sehr zufriedenstellend** beurteilt.

Mit Erleichterung kann dem Bericht zudem entnommen werden, dass die EBK – trotz der im FATF²-Länderbericht geäusserten Kritik – für den Bankensektor zur Zeit **keinen regulatorischen Handlungsbedarf**³ sieht, weder im Sinne einer Verschärfung noch einer Erleichterung.

1 Bericht der EBK vom 12. Oktober 2005.

2 Financial Action Task Force on Money Laundering.

3 Bericht der EBK vom 12. Oktober 2005, S. 5, 13.

Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 03)

Aus dem kürzlich erschienenen Bericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken über die Jahre 2001–2005 seien folgende beiden Themenbereiche erwähnt:

Gemäss der neuesten Praxis der Aufsichtskommission bildet Bestandteil der durch die Banken wahrzunehmenden **Sicherstellungspflicht**, das Datum des Eingangs eines Identifikationsdokumentes – z. B. mittels Eingangsstempel – aktenkundig zu machen⁴. In einem weiteren Entscheid hielt die Aufsichtskommission fest, dass zur Überprüfung, ob die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten gemäss Formular A **rechtzeitig** (also vor der Kontoeröffnung) erfolgt ist, die Angabe von **Ort und Datum** keine reine Formalitäten darstellten, sondern von **materieller** Relevanz seien⁵. Die in früheren Publikationen der Aufsichtskommission geführte und aufgegebene Unterscheidung zwischen **formellen und materiellen** Verletzungen der VSB⁶ basiert auf beweisrechtlichen Überlegungen. Wurde in der Vergangenheit von der Aufsichtskommission bei Vorliegen der relevanten Dokumente **vermutet**, die Bank hätte ihre Sorgfaltspflichten rechtzeitig, also vor der Kontoeröffnung vorgenommen, so muss die Bank nach neuer Praxis im Rahmen der Sicherstellungspflicht diesen Nachweis der Rechtzeitigkeit selbst erbringen. Die geänderte Praxis bringt für die Banken diesbezüglich eine **Verschärfung** der inhaltlichen Anforderungen an die Erfüllung der Sorgfaltspflichten.

In einem weiteren Entscheid im Zusammenhang mit dem Verfahren zur Eröffnung von Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften hat die Aufsichtskommission wertvolle Präzisierungen vorgenommen, die sich in der Bankenpraxis bewährt haben. Mangels eigener Rechtspersönlichkeit könne ein Trust keine Verträge unterzeichnen und daher auch keine Bankbeziehung eröffnen. Anstelle des Trusts sei folglich der **Trustee** (als fiduziarischer Eigentümer des Trustvermögens) **Vertragspartner** der Bank und müsse von dieser **identifiziert** werden. Zusätzlich habe die Bank mittels geeigneter Dokumente abzuklären, ob der Trustee **berechtigt** sei, bei der Bank ein Konto zu eröffnen und die ihm anvertrauten Vermögenswerte bei der Bank anzulegen⁷.

4 Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken in SZW 5/2005, S. 246, Ziff. 1.6.

5 Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken in SZW 5/2005, S. 247, Ziff. 2.1.

6 Georg Friedli/Lorenz Meyer, Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken in den Jahren 1984–1987, WuR (1988), S. 163 ff.

7 Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken in SZW 5/2005, S. 253, Ziff. 3.6.

Kreditgeschäfte im Parabankensektor

Die Kontrollstelle eröffnete ein Vernehmlassungsverfahren zur Neufestlegung des Grenzwerts zur Bestimmung der **Berufsmässigkeit bei Kreditgeschäften** von bisher CHF 20000.– auf neu CHF 250000.–. Obwohl das Vernehmlassungsverfahren bereits im Mai 2005 abgeschlossen wurde, liegt bis heute noch kein definitiver Entscheid der Kontrollstelle vor⁸. Die Heraufsetzung des Grenzwerts dürfte zur Folge haben, dass verschiedenste Kreditgeschäfte aufgrund des massgebend höheren Schwellenwerts nicht mehr zu einer Unterstellung führen bzw. bestehende Kreditgeschäfte mangels Berufsmässigkeit von einer Unterstellung befreit werden.

Höhere Kosten im Parabankensektor

Am 26. Oktober 2005 beschloss der Bundesrat die Konkretisierung der **Aufsichtsabgabe** im Parabankensektor⁹, welche am 1. Januar 2006 in Kraft trat. Gestützt auf die Aufsichtsverordnung werden sämtliche durch die Tätigkeit der Kontrollstelle anfallenden Kosten den von ihr beaufsichtigten SRO¹⁰ und Finanzintermediären im Sinne einer **Kausalabgabe** übertragen. Es wird davon ausgegangen, dass ein über eine SRO angeschlossener Finanzintermediär einen Betrag von CHF 212.– bis 311.– zu tragen haben wird, ein direkt der Kontrollstelle unterstellter Finanzintermediär einen Betrag zwischen CHF 1304.– bis max. CHF 16216.–. Auch wenn die Überwälzung der Kosten in der Sache richtig ist, so nimmt der Kostendruck, der insbesondere auf kleineren und mittelgrossen Finanzintermediären lastet, weiter zu.

Marschhalt bei der weiteren Umsetzung der FATF-Empfehlungen

Als Mitglied der FATF ist die Schweiz verpflichtet, die vierzig revidierten Empfehlungen der FATF vom 20. Juni 2003 ins nationale Recht umzusetzen¹¹. Wie üblich ist die Schweiz diese Aufgabe im Verhältnis zu den mit ihr konkurrierenden Finanzplätzen in gewohnt hohem Tempo angegangen. Nach kurz angesetzter Vernehm-

8 Die Publikation der Kontrollstelle vom 25. April 2005 ist abrufbar unter <http://www.gwg.admin.ch/d/aktuell/pdf/35494d.pdf>.

9 Medienmitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 26. Oktober 2005.

10 Selbstregulierungsorganisation.

11 Die Empfehlungen sind abrufbar unter http://www.fatf-gafi.org/document/28/0,2340,en_32250379_32236930_33658140_1_1_1_1,00.html#40recs.

lassungsfrist wurde im Januar 2005 ein nicht publizierter **Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Umsetzung der revidierten Empfehlungen der FATF** erstellt, der von der Finanzindustrie harsche Kritik erntete und letztlich zu dem von Bundesrat Merz im Juni 2005 allseits begrüßten **Marschhalt** führte¹². Kritisiert wurde insbesondere, dass die Schweiz in ihrem Vorentwurf teilweise über die Anforderungen der FATF **hinausgehe**, ohne vorher Vergleiche mit anderen FATF-Mitgliedstaaten zu tätigen. Der Bundesrat hat sich bei Drucklegung noch nicht für die weitere Vorgehensweise entschieden.

Chancen und Risiken

Die Schweiz nimmt seit Jahren eine Vorreiterrolle in der Geldwäscherei-Bekämpfung ein und ihr feinmaschiges Abwehrdispositiv im Banken- und Parabankensektor ist weltweit anerkannt. Die Umsetzung neuer internationaler Vorgaben wie jene der FATF bieten **Chancen**, diese Vorreiterrolle beizubehalten und damit zum international guten Ruf des Finanzplatzes Schweiz beizutragen. Dafür sollte sich die Schweiz aber die notwendige Zeit nehmen, um nicht in das **Risiko** zu laufen, die bisher hohe Qualität der bestehenden Regulierung und gleichzeitig die Glaubwürdigkeit gegenüber der eigenen Finanzindustrie zu gefährden.

¹² Die Medienmitteilung kann unter <http://www.edf.admin.ch/d/dok/referate/2005/06/gwg.htm> heruntergeladen werden.

Entwurf zu einem Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz)

(Vgl. dazu Chancen und Risiken 2004/2005, S. 35 ff. und 41 ff.)

Jean-Luc Epars

Ausgangslage

Am 23. September 2005 hat der Bundesrat die Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG) verabschiedet¹. Dieser Gesetzesentwurf dürfte im Laufe des Jahres 2006 von den Räten angenommen werden und anfangs des Jahres 2007 in Kraft treten².

Die Anpassung der schweizerischen Gesetzgebung betreffend Anlagefonds wurde notwendig, nachdem die europäischen Reglementierungen in diesem Bereich in vielfältiger Weise geändert wurden (vgl. insbesondere die EU-Fondsdienstleistungsrichtlinie 2001/107/EU und die EU-Produkterichtlinie 2001/108/EU). Trotz mehrerer Teilrevisionen der Verordnung über die Anlagefonds (AFV), welche darauf zielten, die vorgenannten Richtlinien soweit als möglich umzusetzen, stellte sich heraus, dass das Bundesgesetz über die Anlagefonds (AFG) diverse Schwachpunkte und Lücken aufweist, welche eine Totalrevision dieses Gesetzes notwendig machen³.

Die wichtigsten Neuerungen des Kollektivanlagengesetzes

Die wichtigsten Neuerungen des KAG sind:

- die **Erweiterung des Gesetzeszwecks**, indem das Gesetz nicht nur Investoren schützt, sondern auch die Transparenz und Funktionsfähigkeit des Marktes für Kollektivanlagen gewährleisten soll (der Markt für Kollektivanlagen, welcher einen Teil des Kapitalmarktes darstellt, wird damit zum Schutzobjekt des Gesetzes)⁴;

1 Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen, Bundesblatt (BBl) 2005, S. 6395 ff. Die Botschaft kann unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/6395.pdf> heruntergeladen werden.

2 Entwurf des Kollektivanlagengesetzes, BBl 2005, S. 6507 ff.

3 Botschaft zum Kollektivanlagengesetz, S. 6406 f.

4 Botschaft zum Kollektivanlagengesetz, S. 6412.

- die **umfassende Überwachung aller kollektiven Kapitalanlageformen** (offene und geschlossene Kapitalanlagen, seien sie vertraglicher oder gesellschaftlicher Natur), dies in Anwendung des Prinzips «same business, same rules»⁵;
- die **Öffnung der Palette möglicher Formen kollektiver Kapitalanlagen**, indem zusätzlich zu den derzeit vom AFG einzig erlaubten vertraglichen kollektiven Kapitalanlagen neue rechtliche Kollektivanlageformen ermöglicht werden:
 - die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV), welche von der SICAV luxemburgischen Rechts inspiriert ist,
 - die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (insbesondere für Anlagen in Risikokapital);
- die **Ausdehnung der möglichen Aktivitäten der Fondsleitungen** (individuelle Vermögensverwaltung, Anlageberatung)⁶;
- die **Bewilligungspflicht** für die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen (diese Vermögensverwalter werden damit die neuen Anforderungen der europäischen Fondsdienstleistungsrichtlinie erfüllen und insofern berechtigt sein, europäische Anlagefonds zu verwalten)⁷;
- die **Einordnung der vermögenden Privatperson** (High Networth Individual) in die Kategorie der qualifizierten Anleger. Grundsätzlich stehen kollektive Anlagen allen Investoren offen, es sei denn, das Kollektivanlagengesetz erlaube gewisse Anlagen einzig qualifizierten Anlegern⁸.

Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats hat sich anlässlich ihrer Beratungen im Januar 2006 dafür ausgesprochen, die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) entgegen den Vorschlägen der Botschaft des Bundesrats vom Geltungsbereich des KAG auszunehmen.

5 Botschaft zum Kollektivanlagengesetz, S. 6412 f.

6 Botschaft zum Kollektivanlagengesetz, S. 6419 f.

7 Botschaft zum Kollektivanlagengesetz, S. 6427 f.

8 Botschaft zum Kollektivanlagengesetz, S. 6428.

Chancen und Risiken

Das Inkrafttreten des Kollektivanlagengesetzes, insbesondere die Einführung der vorerwähnten neuen Rechtsformen, aber auch die steuerlichen Anpassungen, welche mit Letzteren verbunden sind (Steuerbefreiung von direkten Steuern für die SICAV und für die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen), dürften den **schweizerischen Finanzplatz im Bereich der Anlagefonds attraktiver und wettbewerbsfähiger** machen.

So dürften sich die Promotoren von «Private Label Fonds» insbesondere für die SICAV interessieren, auf deren Tätigkeit sie beispielsweise durch Einsitz in den Verwaltungsrat einen direkten Einfluss nehmen können. Die Promotoren von «Private Label Fonds» werden somit nicht mehr gezwungen sein, solche Anlagemöglichkeiten im europäischen Wirtschaftsraum oder in einem Offshore-Domizil zu schaffen⁹.

Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, welche von den direkten Steuern befreit sein wird und der angelsächsischen «Limited Partnership» ähnelt, ist eine Rechtsform, welche insbesondere im Bereich der Risikokapitalanlage eingesetzt werden kann. Damit erhält die Schweiz eine gesetzliche Grundlage, um **attraktive Investitionsmöglichkeiten** zu offerieren¹⁰.

9 Botschaft zum Kollektivanlagengesetz, S. 6423.

10 Botschaft zum Kollektivanlagengesetz, S. 6423 f.

Kapitalmarktrecht

Neuerungen im Kotierungsrecht

(Vgl. dazu Chancen und Risiken 2004/2005, S. 99 ff.)

Daniel Lengauer

Ausgangslage

Die SWX Swiss Exchange (SWX) hat im Jahr 2005 einige neue Regelungen erlassen. Diese Neuerungen sind u. a. eine Reaktion auf die im Rahmen des «Financial Services Action Plan» der EU erlassenen Richtlinien, insbesondere die Prospekt-richtlinie (PD)¹, die Marktmissbrauchsrichtlinie (MAD)² und die Transparenzrichtlinie³. Diese Richtlinien mussten von den Mitgliedstaaten der EU per 1. Juli 2005 umgesetzt werden.

Per 1. Juli 2005 hat die SWX das **«EU-kompatible Segment»** eingeführt⁴. Die entsprechenden Regeln wurden in einem Zusatzreglement für die Kotierung im EU-kompatiblen Segment der SWX (ZREU) festgehalten. Das EU-kompatible Segment dient der Kotierung von im Swiss Market Index (SMI) aufgenommenen Unternehmen und ihren Beteiligungsrechten, welche im «EU-Regulated Market Segment» auf dem Handelssystem der virt-x in London zum Handel zugelassen werden. Die betroffenen Emittenten können dadurch von den Vorteilen des harmonisierten europäischen Kapitalmarkts profitieren.

Weiter hat die SWX per 1. Februar 2005 ein neues Zusatzreglement für die **Kotierung von Anleihen** erlassen⁵. Die wichtigsten Neuerungen in diesem Bereich sind die Möglichkeit der Registrierung von Emissionsprogrammen und die Zulässigkeit von Verweisen im Kotierungsprospekt.

Schliesslich wurde das **«Sponsored Segment»** eingeführt⁶. Dieses Segment ermöglicht es den SWX-Teilnehmern (sponsernde Effekthändler), Beteiligungs-

1 Richtlinie 2003/71/EG vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG.

2 Richtlinie 2003/6/EG vom 28. Januar 2003 über die Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch).

3 Richtlinie 2004/109/EG vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind.

4 Zusatzreglement für die Kotierung im EU-kompatiblen Segment der SWX.

5 Zusatzreglement für die Kotierung von Anleihen.

6 Reglement für die Zulassung zum Handel von Beteiligungsrechten im SWX Swiss Exchange – Sponsored Segment.

rechte inländischer oder ausländischer Emittenten, welche an einer von der SWX anerkannten Börse primärkotiert sind, auf der Handelsplattform der SWX handeln zu lassen, ohne dass ein Kotierungsverfahren durchlaufen werden muss.

Per 1. Juli 2005 traten auch die Vorschriften zur **Offenlegung von Management-Transaktionen** und die überarbeiteten Regeln über die **Ad hoc-Publizität** in Kraft. Ausführungen zu diesen neuen Publizitätsvorschriften wurden bereits in Chancen und Risiken 2004/2005 gemacht⁷, weshalb nachfolgend nicht mehr darauf eingegangen wird.

EU-kompatibles Segment

Die virt-x mit Sitz in London ist ein Unternehmen der SWX. Die virt-x ist eine von der Aufsichtsbehörde Financial Services Authority (FSA) überwachte Börse und gilt als «geregelter Markt» gemäss der EU-Systematik⁸. Die virt-x bietet zwei verschiedene Handelssegmente an: das EU-Regulated Market Segment und das UK-Exchange Regulated Market Segment. Beide Segmente unterliegen der Regulierungs- und Sanktionskompetenz der FSA. Das UK-Exchange Regulated Market Segment fällt bezüglich der Emittentenpflichten nicht in den Anwendungsbereich der relevanten EU-Richtlinien.

Für die Emittenten, deren Titel im EU-Regulated Market Segment gehandelt werden, sind demgegenüber die aufgrund der Umsetzung der EU-Richtlinien relevanten Bestimmungen (Prospectus Regulations 2005 und der angepasste Financial Services and Markets Act 2000) anwendbar, sobald sie einen Prospekt publizieren⁹. Eine Prospektpflicht entsteht im Rahmen einer Kapitalerhöhung gemäss Art. 11 Ziffer 1 ZREU nur, wenn diese zu einer Erhöhung des bereits börsenkotierten Kapitals von 10% oder mehr führt. Die Folge der Anwendbarkeit ist, dass die Bestimmungen betreffend Offenlegung von Insiderinformationen, Insiderlisten und Management-Transaktionen eingehalten werden müssen. Andererseits können Emittenten, deren Titel im EU-Regulated Segment gehandelt werden, vom «EU-Pass für Prospekte» profitieren und für ihre Aktien gemäss dem von der PD vorgesehenen Mechanismus die Zulassung zum Handel in jedem EU-Mitgliedstaat

7 Vgl. dazu die Beiträge in Chancen und Risiken 2004/2005, S. 75 ff. und S. 99 ff.

8 Vgl. dazu Regulatorische Rahmenbedingungen für Emittenten (Memorandum), Handel von SWX-kotierten Effekten an der Virt-x, vom 27. Mai 2005, Rz. 1.

9 Vgl. dazu Memorandum, Rz. 18 ff.; Daniel Keist/Jacqueline Morard/Roland Maurhofer, Kotierungsrecht der SWX, Neue Regularien und Ausblick, in: Der Schweizer Treuhänder, 1-2/2006, S. 40.

beantragen. Für die meisten von ihnen wird das Vereinigte Königreich der Herkunftsmitgliedstaat und die FSA die zuständige Aufsichtsbehörde sein¹⁰.

Die Schweizer Emittenten, deren Titel an der virt-x gehandelt werden, können grundsätzlich frei entscheiden, in welchem Handelssegment sie gehandelt werden wollen. Gemäss Art. 27 ZREU kann ein Emittent, dessen Titel im EU-Regulated Market Segment gehandelt werden, mittels schriftlicher Mitteilung unter Einhaltung einer Frist von dreissig Tagen seine Beteiligungsrechte jederzeit aus diesem Segment zurückziehen.

Sponsored Segment

Die Schaffung dieses Segmentes dient dem Bedürfnis von SWX-Teilnehmern, neben sekundärkotierten ausländischen Aktien weitere Aktien von inländischen oder ausländischen Emittenten an der SWX handeln zu können¹¹. Damit reagiert die SWX auch auf eine bei den Emittenten festzustellende Tendenz, Sekundärkotierungen aufzuheben und den Handel ihrer Beteiligungspapiere auf einige wenige Börsenplätze zu konzentrieren.

Voraussetzung für die Zulassung im Sponsored Segment ist, dass die Beteiligungsrechte an einer von der SWX anerkannten Börse primärkotiert sind¹². Weiter muss die Abwicklung von Börsentransaktionen über eine von der SWX anerkannte Clearingstelle erfolgen können, eine Schweizer Valorenummer bestehen und die Handelswährung entweder Schweizer Franken oder US-Dollar sein¹³.

Bei der Zulassung handelt es sich nicht um eine Kotierung. Entsprechend müssen kein Kotierungsprospekt und kein Kotierungsinserat erstellt werden¹⁴ und es sind auch die Bestimmungen über die Offenlegung (Art. 20 BEHG) und öffentlichen Kaufangebote (Art. 22 ff. BEHG) nicht anwendbar.

¹⁰ Wenn die Aktien eines Emittenten, welcher seinen Sitz nicht in der EU hat, zum Handel an einem geregelten Markt in der EU zugelassen werden, wird dem Emittenten gemäss PD ein Herkunftsland zugeordnet. Zu den verschiedenen Möglichkeiten betreffend Bestimmung des Herkunftsmitgliedstaates vgl. Dorothee Fischer-Appelt/Olivier Favre, Anwendungsbereich der EU-Prospektrichtlinie. Unter vergleichender Berücksichtigung des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts, in: Der Schweizer Treuhänder, 1-2/2006, S. 50 f.

¹¹ Daniel Keist/Jacqueline Morard/Roland Maurhofer, S. 42.

¹² Art. 7 Ziffer 1 Reglement für die Zulassung zum Handel von Beteiligungsrechten im SWX Swiss Exchange – Sponsored Segment.

¹³ Art. 7 Ziffer 2-4 Reglement für die Zulassung zum Handel von Beteiligungsrechten im SWX Swiss Exchange – Sponsored Segment.

¹⁴ Daniel Keist/Jacqueline Morard/Roland Maurhofer, S. 42.

Die Zulassung kann auf Antrag eines sponsernden Effekthändlers erfolgen. Dieser übernimmt sämtliche Pflichten für die Aufrechterhaltung des Handels. Dies sind einerseits gewisse Informations- und Meldepflichten, welche für die Preisbildung des Valors und die geordnete Abwicklung des Handels wesentlich sind¹⁵. Andererseits hat der sponsernde Effekthändler ein Market Making zu gewährleisten¹⁶. Demgegenüber hat der Emittent keine sich aus der Zulassung zum Sponsored Segment ergebenden Pflichten. Ein Emittent wird auch nicht über die Zulassung zum Sponsored Segment informiert.

Chancen und Risiken

Unter den heute mehrheitlich privatwirtschaftlich organisierten Börsenorganisationen herrscht ein intensiver Wettbewerb. Dies zwingt die SWX, mit einer ausgewogenen und effizienten Ausgestaltung der Regulierungsaktivitäten für die Emittenten attraktive Rahmenbedingungen zu schaffen. Durch die Möglichkeit, die Titel im EU-Regulated Segment handeln zu lassen, können Emittenten vom «EU-Pass für Prospekte» profitieren. Allerdings müssen sie sicherstellen, dass sie die relevanten Bestimmungen einhalten.

15 Art. 13 Reglement für die Zulassung zum Handel von Beteiligungsrechten im SWX Swiss Exchange – Sponsored Segment.

16 Art. 8 Ziffer 4 Reglement für die Zulassung zum Handel von Beteiligungsrechten im SWX Swiss Exchange – Sponsored Segment.

Öffentliche Übernahmen (Neue Praxis der Übernahmekommission)

(Vgl. dazu Chancen und Risiken 2004/2005, S. 86 ff.)

Therese Amstutz

Ausgangslage

Das Jahr 2005 war geprägt von den feindlichen Angeboten an die Aktionäre der Forbo Holding AG (Forbo), der Saia-Burgess Electronics Holding AG (Saia-Burgess) und der Leica Geosystems Holding AG (Leica), wobei in den letzten beiden Fällen noch konkurrierende Offerten hinzukamen. Dies wiederum führte zu einer ungewöhnlichen Fülle von Empfehlungen, 24 allein zu den Angeboten i.S. Forbo, Saia-Burgess und Leica. Diese Anzahl spiegelt auch die vielen Anträge und Stellungnahmen der involvierten Parteien wider, die bei feindlichen und konkurrierenden Angeboten naturgemäss eingereicht werden und zu beantworten sind. Sie boten der Übernahmekommission in den drei genannten Fällen Gelegenheit, zu zahlreichen Einzelfragen Stellung zu nehmen und ihre Praxis zu bestätigen, zu ergänzen oder anzupassen. Die Kontroverse über eine solche Einzelfrage im Fall Saia-Burgess (vgl. unten, Verletzung der aktienrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht als unzulässige Abwehrmassnahme) hatte aber letztlich auch zur Folge, dass der langjährige Präsident der Übernahmekommission, Hans Caspar von der Crone, der auch Verwaltungsratsmitglied der Saia-Burgess ist, per 31. Oktober 2005 von seinem Amt zurücktrat.

Verfahrenseröffnung durch die Übernahmekommission

Im Fall des öffentlichen Kaufangebots der AFV Investment S.A. an die Aktionäre der Forbo hatten involvierte Parteien und Grossaktionäre bereits vor Einreichung des Gesuchs um eine Empfehlung der Übernahmekommission öffentliche Aussagen im Hinblick auf das Angebot gemacht. Daraufhin kündigte die Übernahmekommission in ihrer Empfehlung vom 7. März 2005 eine diesbezügliche Praxisänderung an: Wenn vor der Gesuchseinreichung eine Übernahme öffentlich angekündigt werde, könne künftig die Übernahmekommission von sich aus bereits zu diesem Zeitpunkt ein formelles Verfahren eröffnen, um die Einhaltung von Transparenz und Lauterkeit sowie Gleichbehandlung der Anleger zu gewährleisten¹.

¹ Empfehlung i.S. Forbo vom 7. März 2005, E. 1.2.

Angebotspflicht / Organisierte Gruppe

Im Zusammenhang mit der Prüfung des Bestehens einer Angebotspflicht in den Fällen Forbo, Tornos Holding AG (Tornos) und Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel) hatte die Übernahmekommission Gelegenheit, die **vom Bundesgerichtsentcheid i.S. Quadrant² beeinflusste neue Praxis zum Vorliegen einer im Hinblick auf die Beherrschung einer Gesellschaft organisierten Gruppe³** anzuwenden. Demnach ist eine organisierte Gruppe im Hinblick auf die Beherrschung und damit eine Angebotspflicht «dann anzunehmen, wenn gemeinsam erworbene Stimmrechte eine Beherrschung objektiv ermöglichen (indem sie in gemeinsamer Absprache ausgeübt werden) und aufgrund der Umstände darauf zu schliessen ist, dass eine Beherrschung auch angestrebt wird»⁴. Tendenziell kann gemäss Übernahmekommission dann von einer Gruppe im obgenannten Sinn ausgegangen werden, wenn im Vorfeld einer Generalversammlung von Aktionären, die einzeln oder gemeinsam den Grenzwert von 33 $\frac{1}{3}$ % überschreiten, Verhandlungen geführt werden mit dem Ziel, einen Kontrollwechsel der Gesellschaft zu bewirken⁵.

Sales Restrictions

Gemäss Praxis der Übernahmekommission sind US Sales Restrictions in einem öffentlichen Kaufangebot unzulässig, wenn (i) die US Aktionäre der Zielgesellschaft mehr als 10% der Aktien halten, (ii) die Zielgesellschaft in der Vergangenheit wesentliche Anstrengungen unternommen hat, ihre Titel auf dem amerikanischen Markt zu platzieren und (iii) die Öffentlichkeit hierüber in Kenntnis gesetzt hat⁶. Im Zusammenhang mit den im ursprünglichen und im geänderten Angebot der Hexagon AB (publ.) (Hexagon) an die Aktionäre der Leica enthaltenen US Sales Restrictions **präzisierte die Übernahmekommission** diese Praxis und hielt fest, dass die Platzierungsanstrengungen auf dem amerikanischen Markt und die Orientierung der Öffentlichkeit **voraussetzten, dass die Zielgesellschaft ihre Titel in den USA öffentlich platziert habe**. Da die Leica lediglich ein nach Rule 144A US Securities Act of 1933 vorgesehenes Private Placement an so genannt qualifizierte institutionelle Käufer vorgenommen hatte, war diese Voraussetzung

2 BGE 130 II 530 ff.; vgl. dazu Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2004/2005, S. 95 ff.

3 Art. 27 BEHV-EBK.

4 Empfehlung i.S. Tornos vom 11. Mai 2005, E. 2.2.2.; Empfehlung i.S. Forbo vom 3. Juni 2005, E. 3.1; Empfehlung i.S. Atel vom 11. August 2005, E. 1.1.1.

5 Empfehlung i.S. Forbo vom 3. Juni 2005, E. 4.2.

6 Empfehlung III i.S. Saia-Burgess vom 3. August 2005, E. 11.3.

nicht erfüllt und die Sales Restrictions wurden als zulässig erachtet⁷. Im Übrigen stellte die Übernahmekommission klar, dass es in der Verantwortung des jeweiligen Anbieters liege, abzuklären, ob die von ihm verwendeten Sales Restrictions ausländisches Recht verletzen. Eine allfällige Verletzung ausländischen Rechts durch die Sales Restrictions müsste von den betroffenen ausländischen Behörden festgestellt und geahndet werden. Die Übernahmekommission habe nicht die Kompetenz, die Einhaltung ausländischen Rechts zu prüfen und zu sanktionieren⁸.

Voranmeldung

Die Publikation der Voranmeldung entfaltet gemäss Art. 9 UEV-UEK diverse Wirkungen. Mit der Publikation beginnt die Best Price Rule und die Meldepflicht für Transaktionen mit Titeln der Zielgesellschaft und gegebenenfalls den zum Tausch angebotenen Titeln. Sodann bestimmt die Publikation der Voranmeldung den Endpunkt der Frist von 30 Börsentagen für die Berechnung des Mindestpreises. Schliesslich markiert die Publikation der Voranmeldung auch den Beginn der Pflichten der Zielgesellschaft, insbesondere der Vorschriften betreffend die Abwehrmassnahmen. Nach ständiger Praxis der Übernahmekommission entfaltet die den Mindestinhalt gemäss Art. 7 Abs. 2 UEV-UEK enthaltende Voranmeldung ihre Wirkungen gemäss Art. 9 UEV-UEK bereits mit der Zustellung an eines der bedeutenden elektronischen Medien, sofern sie innert drei Börsentagen nach Publikation im elektronischen Medium in mindestens zwei landesweit verbreiteten Zeitungen in deutscher und französischer Sprache vollständig veröffentlicht wird⁹.

Erfolgt nun die Publikation in den elektronischen Medien vor Börsenöffnung, wird der fragliche Börsentag für die Berechnung der drei Börsentage mitgezählt. Die Voranmeldung der Hexagon im öffentlichen Kaufangebot an die Aktionäre der Leica wurde am Montag, 13. Juni 2005 vor Börsenöffnung in den elektronischen Medien und am Donnerstag, 16. Juni 2005 in den Zeitungen veröffentlicht. Nach der genannten Berechnungsmethode erfolgte die vorliegende Veröffentlichung in den Zeitungen somit erst am vierten Börsentag nach Publikation in den elektronischen Medien. Dies führte dazu, dass die Voranmeldung ihre Wirkungen gemäss Art. 9 UEV-UEK erst am Datum der Veröffentlichung in den Zeitungen entfaltete¹⁰.

⁷ Empfehlung i.S. Leica vom 24. August 2005, E. 3.2.

⁸ Empfehlung i.S. Leica vom 24. August 2005, E. 3.3.

⁹ Vgl. statt vieler Empfehlung i.S. Berna Biotech AG vom 13. Dezember 2005, E. 1.1.

¹⁰ Empfehlung i.S. Leica vom 22. Juni 2005, E. 1.

Im Fall des öffentlichen Kaufangebots der Sumida Holding Germany GmbH (Sumida) an die Aktionäre der Saia-Burgess hatte die Sumida ihre Voranmeldung zwar innert der Frist von drei Börsentagen nach der Zustellung an die elektronischen Medien in den Zeitungen publiziert, die Publikation in den elektronischen Medien war jedoch nur in englischer Sprache erfolgt. Obschon die Art. 8 Abs. 2 UEV-UEK die Sprache, in der die Voranmeldung in den elektronischen Medien zu publizieren ist, nicht explizit erwähnt, ging die Übernahmekommission aufgrund der systematischen Stellung dieser Bestimmung ohne Weiteres davon aus, dass **auch die Publikation in den elektronischen Medien wie die Veröffentlichung in den Zeitungen in deutscher und französischer Sprache zu erfolgen habe**, um die Wirkungen von Art. 9 UEV-UEK zu entfalten¹¹. Dies führte dazu, dass diejenigen Wirkungen von Art. 9 UEV-UEK, welche den Beginn von Pflichten der Anbieterin markieren (Beginn Best Price Rule und Meldepflicht) bereits mit der englischen Publikation in den elektronischen Medien ausgelöst wurden, während die übrigen, im Interesse der Anbieterin liegenden Wirkungen (massgeblicher Zeitpunkt für Berechnung Mindestpreis, Beginn Pflichten der Zielgesellschaft) erst mit der Publikation der Voranmeldung in den Zeitungen einsetzten¹².

Bedingungen

Das in der Voranmeldung erstmals publizierte öffentliche Angebot der Sumida enthielt insgesamt **zehn Bedingungen**. Laut Übernahmekommission ist es **fraglich, ob** ein Angebot mit so vielen Bedingungen das **Erfordernis der Transparenz erfüllt**, und sie kündigte an, in Zukunft eine Vielzahl von Bedingungen restriktiv zu betrachten¹³.

In der Empfehlung zur Voranmeldung der Sumida stellte die Übernahmekommission sodann klar, dass so genannte **«Material Adverse Changes»-Klauseln** (MAC-Klauseln) **als auflösende Bedingungen unzulässig** sind. Das Risiko der Verschlechterung der wirtschaftlichen Substanz der Zielgesellschaft, die nicht auf Abwehrmassnahmen der Zielgesellschaft zurückzuführen seien, müssten von der Anbieterin getragen werden¹⁴.

11 Empfehlung I i.S. Saia-Burgess vom 15. Juli 2005, E. 1.3. Es ist allerdings zu beachten, dass Art. 8 Abs. 2 UEV-UEK überhaupt nicht die Veröffentlichung in den elektronischen Medien, sondern lediglich die Zustellung an mindestens eines dieser Medien verlangt, dies im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 1 UEV-UEK, der explizit die Veröffentlichung in den Zeitungen stipuliert (vgl. auch die analoge Bestimmung von Art. 18 UEV-UEK und dazu Empfehlung i. S. Leica vom 11. August 2005, E. 2.3).

12 Empfehlung I i. S. Saia-Burgess vom 15. Juli 2005, E. 1.4.

13 Empfehlung I i. S. Saia-Burgess vom 15. Juli 2005, E. 2.1.2.

14 Empfehlung I i. S. Saia-Burgess vom 15. Juli 2005, E. 2.8.4.

Ferner erachtete die Übernahmekommission die **Bedingung** im Angebot der Sumida, dass ihr eine marktübliche **Due Diligence-Prüfung gewährt werde**, als **unzulässig**, weil sie den Verwaltungsrat der Zielgesellschaft Saia-Burgess in ein unlösbares Dilemma bringe (gewährt der Verwaltungsrat die Prüfung, könnte Art. 717 OR (Sorgfalts- und Treuepflicht) verletzt werden, gewährt er die Prüfung nicht, könnte dies eine unzulässige Abwehrmassnahme gemäss Art. 29 Abs. 2 BEHG darstellen)¹⁵.

Im Prospekt des konkurrierenden öffentlichen Kaufangebots der Edelweiss Holdings ApS (Edelweiss) an die Aktionäre der Leica war eine MAC-Klausel als Bedingung enthalten, die vorsah, dass bis zum Ablauf des Kaufangebots keine ungünstigen Ereignisse eingetreten sind, welche, für sich alleine oder zusammen, nach Ansicht eines unabhängigen international angesehenen und von der Edelweiss ernannten Sachverständigen für die Zielgesellschaft wesentlich sind oder wahrscheinlich wesentlich sind. Dabei wurden die **Begriffe «wesentlich» bzw. «wahrscheinlich wesentlich» nicht durch Schwellenwerte näher definiert bzw. eingeschränkt**. Die Übernahmekommission beanstandete diese Bedingung nicht und erachtet sie somit implizit als zulässig¹⁶.

Die Edelweiss hatte ihr Angebot sodann unter die **Bedingung** gestellt, dass die **Zielgesellschaft** (Leica), die aufgrund des mit der Edelweiss abgeschlossenen Transaktionsvertrags als Person in gemeinsamer Absprache galt, **keine eigenen Aktien über dem Angebotspreis**, also in Verletzung der Best Price Rule erwirbt. Die Übernahmekommission erachtete diese Bedingung als **unzulässig**, weil sie ein Risiko in der Risikosphäre der Anbieterin abdeckte¹⁷.

Im Weiteren enthielt das Angebot der Edelweiss die **Bedingung**, dass die **Zielgesellschaft** (Leica) **keine Handlungen unternommen hat, welche gegen Art. 29 Abs. 2 und 3 BEHG verstossen**, mithin keine unzulässigen Abwehrmassnahmen vorgenommen hat. Die Übernahmekommission erklärte auch diese Bedingung als **unzulässig**, da die konkurrierende Anbieterin im Falle von unzulässigen Abwehrmassnahmen der Zielgesellschaft durch die Vorschriften des Börsengesetzes und der Übernahmeverordnung ausreichend geschützt sei¹⁸.

¹⁵ Empfehlung I i.S. Saia-Burgess vom 15. Juli 2005, E. 2.11.4.

¹⁶ Empfehlung i.S. Leica vom 9. August 2005, E. 7.5, Variante (a) der Bedingung b).

¹⁷ Empfehlung i.S. Leica vom 9. August 2005, E. 7.6.

¹⁸ Empfehlung i.S. Leica vom 9. August 2005, E. 7.8.

In der am 18. August 2005 publizierten Änderung ihres Angebots an die Aktionäre der Leica (Erhöhung des Barangebots und neu zusätzlich Angebot von Aktien der Anbieterin) führte die Hexagon unter anderem die **Bedingung** auf, dass sie **nicht dazu verpflichtet werde, ihr Angebot auf Personen auszudehnen, die nach den US Sales Restrictions vom Angebot ausgeschlossen sind**. Eine solche Bedingung ist nach Auffassung der Übernahmekommission **unzulässig**, da ein Anbieter sämtliche mit dem Kaufangebot verbundenen gesetzlichen Pflichten zu erfüllen habe und das Risiko der Verletzung dieser Pflichten nicht auf die Angebotsempfänger abwälzen dürfe¹⁹. Weitere von der Hexagon **in der Angebotsänderung neu aufgeführte Bedingungen** (namentlich Kapitalerhöhungsbeschluss der Generalversammlung der Hexagon, Eintrag der Kapitalerhöhung im schwedischen Gesellschaftsregisteramt und Kotierung der neu ausgegebenen Aktien an der Stockholmer Börse) wurden von der Übernahmekommission **akzeptiert**, weil sie die technische Realisierbarkeit der Angebotserhöhung bezweckten. Die Übernahmekommission machte jedoch klar, dass **im Fall des Nichteintritts dieser akzeptierten Bedingungen das ursprüngliche Angebot der Hexagon bestehen bliebe** und die Aktionäre ihre Aktien der Hexagon weiterhin zum ursprünglichen Angebotspreis andienen könnten²⁰.

Best Price Rule

In zwei Empfehlungen aus dem Jahr 2004 hatte die Übernahmekommission festgehalten, dass die **Best Price Rule bei Umtauschangeboten im Hinblick auf die Einführung einer Holdingstruktur** so zu verstehen sei, **dass der Anbieter während der Geltungsdauer der Best Price Rule Aktien der Zielgesellschaft nicht anders erwerben dürfe als durch Anbieten der eigenen Aktien gemäss einem Umtauschverhältnis, das für die Aktionäre nicht günstiger sei, als dasjenige im öffentlichen Angebot**. Der Anbieter dürfe namentlich den einzelnen Aktionären keine andere Ausstiegsmöglichkeit als den Umtausch mit eigenen Aktien anbieten, ansonsten den übrigen Aktionären diese Ausstiegsmöglichkeit ebenfalls anzubieten sei. Schliesslich fügte die Übernahmekommission an, dass **offen bleibe, ob diese Praxis künftig bei allen Tauschangeboten anzuwenden** sei²¹. Als die Edelweiss unter Hinweis auf die fraglichen Empfehlungen auch im geänderten Kauf- und Tauschangebot der Hexagon die «absolute Gleich-

¹⁹ Empfehlung i.S. Leica vom 24. August 2005, E. 1.2.3.3.

²⁰ Empfehlung i.S. Leica vom 24. August 2005, E. 1.2.3.1, 1.2.3.2, 1.3.1 und 1.3.2.

²¹ Empfehlungen i.S. Compagnie Industrielle et Commerciale du Gaz S.A. und i.S. Société du Gaz de la Plaine du Rhône S.A. je vom 29. September 2004, E. 7.

behandlung» der Aktionäre inner- und ausserhalb des Angebots während der Dauer der Best Price Rule verlangte, wies die Übernahmekommission das Begehren mit der Begründung ab, die **Erwägungen in den genannten Empfehlungen betreffen nur Holdingeinführungen**²². Offenbar gedenkt die Übernahmekommission nicht mehr, diese Praxis auf alle Tauschangebote auszudehnen.

Nach Praxis der Übernahmekommission **«floatet» der für die Best Price Rule relevante Best Price bei Tauschangeboten**, indem der Angebotspreis laufend den Kursänderungen der zum Tausch angebotenen Titel folgt. Fraglich war jeweils, was für die sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist gilt, während der die Best Price Rule ebenfalls noch anwendbar ist. **Ursprünglich** stellte sich die Übernahmekommission auf den Standpunkt, dass der Best Price **am Tag der Abwicklung** des Angebots für die sechsmonatige Frist nach Ablauf der Nachfrist **eingefroren** werde²³. Im Oktober 2003 präzisierte die Übernahmekommission ihre diesbezügliche Praxis und hielt fest, dass während dieser sechs Monate der volumengewichtete Durchschnittskurs des zum Tausch angebotenen Titels am letzten Tag der Nachfrist als Best-Price-Marke gelte²⁴. Ein Jahr später passte die Übernahmekommission ihre entsprechende Praxis in einem Spezialfall (die zum Umtausch offerierten Anlagefondsanteile wurden erst am Vortag der Abwicklung emittiert) an und stellte klar, dass sich der Best Price während der sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist nach dem Marktpreis des Umtauschtitels im Zeitpunkt der jeweiligen Transaktion richte²⁵. In ihrer Empfehlung i. S. Leica vom 22. September 2005 kehrte nun die Übernahmekommission zu ihrer **ursprünglichen Praxis** zurück, wonach der Best Price **am Tag des Vollzugs** des Angebots «eingefroren» werde²⁶.

Die Übernahmekommission stellte sodann in ihrer Empfehlung i.S. Leica vom 3. Oktober 2005 klar, dass der Anbieter bei einem Tausch- oder kombinierten Bar- und Tauschangebot **während der gesamten Geltungsdauer der Best Price Rule** den Aktionären auch ausserhalb des öffentlichen Angebots **eine Gegenleistung erbringen darf, die mit dem öffentlichen Angebot identisch ist**²⁷.

22 Empfehlung i. S. Leica vom 24. August 2005, E. 7.3.

23 Empfehlung i. S. Cementia Holding AG vom 27. Mai 2002, E. 5.

24 Empfehlung i. S. ABSOLUTE INVEST AG vom 17. Oktober 2003, E. 5.2.

25 Empfehlungen i. S. ZKB Pharma Vision AG, i. S. ZKB Finanz Vision AG und i. S. ZKB Axxess Vision AG, je vom 11. Oktober 2004, je E. 6.3.

26 Empfehlung i. S. Leica vom 22. September 2005, E. 2.3. Bestätigt in Empfehlung i. S. Berna Biotech vom 13. Dezember 2005, E. 5.2.

27 Empfehlung i. S. Leica vom 3. Oktober 2005, E. 2.4.

Nach Vollzug des öffentlichen Kaufangebots der Swiss Prime Site AG (SPS) an die Aktionäre der Maag Holding AG (Maag) stand die **Fusion** dieser beiden Gesellschaft an (**Absorption der Zielgesellschaft** Maag durch die Anbieterin SPS). Da die Fusion innerhalb der sechsmonatigen Frist nach Ablauf der Nachfrist stattfand, musste die **Best Price Rule eingehalten** werden. Im Kaufangebot hatte die SPS CHF 190.– pro Maag-Aktie offeriert. Im Rahmen der Fusion musste das Umtauschverhältnis somits zwecks Beachtung dieser Regel so gewählt werden, dass der Wert der pro Maag-Aktie umgetauschten SPS-Aktien nicht höher war als CHF 190.–. Dabei wurde der massgebliche Wert der SPS-Aktien in analoger Anwendung von Art. 37 Abs. 2 BEHV-EBK aufgrund des Durchschnitts der während der letzten 30 Börsentage vor Unterzeichnung des Fusionsvertrags ermittelten Eröffnungskurse bestimmt²⁸.

Handeln in gemeinsamer Absprache

Im konkurrierenden öffentlichen Kaufangebot der Edelweiss an die Aktionäre der Leica hatte die erste Anbieterin Hexagon geltend gemacht, ein Aktionär der Leica, welcher sich drei Tage vor Publikation des Angebots der Edelweiss verpflichtet hatte, Letzterer seine Leica-Aktien anzudienen, handle aufgrund dieser Vereinbarung in gemeinsamer Absprache mit der Edelweiss. Die Übernahmekommission verneinte dies. Die **blasse unwiderrufliche Verpflichtung zur Andienung von Aktien in einem öffentlichen Kaufangebot begründe als solches noch kein Handeln in gemeinsamer Absprache**²⁹. Diesen Grundsatz hatte die Übernahmekommission schon bisher implizit befolgt³⁰, jedoch in der Empfehlung zum Angebot der Edelweiss erstmals ausdrücklich festgehalten.

Zusätzliche Angaben bei Tauschangeboten

Art. 24 Abs. 3 UEV-UEK verlangt, dass bei einem Tauschangebot im Angebotsprospekt Angaben über bedeutende Veränderungen der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie der Geschäftsaussichten des Anbieters oder der Gesellschaft,

28 Empfehlung i. S. Maag vom 9. März 2005, E. 1.2.2.2.

29 Empfehlung i. S. Leica vom 9. August 2005, E. 4.2.3.

30 Empfehlung i. S. Alusuisse Group AG vom 18. August 2000, wo es die Übernahmekommission nicht beanstandete, dass die BZ Gruppe Holding Aktiengesellschaft, die BZ Bank AG und die Stillhalter Vision AG trotz einer Verpflichtung gegenüber der Anbieterin zur Andienung ihrer Alusuisse-Aktien, im Angebotsprospekt nicht als Personen in gemeinsamer Absprache aufgeführt waren.

deren Titel zum Umtausch angeboten werden, die seit dem letzten Jahres- oder Zwischenbericht eingetreten sind, aufgenommen werden.

In ihrer Empfehlung zum öffentlichen Kauf- und Tauschangebot der BVZ Holding AG an die Aktionäre der Gornergrat Bahn AG (GGB) kündigte die Übernahmekommission eine **Änderung ihrer Praxis** zu Art. 24 Abs. 3 UEV-UEK an. Demnach **gilt künftig die bereits für die Zielgesellschaft angewendete Praxis zur Berichterstattungspflicht auch für die Gesellschaft, deren Titel zum Tausch angeboten werden.** Wenn also der Bilanzstichtag des letzten veröffentlichten Jahres- oder Zwischenberichts der Gesellschaft, deren Titel zum Umtausch angeboten werden, bis Ende Angebotsfrist mehr als sechs Monate zurückliegt, muss der Anbieter oder die Gesellschaft, deren Titel zum Umtausch angeboten werden, einen aktuellen Zwischenabschluss erstellen und veröffentlichen. Sind seit dem Stichtag des letzten publizierten Abschlusses weniger als sechs Monate vergangen, genügen Angaben im Prospekt über bedeutende Veränderungen der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage sowie der Geschäftsaussichten der Anbieterin oder der Gesellschaft, deren Titel zum Tausch angeboten werden³¹.

Im Weiteren hielt die Übernahmekommission mit Bezug auf das geänderte Kauf- und Tauschangebot der Hexagon fest, dass die Auswirkungen der Übernahme der Zielgesellschaft auf die Bilanz des Anbieters gemäss ihrer bisherigen ständigen Praxis zu Art. 24 Abs. 3 UEV-UEK nicht notwendiger Bestandteil des Angebotsprospekts seien. Es stelle sich jedoch die Frage, ob diese Praxis bei künftigen Tauschangeboten aufrechterhalten werden soll³².

Finanzierung

Unter dem Titel «Finanzierung» hielt die Edelweiss in ihrem Angebotsprospekt fest, die Danaher Gruppe (zu welcher die Edelweiss gehört) beabsichtige «die Finanzierung des Angebots durch verfügbares Bargeld, Darlehen unter ihren Kreditfazilitäten oder freien Kreditlinien oder durch die Begründung eines Programms mit Geldmarktpapieren oder über die Kapitalmärkte oder durch eine Kombination davon». Die Übernahmekommission erachtete diese Angaben als zu wenig bestimmt und aussagelos und verlangte eine Präzisierung³³.

31 Empfehlung i.S. GGB vom 28. Juni 2005, E. 7.4. Bestätigt in Empfehlung i.S. Berna Biotech AG vom 13. Dezember 2005, E. 7.2.

32 Empfehlung i.S. Leica vom 24. August 2005, E. 5.4.

33 Empfehlung i.S. Leica vom 9. August 2005, E. 8.2.

Unabhängigkeit der Prüfstelle

Laut der Übernahmekommission ist die Prüfstelle in gewissem Sinne ihr verlängerter Arm, weshalb an deren Unabhängigkeit hohe Anforderungen zu stellen seien. Dabei geht es einerseits um die **Unabhängigkeit in tatsächlicher Hinsicht als auch** um die **Unabhängigkeit dem Anschein nach**³⁴. Im Fall Saia-Burgess war die Ernst & Young AG als Berater für die erste Anbieterin Sumida tätig und übernahm später auch das Mandat als Prüfstelle für das Konkurrenzangebot der Gatebrook Ltd., einer Tochtergesellschaft der Johnson Electric Holdings Limited (Gatebrook). Laut Übernahmekommission **kompromittierte die Beratertätigkeit der Prüfstelle im ersten Angebot deren Unabhängigkeit im zweiten Angebot**. Die Ernst & Young AG hatte zwar die beiden Mandate durch personell und geografisch getrennte Abteilungen abgewickelt, mithin so genannte **Chinesische Walls** zwischen diesen Abteilungen eingerichtet. Diese Massnahme erachtet die Übernahmekommission jedoch als **unbehelflich**, da sie **von aussen nicht überprüfbar** sei und somit jedenfalls die Unabhängigkeit dem Anschein nach immer noch verletzt sei³⁵.

Verwaltungsratsbericht der Zielgesellschaft

Art. 29 Abs. 1 BEHG schreibt dem Verwaltungsrat der Zielgesellschaft vor, in einem an die Inhaber von Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft gerichteten Bericht zum öffentlichen Kaufangebot Stellung zu nehmen. Gemäss Art. 29 Abs. 3 UEV-UEK kann der Bericht empfehlen, das Angebot anzunehmen oder es zurückzuweisen; er kann aber auch die Vor- und Nachteile des Angebots darlegen, ohne eine Empfehlung abzugeben³⁶. Nachdem im öffentlichen Kaufangebot der Diperdana Holdings Berhad an die Aktionäre der Pelikan Holding AG (Pelikan) die von der Pelikan mit der Erstellung eines Bewertungsgutachtens beauftragte Revisionsgesellschaft zum Schluss kam, dass das Angebot aus finanzieller Sicht unangemessen sei, entschied sich der Verwaltungsrat, in seinem Bericht keine Empfehlung abzugeben. Stattdessen **zählte er diverse Vorteile der Transaktion auf und verwies betreffend die Nachteile lediglich auf das Gutachten der beauftragten Revisionsgesellschaft**. Die Übernahmekommission erachtete damit die Vor-

34 Empfehlung VII i.S. Saia-Burgess vom 8. September 2005, E. 8.1.

35 Empfehlung VII i.S. Saia-Burgess vom 8. September 2005, E. 8.4.

36 Art. 29 Abs. 3 UEV-UEK.

aussetzungen von Art. 29 Abs. 1 BEHG i.V.m. Art. 29 Abs. 3 UEV-UEK als erfüllt³⁷.

Abwehrmassnahmen

Art. 29 Abs. 2 BEHG untersagt es dem Verwaltungsrat der Zielgesellschaft, nach Publikation eines öffentlichen Kaufangebots bis zur Bekanntgabe des Ergebnisses Rechtsgeschäfte zu beschliessen, mit denen der Aktiv- oder Passivbestand der Zielgesellschaft in bedeutender Weise verändert würde. Die Übernahmeverordnung **unterscheidet zwischen gesetzwidrigen** (Art. 35 UEV-UEK) **und unzulässigen** (Art. 36 UEV-UEK) **Abwehrmassnahmen** des Verwaltungsrats einer Zielgesellschaft. Unter gesetzwidrigen Abwehrmassnahmen sind Rechtsgeschäfte gemeint, mit denen gemäss Art. 29 Abs. 2 BEHG der Aktiv- oder Passivbestand der Gesellschaft in bedeutender Weise verändert würde. Unter unzulässigen Abwehrmassnahmen sind Massnahmen gemeint, welche offensichtlich das Gesellschaftsrecht verletzen.

Bedeutende Veränderung des Aktiv- und Passivbestands als gesetzwidrige Abwehrmassnahme/Hauptgegenstand des Angebots

Ab Veröffentlichung des Angebots darf der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft insbesondere weder (i) Betriebsteile mit einem Wert oder zu einem Preis von mehr als 10% der Bilanzsumme verkaufen oder erwerben noch (ii) Betriebsteile oder immaterielle Werte verkaufen oder belasten, welche zum Hauptgegenstand der Offerte zählen und vom Anbieter als solcher bezeichnet werden³⁸.

Die Hexagon bezeichnete in ihrem Prospekt zum Angebot an die Aktionäre der Leica **sämtliche** im Geschäftsbericht der Leica aufgeführten **Geschäftsbereiche** dieser Gesellschaft **als Hauptgegenstand** des Angebots. Die Übernahmekommission erachtete dies als **unzulässig** und verlangte von der Anbieterin, entweder auf die Bezeichnung eines Hauptgegenstandes zu verzichten oder diesen einzuschränken³⁹.

Hinsichtlich des Geschäftsbereichs «Industrielle Messtechnik» hatte die Leica einen internen strategischen Verkaufsentscheid gefällt. Die Leica stellte sich auf

37 Empfehlung i.S. Pelikan vom 4. März 2005, E. 6.3.2, 6.3.3.

38 Art. 35 Abs. 2 lit. a und b UEV-UEK.

39 Empfehlung vom 22. Juni 2005 i.S. Leica, E. 2.3.

den Standpunkt, dass dieser Entscheid auch während des Angebots der Hexagon vollzogen werden dürfe, da er vor Publikation des Angebots gefasst worden sei. Die Übernahmekommission verwarf diese Auffassung unter Verweisung auf die Doktrin und hielt fest, dass das **Handlungsverbot des Verwaltungsrats auch die Umsetzung von Beschlüssen betreffe, die dieser vor Publikation des Angebots gefasst habe**. Von diesem Grundsatz sei allenfalls dann **abzuweichen, wenn bereits auf dem Beschluss basierende, gegen aussen wirksame Rechtshandlungen vorgenommen** worden seien (z.B. Vertragsverhandlungen, Auktionseinleitung) und ein Abbruch Schadenersatzforderungen gegen die Gesellschaft begründen könne oder diese einem Reputationsschaden aussetzen würde⁴⁰.

Ein solcher Fall war beim öffentlichen Kaufangebot der Sika AG an die Aktionäre der Sarna Kunststoff Holding AG (Sarna) gegeben. Hier hatte der Verwaltungsrat den Beschluss zum Verkauf der Sarnamotive Divisionen im Dezember 2004 publik gemacht, und im Zeitpunkt der Voranmeldung des Angebots am 12. September 2005 stand die Desinvestition kurz vor dem Abschluss. Ein Abbruch der Verhandlungen hätte zu einer Schadenersatzpflicht der Zielgesellschaft führen können. Unter diesen Umständen erachtete die Übernahmekommission den Vollzug des Verkaufs der Sarnamotive Divisionen nicht als gesetzwidrige Abwehrmassnahme⁴¹.

Verletzung der aktienrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht als unzulässige Abwehrmassnahme

Die Frage, welche Abwehrmassnahmen offensichtlich das Gesellschaftsrecht verletzen, mithin unzulässig sind, wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet. Für einen Teil der Lehre fallen nur Massnahmen darunter, welche gemäss Art. 706b OR nichtig wären (Verstösse gegen die Grundstruktur der AG oder gegen den Kapitalschutz). Ein anderer Teil der Lehre erachtet auch nach Art. 706 OR bloss anfechtbare Massnahmen als offensichtliche Verletzung des Gesellschaftsrechts im Sinne von Art. 36 UEV-UEK⁴². Nach dieser zweiten Lehrmeinung könnte insbesondere auch ein Verhalten des Verwaltungsrats als gemäss Art. 36 UEV-UEK unzulässige Abwehrmassnahme qualifiziert werden, das das Gleichbehandlungsgebot oder die Treue- und Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 OR verletzt und aus gesellschaftsrechtlicher Sicht bloss anfechtbar wäre. Die Übernahmekommission stellte sich in ihrer Empfehlung vom 23. August 2005 auf den Standpunkt, **eine Verlet-**

40 Empfehlung vom 22. Juni 2005 i.S. Leica, E. 2.5.

41 Empfehlung i.S. Sarna, E. 6.4.

42 Vgl. eine Übersicht über die Lehrmeinungen in Empfehlung V i.S. Saia-Burgess vom 23. August 2005, E. 1.3.2.

zung von Art. 717 OR könne eine unzulässige Abwehrmassnahme nach Art. 36 UEV-UEK darstellen. Dabei spiele es im Gegensatz zu den gesetzwidrigen Abwehrmassnahmen gemäss Art. 35 UEV-UEK **keine Rolle, ob diese Verletzung vor oder nach der Publikation des Angebots erfolgt sei**⁴³. Im Fall Saia-Burgess waren in diesem Zusammenhang **Ergänzungen der Arbeitsverträge der Gruppenleitungsmitglieder der Zielgesellschaft** zu beurteilen, welche kurz vor Publikation des Angebots der Sumida vorgenommen worden waren. Diese Ergänzungen sahen u.a. die **Verlängerung der Kündigungsfristen** von 12 auf 24 Monate und das **Recht** der Gruppenleitungsmitglieder vor, nach der (durch den Arbeitnehmer oder den Arbeitgeber vorgenommenen) Kündigung die **Freistellung zu verlangen**, wobei das Konkurrenzverbot aufgehoben worden wäre. Aufgrund dieser Ergänzungen ergaben sich theoretisch mögliche Maximalmehrkosten für die Zielgesellschaft von ca. CHF 8,3 Mio. Die Vertragsergänzungen sollten für ein Jahr nach Entstehen der Offenlegungspflicht einer Beteiligung, dem Entstehen einer Angebotspflicht oder dem definitiven Zustandekommen eines öffentlichen Kaufangebots, längstens aber bis zum 30. Juni 2007 dauern. Falls keiner der drei genannten Fälle eintreffen sollte, galten die Ergänzungen bis zum 30. Juni 2006. Die Übernahmekommission hielt in ihrer Empfehlung vom 23. August 2005 fest, diese **Vertragsergänzungen dienten eindeutig den Interessen der Geschäftsleitungsmitglieder und nicht den Gesellschaftsinteressen**. Die Vertragsergänzungen verletzten offensichtlich das Gesellschaftsinteresse, mithin Art. 717 OR und seien damit eine **unzulässige Abwehrmassnahme nach Art. 36 UEV-UEK**⁴⁴. Die Saia-Burgess lehnte die Empfehlung ab, worauf die Übernahmekammer der EBK entscheiden musste. Diese bestätigte in ihrer Verfügung vom 19. September 2005 die Empfehlung der Übernahmekommission. Dabei verwies sie auf die Begründung der Übernahmekommission und zusätzlich auf die Chronologie der Ereignisse, welche zeige, dass die Vertragsergänzungen vor allem im Hinblick auf das feindliche Angebot der Sumida vorgenommen worden seien⁴⁵.

Aktienrückkauf

Auch der **Erwerb eigener Aktien kann eine gesetzwidrige Abwehrmassnahme des Verwaltungsrats der Zielgesellschaft darstellen**, sofern dieser Erwerb nach Publikation des Angebots bis zur Bekanntgabe des Ergebnisses auf-

43 Empfehlung V i. S. Saia-Burgess vom 23. August 2005, E. 1.3.2, 1.3.3.

44 Empfehlung V i. S. Saia-Burgess vom 23. August 2005, E. 1.3.3, 1.3.4 und 1.3.5.

45 Verfügung der Übernahmekammer der EBK i.S. Saia-Burgess vom 19. September 2005, insbesondere Rz. 39 und 42.

grund eines Beschlusses des Verwaltungsrats durchgeführt wird. Der Verwaltungsrat der Leica hatte nach Publikation des Angebots der Hexagon die Öffentlichkeit mittels Medienmitteilung und an einer Medienkonferenz darüber informiert, dass er beabsichtige, einen Aktienrückkauf im Umfang von bis zu 10% des Kapitals durchzuführen, falls die Leica unabhängig bleibe. Eine solche **öffentlich angekündigte Absicht zur Durchführung eines Aktienrückkaufs** stellt ein **öffentliches Kaufangebot** im Sinne von Art. 2 lit. e BEHG dar⁴⁶. Da aufgrund der Bedingung der Unabhängigkeit der Leica das Rückkaufangebot nur durchgeführt worden wäre, wenn das Angebot der Hexagon nicht zustande gekommen wäre, erachtete die Übernahmekommission die Ankündigung des Aktienrückkaufs durch den Verwaltungsrat der Leica nicht als unzulässige Abwehrmassnahme. Nachdem jedoch die Ankündigung als Reaktion auf das Angebot der Hexagon erfolgte und deshalb praktisch ein konkurrierendes Kaufangebot darstellte, verlangte die Übernahmekommission vom Verwaltungsrat der Leica, **im Verwaltungsratsbericht** zum Angebot der Hexagon **detaillierte Angaben zum angekündigten Aktienrückkauf zu machen** (Angaben zu Art und Umfang des Rückkaufs, zum Vorgehen bei Überangebot von Annahmeerklärungen, zum Angebotspreis, zur Verwendung der zurückgekauften Titel und zum approximativen Zeitplan des Rückkaufs)⁴⁷. Im Weiteren hielt die Übernahmekommission fest, dass der Beginn des Aktienrückkaufprogramms verbindlich festzulegen sei, wobei es spätestens sechs Wochen nach dem definitiven Nichtzustandekommen des Angebots der Hexagon gestartet werden müsse⁴⁸.

Akteneinsicht in Transaktionsmeldungen

Nach Art. 37 Abs. 1 UEV-UEK muss der Anbieter bei einem öffentlichen Kaufangebot der Übernahmekommission und der Börse ab Publikation des Angebots bis zum Ende der Nachfrist alle von ihm getätigten Transaktionen in Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft melden. Die Leica stellte bei der Übernahmekommission ein Gesuch auf Akteneinsicht in die laufenden Transaktionsmeldungen der Anbieterinnen gemäss Art. 37 ff. UEV-UEK. Die Übernahmekommission bestätigte, dass die **Transaktionsmeldungen des Anbieters (nicht aber diejenigen**

46 Empfehlung vom 7. Juli 2005 i.S. Leica, E. 9.5.1.2.

47 Empfehlung i.S. Leica vom 7. Juli 2005, E. 9.5.1.; Empfehlung i.S. Leica vom 20. Juli 2005, E. 1.4.2.1; vgl. auch Empfehlung IV i.S. Saia-Burgess vom 15. August 2005, E. 1.2.4.2; Mitteilung Nr. 1 der Übernahmekommission vom 28. März 2000.

48 Empfehlung i.S. Leica vom 20. Juli 2005, E. 1.4.1.4.

von meldepflichtigen Aktionären) der Akteneinsicht durch die Zielgesellschaft unterliegen, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen⁴⁹.

Überbinden von Transaktionskosten auf Zielgesellschaft

Vereinbart die Zielgesellschaft mit einem Anbieter die Überbindung von Transaktionskosten des Anbieters auf die Zielgesellschaft, stellt sich u. a. die **Frage der Gleichbehandlung der Anbieter⁵⁰**. Die Problematik ergäbe sich insbesondere, wenn ein Konkurrenzanbieter eine Offerte unterbreitet oder der Erstanbieter sein Angebot erhöht, ohne dass sich die Zielgesellschaft diesem gegenüber zur gleichen Kostenübernahme verpflichten würde⁵¹. Im Fall des Angebots von Gatebrook an die Aktionäre der Saia-Burgess hatte sich Saia-Burgess verpflichtet, Gatebrook einen Teil der Kosten für das Kaufangebot im Umfang von CHF 2 Mio. (entsprechend 0,29% der Transaktionssumme) zu bezahlen, wenn das Angebot aus von der Anbieterin nicht zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden kann, obwohl es das Angebot mit dem höchsten Preis war. Darin erblickte die Übernahmekommission keine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieter⁵².

In den Fällen Forbo und Berna Biotech AG (Berna Biotech), wo jeweils ebenfalls eine Kostenübernahme vereinbart wurde, betonte die Übernahmekommission die Bedeutung der Wahlfreiheit der Aktionäre beim Entscheid über die Annahme oder Ablehnung eines Angebots. Aus diesem Grunde gehe es nicht an, eine Wahlmöglichkeit von vornherein mit Nachteilen zu versehen. Durch den Abschluss von Kostenübernahmevereinbarungen zwischen der Zielgesellschaft und einem Anbieter, **flössen bei Nichtzustandekommen des fraglichen Angebots Mittel aus der Zielgesellschaft ab, was zu einer entsprechenden Entwertung der Anteile führe. Das könne die Wahlfreiheit der Aktionäre beschränken.** Angesichts der im Vergleich zur gesamten Transaktionssumme geringen Höhe der Entschädigung (CHF 800 000.– oder 0,12% der Transaktionssumme im Fall Forbo und CHF 3,5 Mio. oder 0,6% der Transaktionssumme im Fall Berna Biotech) erachtete die Übernahmekommission die Kostenübernahmevereinbarung jedoch in beiden Fällen als zulässig⁵³.

49 Empfehlung i. S. Leica vom 3. August 2005, E. 3.

50 Art. 48 UEV-UEK.

51 Empfehlung VII i. S. Saia-Burgess vom 8. September 2005, E. 7.2; Empfehlung i. S. Forbo vom 7. März 2005, E. 8.

52 Empfehlung VII i. S. Saia-Burgess vom 8. September 2005, E. 7.2.

53 Empfehlung i. S. Forbo vom 7. März 2005, E. 8.2; Empfehlung i. S. Berna Biotech vom 13. Dezember 2005, E. 8.2.

Karenzfrist

Gemäss Art. 14 Abs. 1 UEV-UEK kann ein öffentliches Kaufangebot in der Regel frühestens nach einer Karenzfrist von zehn Börsentagen nach seiner Veröffentlichung angenommen werden. Im Kaufangebot der Sumida an die Aktionäre der Saia-Burgess war die Rechtswirksamkeit einer zentralen Angebotsbedingung (Gewährung einer Due Diligence-Prüfung) zufolge teilweiser Ablehnung der Empfehlung durch die Sumida noch offen. Die Angebotsempfänger hätten daher bei Anwendung einer zehntägigen Karenzfrist über ein Angebot entscheiden müssen, dessen Rechtmässigkeit ungewiss ist, was das Transparenzgebot verletzt hätte. In der Empfehlung vom 27. Juli 2005 verlängerte daher die Übernahmekommission die Karenzfrist bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides zur Zulässigkeit der fraglichen Bedingung⁵⁴.

Nachfrist

Auf entsprechendes Gesuch der Anbieterin im Fall Pelikan bewilligte die Übernahmekommission eine Verlängerung der Nachfrist von 10 auf 15 Tage, da diese Verlängerung im Interesse der Aktionäre lag und überdies nur wenige Tage betrug⁵⁵.

Chancen und Risiken

Die insgesamt 46 Empfehlungen im übernahmerechtlichen Jahr 2005 brachten Antworten aus Sicht der Übernahmekommission zu diversen bisher noch nicht behandelten Rechtsfragen. Dies hat wesentlich zur Rechtssicherheit beigetragen. Die Fülle der behandelten Angebote und Anträge führte jedoch auch dazu, dass in einzelnen Fällen von einer als bewährt erachteten Praxis abgewichen wurde. Hier gilt es, die Entwicklung in künftigen Fällen abzuwarten.

⁵⁴ Empfehlung II i. S. Saia-Burgess vom 27. Juli 2005, E. 1. Nachdem die Sumida die Ablehnung der Empfehlung I zurückgezogen hatte, wurde die Verlängerung der Karenzfrist infällig (Empfehlung III i. S. Saia-Burgess vom 3. August 2005, E. 13).

⁵⁵ Empfehlung i. S. Pelikan vom 4. März 2005, E. 9.3.

Anwendung der börsenrechtlichen «Squeeze out»-Regelung auf eine nicht börsenkotierte Gesellschaft

Christian Eich

Ausgangslage

Die an der SWX kotierte Mövenpick-Holding (Mövenpick) entschloss sich dazu, sich von Immobilien und gewissen anderen nicht betriebsnotwendigen Aktiven sowie bestimmten Passiven und nicht bilanzierbaren Vermögenswerten (Immobilien-geschäft) zu trennen. Ein Kauf des Immobiliengeschäfts durch die Hauptaktionärin der Mövenpick, die Carlton-Holding AG (Carlton), kam aufgrund der damit verbundenen negativen Steuerfolgen nicht in Frage, so dass die Transaktion folgendermassen durchgeführt wurde:

- Überführung des Immobiliengeschäfts auf die neu gegründete Tochtergesellschaft Clair Finanz Holding AG (Clair);
- Ausschüttung der Aktien der Clair an die Aktionäre der Mövenpick als Sachdividende (Abspaltung);
- Öffentliches Bar-Kaufangebot der Carlton an die übrigen Aktionäre der Clair für die als Sachdividende ausgeschütteten Aktien der Clair unmittelbar nach der Abspaltung;
- Klage beim Kantonsgericht Zug der Carlton gegen Clair auf Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere der Clair gemäss Art. 33 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG).

Zur Durchsetzung der allgemeinen Zielsetzungen des BEHG (Anlegerschutz und Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte) hat sowohl die Übernahmekommission (UEK) als auch das Kantonsgericht Zug auf den vorliegenden Sachverhalt, entgegen dem klaren Wortlaut des BEHG, dessen Art. 22 (Geltungsbereich) und 33 (Kraftloserklärung) für anwendbar erklärt. Nachfolgend wird auf diese funktionale Ausdehnung des Anwendungsbereichs des BEHG sowie auf die damit verbundenen Chancen und Risiken eingegangen.

Öffentliches Kaufangebot

Gemäss Art. 22 Abs. 1 BEHG finden die Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote Anwendung auf öffentliche Kaufangebote für Beteiligungen an schweizerischen Gesellschaften, deren Beteiligungen mindestens teilweise an einer Börse in der Schweiz kotiert sind. Obwohl die Beteiligungspapiere der Clair (in casu Namen- und Inhaberaktien) zu keinem Zeitpunkt an einer Börse in der Schweiz ganz oder teilweise kotiert waren, hatte die UEK in ihrer Empfehlung vom 31. März 2004 festgehalten, dass die börsenrechtlichen Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote auf das Kaufangebot der Carlton für Aktien der Clair analog anwendbar waren.

Die UEK begründet ihre Empfehlung in Ausfüllung einer echten Gesetzeslücke¹: Die Abspaltung eines Teils einer börsennotierten Gesellschaft, die Übertragung dieses Teils auf eine neu gegründete nicht börsennotierte Gesellschaft und das unmittelbar danach gemachte öffentliche Kaufangebot an die Aktionäre dieser neu gegründeten nicht börsennotierten Gesellschaft (deren Aktionäre mit denjenigen der börsennotierten Gesellschaft identisch sind) entsprechen **als Gesamttransaktion betrachtet teleologisch einem öffentlichen Kaufangebot** an die Aktionäre der Mövenpick. Mit anderen Worten: Auch wenn formell die nicht börsennotierten Aktien der abgespaltenen Clair Gegenstand des Angebots waren, entspricht die vorliegende Transaktion materiell einem öffentlichen Teilangebot für die börsennotierten Aktien der Mövenpick.

Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere (Squeeze out)

Gemäss Art. 33 Abs. 1 BEHG kann der Anbieter, wenn er nach Ablauf der Angebotsfrist über mehr als 98% der Stimmrechte der Zielgesellschaft verfügt, binnen einer Frist von drei Monaten vom Richter verlangen, die restlichen Beteiligungspapiere für kraftlos zu erklären. Der Anbieter muss zu diesem Zweck gegen die Gesellschaft Klage erheben. Da der Kraftloserklärung ein öffentliches Kaufangebot im Sinne von Art. 22 ff. BEHG vorauszugehen hat, ist Art. 33 BEHG nur auf schweizerische Zielgesellschaften, deren Beteiligungen mindestens teilweise an einer Börse in der Schweiz kotiert sind, anwendbar². Trotz Fehlen dieser (letzten) Voraus-

1 Empfehlung UEK i.S. Clair Finanz Holding AG vom 31. März 2004, E. 1.3.5.

2 Vgl. obige Ausführungen zu Art. 22 Abs. 1 BEHG.

setzung wurde die Klage der Carlton, welche nach Ablauf der Angebotsfrist über 98,05% der Stimmrechte der Clair verfügte, gutgeheissen³.

Das Kantonsgericht Zug begründete seinen Entscheid im Wesentlichen folgendermassen: «Nachdem das Kaufangebot der Klägerin für die nichtkotierten Aktien der Beklagten den börsengesetzlichen Bestimmungen unterstellt wurde, ist es **sachgerecht**, dass die Klägerin bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch die restlichen sich im Publikum befindlichen Beteiligungspapiere der Beklagten nach Art. 33 BEHG kraftlos erklären lassen kann⁴.» Damit anerkannte das Gericht die Argumente der Carlton, dass ihr bei einer Abweisung der Klage nur die Pflichten, nicht aber die Rechte nach BEHG zukämen.

Chancen und Risiken

Als tragende Prinzipien der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote gelten die **Grundsätze der Transparenz, der Lauterkeit und der Gleichbehandlung** sowie, als besonderer Zweck, auch der Schutz der Minderheitsaktionäre⁵. Soweit der vorliegende nicht im Gesetz geregelte Sachverhalt materiell einem öffentlichen Kaufangebot für börsenkotierte Beteiligungspapiere entspricht, ist der Empfehlung der UEK zuzustimmen, da es der Übernehmer sonst in der Hand hätte, mittels geeigneter Abspaltung, transparente und faire Bedingungen für öffentliche Kaufangebote auszuhebeln. Aufgrund der Auslegung «*praeter verba, sed secundum rationem legis*» besteht dagegen das Risiko, dass über die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BEHG je nach Sachverhalt nicht im Voraus Klarheit besteht.

Dass sich das Kantonsgericht Zug den Anträgen der Carlton anschloss, obwohl es nicht an die Begründung der UEK gebunden war, ist aus Sicht der Hauptaktionärin zu begrüssen. Aufgrund der damit verbundenen formellen privatrechtlichen Entzignung der an sich unentziehbaren Mitgliedschaft⁶, besteht für den Minderheitsaktionär das Risiko eines schweren Eingriffs in seine Rechte. Da ein solcher Eingriff zurückhaltend und nur aufgrund von klaren gesetzlichen Grundlagen erfolgen sollte, ist davon auszugehen, dass die Anwendung der Squeeze out-Regelung auf eine nicht börsenkotierte Zielgesellschaft nur in sehr wenigen Fällen gerechtfertigt ist.

3 Vgl. Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 6. Januar 2005 i.S. Carlton-Holding AG c. Clair Finanz Holding AG; zitiert in: AJP 4/2005, S. 496 ff.

4 Vgl. Fussnote 3, E. 2.

5 Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. Februar 1993, Sonderdruck, S. 21.

6 Vgl. Reto Schildknecht, Basler Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel, Genf und München 1999, Art. 33 BEHG N 3.

Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Technologierecht

Die KMU-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission

Adrian von Riedmatten

Ausgangslage

Gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. e des Kartellgesetzes (KG) kann die Wettbewerbskommission (Weko) in Bekanntmachungen umschreiben, unter welchen Voraussetzungen Abreden, welche einerseits bezwecken, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern, und die andererseits nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen, aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz kartellrechtlich zulässig sind. Am 19. Dezember 2005 hat die Weko die verbindliche Schlussfassung ihrer KMU-Bekanntmachung verabschiedet¹. Auf diesem Weg soll festgelegt werden, wann zwischen Betrieben getroffene Abreden, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, auch unter dem verschärften Kartellgesetz unproblematisch sind².

Die Weko erachtet Wettbewerbsabreden in der Regel nach Art. 5 KG als zulässig, wenn sie im Dienste einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen stehen und ihnen nur eine beschränkte Marktwirkung zukommt. Die Weko hat nun in der Bekanntmachung die Kriterien **«Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit»** und **«beschränkte Marktwirkung»** konkretisiert. Zudem enthält die Bekanntmachung eine Spezialregel für Kleinstunternehmen.

Zulässigkeitskriterien für Wettbewerbsabreden

Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit

Eine Wettbewerbsabrede dient in der Regel der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, wenn sie durch leistungssteigernde oder innovationsfördernde Mass-

1 Die Weko hatte bereits am 22. November 2004 einen ersten Entwurf der Bekanntmachung zur Vernehmlassung veröffentlicht. Dieser sah nicht nur für kleine Unternehmen, sondern auch für mittlere Betriebe Personal- und Umsatzzschwellenwerte vor. In den Vernehmlassungsantworten wurden vor allem die für mittlere Betriebe vorgesehenen maximalen Grössen von 10 bis 50 Beschäftigten und Jahresumsätze zwischen CHF 2 Mio. und 10 Mio. kritisiert (vgl. hierzu auch Chancen und Risiken 2004/2005, S. 109). Entsprechend hat die Weko die Regelung angepasst.

2 Vgl. dazu Medienmitteilung der Weko vom 22. Dezember 2005.

nahmen Grössen- oder Verbundvorteile ermöglicht oder wenn sie Verkaufsanreize für die nachgelagerte Stufe schafft und sie hierzu notwendig ist³.

Dies ist besonders dann erfüllt, wenn sich die Verbesserung auf die Bereiche Produktion, Forschung und Entwicklung, Finanzierung, Verwaltung und Rechnungswesen, Werbung und Marketing, Einkauf, Vertrieb und Logistik sowie auf den Markteintritt von Produkten oder Unternehmen bezieht⁴.

Beschränkte Marktwirkung

In der Regel weisen Wettbewerbsabreden eine beschränkte Marktwirkung auf, wenn die gemeinsamen Marktanteile von an einer horizontalen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen auf keinem der von der Abrede betroffenen Märkte 10% überschreiten. Bei vertikalen Wettbewerbsabreden, insbesondere Vertriebsabreden, dürfen die von jedem beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile 15% nicht überschreiten⁵. Verpönt bleiben aber auf jeden Fall die so genannten harten Kartellabsprachen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, d. h. horizontale Abreden betreffend Preise, Gebiete und Mengen und solche vertikaler Natur über die Festsetzung von Mindest- und Festpreisen sowie Vertriebsverträge über die Zuweisung von Gebieten unter Ausschluss von Verkäufen in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner⁶.

Abreden zwischen Kleinstunternehmen

Der Begriff «Kleinstunternehmen» umfasst alle Betriebe mit weniger als zehn Mitarbeitern und einem Jahresumsatz bis zu CHF 2 Mio.⁷ Wettbewerbsabreden zwischen Kleinstunternehmen sind in der Regel unerheblich, sofern sie keine harten Absprachen im erwähnten Sinne zum Gegenstand haben⁸.

3 Ziff. 2 (1) der Bekanntmachung.

4 Ziff. 2 (2) der Bekanntmachung.

5 Ziff. 3 (1) der Bekanntmachung.

6 Ziff. 3 (2) der Bekanntmachung.

7 Ziff. 4 der Bekanntmachung.

8 Ziff. 5 der Bekanntmachung.

Verzicht auf Verfahrenseröffnung

Zeigt sich bei einer Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG, dass an Wettbewerbsabreden ausschliesslich Kleinstunternehmen beteiligt oder die beiden Kriterien «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit» und «beschränkte Marktwirkung» erfüllt sind und es sich nicht um so genannte harte Absprachen handelt, sieht die Weko normalerweise von einer Verfahrenseröffnung ab. Von einem solchen Entscheid unberührt bleibt das Recht Dritter, bei der Weko eine Anzeige wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens einzureichen oder zivilrechtliche Ansprüche geltend zu machen.

Wenn aber Anhaltspunkte bestehen, dass die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, d.h. wenn wahrscheinlich weder ausschliesslich Kleinstunternehmen beteiligt noch die beiden Kriterien eingehalten sind, eröffnet die Weko eine Untersuchung.

Chancen und Risiken

Die KMU-Bekanntmachung erhöht die Rechtssicherheit für Kleinstunternehmen. Wer weniger als zehn Mitarbeiter beschäftigt und höchstens CHF 2 Mio. Jahresumsatz erreicht, braucht in Zukunft kaum zu befürchten, dass Abreden allenfalls gegen das Wettbewerbsrecht verstossen könnten, sofern diese keine harten Absprachen wie Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben.

Für alle übrigen Unternehmen gilt – immer unter Vorbehalt des Verbots harter Absprachen – der Grundsatz, dass horizontale wettbewerbsbehindernde Abreden zulässig sind, wenn die gemeinsamen Marktanteile 10% nicht erreichen. Im vertikalen Verhältnis darf der Anteil von keinem beteiligten Unternehmen höher als 15% sein. Zusätzlich muss der Nachweis erbracht werden können, dass die Abrede zu einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit führt. Namentlich das letzte Erfordernis dürfte in vielen Fällen mit Unwägbarkeiten verbunden sein.

Eine weitere Unsicherheit liegt darin begründet, dass die Weko die KMU-Bekanntmachung in spätestens 2 Jahren überprüfen wird. Es ist vorderhand nicht absehbar, ob und inwieweit zu jenem Zeitpunkt aufgrund der gemachten Erfahrungen die Bekanntmachung geändert wird.

Revision des Urheberrechtsgesetzes

Gastautor: Urs Furrer¹

Ausgangslage

Das Bundesgesetz über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) wird derzeit revidiert. Der Bundesrat hat am 10. März 2006 die entsprechende Botschaft verabschiedet².

Die Vorlage bezweckt im Wesentlichen die **Anpassung des Urheberrechtsschutzes an das digitale Zeitalter**. In diesem Zusammenhang sollen zwei internationale Abkommen ratifiziert werden, welche 1996 unter der Schirmherrschaft der Weltorganisation für Geistiges Eigentum (WIPO) verabschiedet wurden und im Jahr 2002 in Kraft traten. Diese beiden Abkommen – das **WIPO Copyright Treaty (WCT)** und das **WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)** – werden wegen ihrer Ausrichtung auf digitale Technologien auch **«WIPO-Internet-Abkommen»** genannt³.

Wesentlicher Inhalt der Vorlage

Mit technischen Vorkehrungen an Geräten und Computerprogrammen kann in der Praxis verhindert werden, dass sich ein Nutzer unerlaubt Zugang zu digitalen Inhalten verschafft oder Kopien davon erstellt. Bekannte Beispiele dafür sind der Kopierschutz auf CD und die geschützten Zugänge zu Online-Musikgeschäften oder zu den Online-Shops von Zeitungsverlagen. Die Ratifikation der WIPO-Internet-Abkommen verlangt die Einführung eines Verbots der Umgehung von solchen Massnahmen. Im Zentrum der URG-Revision steht deshalb der in Art. 39a des Entwurfs (E-URG) statuierte **Rechtsschutz für technische Schutzmassnahmen**. Weil mit technischen Massnahmen aber auch eine gesetzlich erlaubte Verwendung wie z.B. die Erstellung einer Privatkopie verhindert werden kann, sieht der Entwurf ein faktisches «right to hack» vor: Wenn eine technische Schutzmass-

1 Urs Furrer ist Issue Manager im Bereich Recht und Wettbewerb von economiesuisse. Er ist Mitglied der Commission on Intellectual Property der Internationalen Handelskammer ICC und Sekretär der Expertengruppe für Fragen des geistigen Eigentums von economiesuisse. Vorher arbeitete er von 1999 bis 2004 als Rechtsanwalt bei KPMG Legal in Zürich.

2 Die Unterlagen zur Botschaft sind unter <http://www.ige.ch/D/jurinfo/j103.shtm#a01> abrufbar.

3 Der Vertragstext sowie weitere Informationen zum WCT und zum WPPT sind unter http://www.wipo.int/copyright/en/activities/wct_wppt/wct_wppt.htm abrufbar.

nahme ausschliesslich zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Verwendung umgangen wird, soll das Umgehungsverbot nicht durchgesetzt werden können (Art. 39a Abs. 4 E-URG).

Im Weiteren enthält die Vorlage eine Klarstellung über die ausschliessliche Befugnis des Urhebers über das Zugänglichmachen von Werken über Internet durch **On-Demand**-Dienste, eine Stärkung der Rechte der **ausübenden Künstler** sowie eine Erweiterung der Schranken des Urheberrechts durch **neue Schutzmaßnahmen** (z. B. für die Vervielfältigung in einer für Behinderte zugänglichen Form).

Unterschiedliche Reaktionen

Grundsätzlich herrscht ein überwiegender Konsens mit Bezug auf die Ratifikation der WIPO-Internet-Abkommen. Die konkrete Umsetzung der internationalen Vorgaben wird aber sehr unterschiedlich beurteilt⁴. Einerseits fordern vor allem Kreise rund um die Unterhaltungsindustrie eine **Verstärkung des Schutzes technischer Massnahmen zur Bekämpfung von Raubkopien**. Demgegenüber befürchten andere Kreise, dass der Schutz technischer Massnahmen zu einer **Aushebelung der urheberrechtlichen Schranken** – vor allem derjenigen der Privatkopie – führen könnte. Auf **heftigen Widerstand** stiess der im Vorentwurf noch enthaltene Vorschlag zur Einführung einer **Geräteabgabe**. Diese wird vor allem von den Wirtschaftsverbänden und Nutzerorganisationen entschieden abgelehnt. Mit dieser neuen Gebühr sollten laut Vorentwurf sämtliche Geräte belastet werden, welche sich zum Kopieren eignen – nebst Fotokopierern, Druckern, Scannern, PC etc. würden darunter auch Mobiltelefone, PDA etc. fallen. Nach der in der Vernehmlassung geäusserten Kritik hat der Bundesrat entschieden, auf die Einführung dieser Abgabe zu verzichten.

⁴ Der Bericht über das Ergebnis der Vernehmlassung ist unter <http://www.ige.ch/D/jurinfo/documents/j10309d.pdf> abrufbar. Die Vernehmlassungsantwort von economiesuisse sowie ein «dossierpolitik» von economiesuisse zur URG-Revision können im Internet von der Seite <http://www.economiesuisse.ch/d/webexplorer.cfm?id=286&tld=1> heruntergeladen werden.

Chancen und Risiken

Innovation, Know-how und Kreativität sind **Erfolgsfaktoren der Schweizer Wirtschaft**. Dem Urheberrecht kommt dabei eine wichtige **Anreizfunktion** zu. Die mit der Revision beabsichtigten Anpassungen des Urheberrechts an die Informationsgesellschaft, an den technischen Fortschritt und an die internationalen Entwicklungen sind deshalb zu begrüßen.

Digital Rights Management Systeme (DRMS) verbreiten sich immer mehr. Populärstes Beispiel für DRMS sind die Online-Musikläden. DRMS ermöglichen eine auf dem Grundsatz **«pay per use»** basierende Abrechnung. Demnach muss – im Gegensatz zur kollektiven Verwertung – nicht die potenzielle, sondern nur die tatsächliche Nutzung entschädigt werden. Der mit der URG-Revision einzuführende Rechtsschutz für technische Schutzmassnahmen ist eine Voraussetzung dafür, dass sich solche innovativen Verwertungssysteme durchsetzen können.

Mit dem Verzicht auf die Einführung einer **Geräteabgabe** hat sich der Bundesrat gegen eine Weiterkollektivierung des Urheberrechts ausgesprochen. Eine solche hätte zu einer tendenziellen Zunahme von Potenzialbelastungen geführt. Grundsätzlich zu begrüßen ist auch der bundesrätliche Vorschlag, die bestehende Vergütungsregelung für das Vervielfältigen zum Eigengebrauch zu ändern, um Doppelbelastungen der Nutzer zu vermeiden. So sollen die mit dem elektronischen Einkauf von Werken verbundenen Vervielfältigungen nicht auch noch mit der Vergütungsregelung für das Vervielfältigen zum Eigengebrauch belastet werden. Die Urheberrechtstarife müssten aber zusätzlich auch in dem Umfang reduziert werden, in welchem die Vervielfältigung technisch verunmöglicht oder eingeschränkt wird. Langfristiges Ziel sollte ein Wettbewerb der **Vergütungssysteme** sein. Dazu müssten aber die heutigen, von Monopolen und kollektiver Zwangsverwertung geprägten Verwertungsgrundsätze überdacht werden.

Positiv zu werten ist, dass im Entwurf wie bereits im Vorentwurf auf die Einführung eines **Folgerechts** verzichtet wurde⁵. Mit einem Folgerecht würde die Schweiz ihren heutigen Standortvorteil im internationalen Kunsthandel aufgeben, was unweigerlich zum Verlust von Arbeitsplätzen führen würde.

⁵ Unter dem Folgerecht wird das Recht des Künstlers auf eine prozentuale Beteiligung am Erlös aus der Weiterveräußerung seines Kunstwerks verstanden.

Andererseits wurde die Chance verpasst, im Vorentwurf auch die **Produzentenrechte** zu regeln. Die meisten Urheber sind heute Angestellte, welche z. B. Bedienungsanleitungen, Prospekte, Grafiken, Präsentationen etc. kreieren. Trotzdem fehlt im schweizerischen Urheberrecht – etwa im Gegensatz zum Patentrecht – eine gesetzliche Zuweisung der Rechte in Arbeitsverhältnissen. Eine solche Zuweisung würde Rechtssicherheit und Praktikabilität erhöhen sowie den Investitionsschutz und damit den wirtschaftlichen Anreiz für urheberrechtlich bedeutsame Produktionen in der Schweiz stärken.

Zur laufenden Revision des Datenschutzgesetzes

Ralph Gramigna

Ausgangslage

Auf eidgenössischer Ebene wird der Datenschutz heute durch das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG) sowie durch die Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG) geregelt, beide in Kraft seit dem 1. Juli 1993.

Auslöser für die laufende Revision sind zwei im Jahre 1999 bzw. 2000 von den Eidgenössischen Räten angenommene Motionen¹, die einerseits eine **Verstärkung der Transparenz** beim Beschaffen von Daten und andererseits eine formelle gesetzliche Grundlage für Online-Verbindungen zu Datenbanken des Bundes sowie einen Mindestschutz bei der Bearbeitung von Daten durch die Kantone beim Vollzug von Bundesrecht verlangten. Ausserdem müssen einige Bestimmungen des Datenschutzgesetzes angepasst werden, damit die Schweiz dem Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten² beitreten kann.

Zwischen September 2001 und Januar 2002 wurde das Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. Wirtschaftskreise lehnten die Revisionsvorschläge weitgehend mit der Begründung ab, dass diese einen **unverhältnismässigen Aufwand und praktische Schwierigkeiten** bei der Umsetzung nach sich zögen. Seit Verabschiedung der Botschaft zur Änderung des DSG und Vorlage des Entwurfs (E-DSG) im Jahr 2003 befinden die Räte über die Vorlage, letztmals der Ständerat in seiner Sitzung vom 14. Dezember 2005³. Nach wie vor bestehen Differenzen.

Die ursprüngliche Zielsetzung wurde in den parlamentarischen Beratungen stark erweitert. Nachfolgend soll nur auf drei Teilaspekte eingegangen werden, bei denen erhebliche Auswirkungen auf gewisse Unternehmen der Privatwirtschaft nicht ausgeschlossen werden können.

1 Motion 00.3000 vom 28. Januar 2000, Erhöhte Transparenz bei der Erhebung von Personendaten (S 7.3.2000, Kommission für Rechtsfragen SR 99.067; N 5.10.00) und Motion 98.3529 vom 17. November 1998, Erhöhter Schutz für Personendaten bei Online-Verbindungen (S 16.3.1999, Geschäftsprüfungskommission SR; N 21.12.1999).

2 SR 0.235.1.

3 Amtliches Bulletin SR 2005, S. 1153 ff.

Erweiterung der Informationspflichten

Neu verankert Art. 4 Abs. 4 E-DSG den Grundsatz, dass die **Beschaffung von Daten und der Zweck der Bearbeitung** für die betroffenen Personen **erkennbar** sein muss. Die Erkennbarkeit kann sich aus den Umständen ergeben⁴. Dies dürfte dann der Fall sein, wenn die Daten im Zusammenhang mit der eigentlichen Transaktion verwendet werden. Wird z. B. eine Kundenkarte beantragt, ist grundsätzlich klar, dass die angegebenen Personalien für die Zustellung eigener Werbung verwendet werden können⁵. Sollen die Daten jedoch nicht zwecklimitiert bearbeitet werden, sind höhere Anforderungen an die Erkennbarkeit zu stellen. Wenn also beim Gebrauch der Kundenkarte Konsumentenprofile erstellt werden, so sind die betroffenen Personen darauf aufmerksam zu machen. Dasselbe soll gelten, je komplexer eine Transaktion und je länger die Zeitspanne ist, während der die Daten infolge dieser Transaktion einer Bearbeitung unterliegen können⁶. Schliesslich ist zur Bestimmung, wieweit die Bearbeitung und Beschaffung erkennbar zu machen ist, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Je nachdem genügt etwa eine allgemein gehaltene Information in der Privacy Policy oder auf einem Antragsformular. Gegebenenfalls ist aber detailliert zu informieren.

Zudem werden Art. 4 Abs. 4 E-DSG wie auch das Auskunftsrecht (Art. 8–10 DSG) durch die Einführung einer **Informationspflicht** in Art. 7a E-DSG konkretisiert und erweitert. Danach müssen betroffene Personen bei Beschaffung ihrer besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen zumindest über den Inhaber der Datensammlung, den Zweck des Bearbeitens sowie die Kategorien der Datenempfänger informiert werden.

Art. 7b E-DSG statuiert schliesslich eine besondere, ausdrückliche Informationspflicht bei so genannt **automatisierten Einzelentscheidungen**. Diese bestünde dann, wenn ein Entscheid, der für die betroffene Person rechtliche Folgen hat oder sie sonst wesentlich betrifft, ausschliesslich auf einer automatisierten Datenbearbeitung beruht, welche die Bewertung einzelner Aspekte ihrer Persönlichkeit bezweckt. Bei Aspekten der Persönlichkeit ist etwa an die berufliche Leistungsfähigkeit, Kreditwürdigkeit, Zuverlässigkeit oder an das Verhalten der betroffenen Person zu denken. Die bis anhin bewusst technikneutral gehaltene Konzeption des DSG soll aufgegeben werden, ohne dass eine mit dem EU-Recht harmonisierte

4 Bundesblatt (BBl) 2003, S. 2125.

5 Vgl. dazu das Beispiel in BBl 2003, S. 2125.

6 BBl 2003, S. 2126.

Lösung⁷ erreicht werden soll. Der Nationalrat wollte Art. 7b E-DSG vollständig streichen⁸, der Ständerat folgte aber dem Antrag der Kommission und stimmte dem Entwurf des Bundesrats zu⁹. Einerseits wurde in Frage gestellt, ob die bloss Information über eine informatikunterstützte Einzelentscheidung zielführend sei. Andererseits wollte man zu Recht nicht in die Vertragsautonomie eingreifen und den betroffenen Personen – entsprechend dem EU-Recht – ein Recht einräumen, keinem Entscheid unterworfen zu sein, der ausschliesslich auf der Basis einer automatisierten Datenbearbeitung zustande gekommen ist¹⁰.

Selbstregulierung durch Zertifizierung

Um den Datenschutz und die Datensicherheit zu verbessern, können die Hersteller von Datenbearbeitungssystemen oder -programmen sowie private Personen oder Bundesbehörden, die Personendaten bearbeiten, ihre Systeme, Verfahren und ihre Organisation einer Bewertung durch anerkannte **unabhängige Zertifizierungsstellen** unterziehen (Art. 11 E-DSG).

Damit sollen einerseits Zertifizierungsverfahren von datenschutzrelevanten betrieblichen Abläufen bzw. Organisationsstrukturen (**Datenschutz-Audits**) und andererseits die Evaluation informatiktechnischer Systeme oder Programme – also von Produkten – hinsichtlich der Einhaltung von Datenschutzstandards gefördert werden. Zertifizierte Firmen (und Behörden) sollen gemäss Art. 11a E-DSG von der Pflicht zur Anmeldung ihrer Datensammlungen beim Datenschutzbeauftragten zur Registrierung befreit werden.

Der durch diese Erleichterung geschaffene Anreiz soll durch die Vergabe eines Datenschutz-Labels noch verstärkt werden. Freilich bestehen auch in der Schweiz

7 Die Richtlinie 02/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) regelt beispielsweise die Verwendung von so genannten Cookies, die Verarbeitung von Standortdaten, d.h. Daten, die Aufschluss über die Standorte der Computer der Endnutzer geben, wie auch den Einsatz von Spam-Mails.

8 Amtliches Bulletin NR 2005, S. 1446 f.

9 Amtliches Bulletin SR 2005, S. 1157 f.

10 Dazu Art. 15 der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum freien Datenverkehr («EU-Datenschutzrichtlinie»).

heute schon Möglichkeiten, sich einer Zertifizierung in Teilbereichen des Datenschutzes zu unterziehen¹¹.

Grenzüberschreitende Datenflüsse

Nach geltendem Recht muss, wer Datensammlungen ins Ausland übermitteln will, dies dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vorher melden, wenn für die Bekanntgabe keine gesetzliche Pflicht besteht und die betroffenen Personen davon keine Kenntnis haben (Art. 6 Abs. 2 DSG). Diese Regelung hat sich in der Praxis nicht bewährt, schlicht deshalb, weil sie kaum beachtet wurde¹². Die Meldepflicht soll daher zugunsten einer **Sorgfaltspflicht** aufgegeben werden.

Nach wie vor dürfen Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet (Art. 6 Abs. 1 E-DSG¹³). In Art. 6 Abs. 2 E-DSG wurde nun ein Ausnahmekatalog geschaffen: Fehlt eine Gesetzgebung, die einen angemessenen Schutz gewährleistet (wie dies beispielsweise in den USA der Fall ist), können persönliche Daten ins Ausland nur bekannt gegeben werden, wenn:

- a) hinreichende **Garantien, insbesondere durch Vertrag**, einen angemessenen Schutz im Ausland gewährleisten;
- b) die betroffene Person im Einzelfall zugestimmt hat;
- c) die Bearbeitung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags steht und es sich um Personendaten des Vertragspartners handelt;
- d) die Bekanntgabe im Einzelfall entweder für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist;

¹¹ BBl 2003, S. 2137. Der internationale Standard ISO 17799 zusammen mit dem British Standard BS 7799-2 erlauben eine standardisierte Erstellung von Datenschutz- und Datensicherheitskonzepten, nach denen auch ein Audit mit Zertifizierung möglich ist. Seit Ende 2005 wird im Rahmen der Datenschutzzertifizierung der Standard ISO 27001 zu berücksichtigen sein. Ferner bestehen Verfahren für die Prüfung von IT-Systemen und -Produkten; an dieser Stelle sei – für Deutschland – etwa das Datenschutz-Gütesiegel des unabhängigen Landesentrums Schleswig-Holstein erwähnt; dabei ist eine Zertifizierung von Produkten auf der Rechtsgrundlage des § 4 Abs. 2 Landesdatenschutzgesetz Schleswig-Holstein in Verbindung mit der Datenschutzauditverordnung Schleswig-Holstein vorgesehen.

¹² BBl 2003, S. 2128.

¹³ Ähnlich der heute geltende Art. 6 Abs. 1 DSG, der verlangt, dass im Ausland ein Datenschutz besteht, der dem schweizerischen gleichwertig ist.

- e) die Bekanntgabe im Einzelfall erforderlich ist, um das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person zu schützen;
- f) die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat; oder
- g) die **Bekanntgabe zwischen juristischen Personen** stattfindet, die einer einheitlichen Leitung sowie einheitlichen Datenschutzregeln unterstehen, welche einen angemessenen Schutz gewährleisten.

Nach Meinung des Gesetzgebers besteht aufgrund dieses abschliessenden Ausnahmekatalogs ein grosser Handlungsspielraum für die Übermittlung von Personendaten ins Ausland. Der Datenexporteur hat diesbezüglich jedoch die nach den Umständen gebotene Sorgfaltspflicht anzuwenden, bei deren Verletzung ihn Haftungsansprüche treffen können¹⁴.

Es stellt sich insbesondere die Frage, unter welchen Bedingungen hinreichende Garantien¹⁵, insbesondere durch Vertrag¹⁶, einen angemessenen Schutz im Ausland gewährleisten (lit. a), oder wann eine Bekanntgabe zwischen juristischen Personen stattfindet, die einer einheitlichen Leitung¹⁷ sowie einheitlichen Datenschutzregeln unterstehen, welche einen angemessenen Schutz gewährleisten (lit. g). Immerhin dürfte bei Verwendung von standardisierten Vertragsklauseln sowie bei Erlass einer konzernweiten Datenschutzrichtlinie eine einmalige Information des Datenschutzbeauftragten, wie sie in Art. 6 Abs. 3 E-DSG vorgesehen ist, genügen.

14 Vgl. den erläuternden Bericht des EJPD zum Vernehmlassungsentwurf vom August 2001, S. 21: «Es wurde darauf verzichtet, eine besondere Kausalhaftung vorzusehen, weil aufgrund eines Verstosses gegen Art. 6 verursachter Schaden durch Art. 49a des Vorentwurfs des Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts grösstenteils gedeckt ist. Dieses Gesetz sieht vor, dass die Person, die sich zum Betrieb einer wirtschaftlichen Unternehmung einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, für den Schaden haftet, der im Rahmen ihrer Tätigkeiten verursacht wird. Sie kann sich der Haftung entschlagen, wenn sie beweist, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten.»

15 Solche können sich beispielsweise aus einem Verhaltenskodex ergeben, d.h. aus einem Regelwerk, dem sich Private freiwillig unterstellen können, wie etwa dem «Safe Harbor Privacy Framework», das zwischen der EU-Kommission und den USA ausgehandelt wurde; vgl. dazu BBl 2003, S. 2129.

16 Mit Blick auf das EU-Recht dürfte etwa die Entscheidung 2001/497/EG bezüglich der Einführung alternativer Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer (sowie die Entscheidung der Kommission vom 27. Dezember 2004 zur Änderung der genannten Entscheidung) Anhaltspunkte geben.

17 Der Konzernbegriff entspricht jenem von Art. 663e Abs. 1 OR, vgl. BBl 2003, S. 2130.

Chancen und Risiken

Die angestrebte Erhöhung der Transparenz und Sicherheit wie auch die Neuordnung des Datenverkehrs ins Ausland sind grundsätzlich, die Möglichkeit zur Zertifizierung auf jeden Fall zu begrüßen.

Ob jedoch die ins Feld geführten positiven Auswirkungen der Erleichterung des elektronischen Handels, der effektiveren Nutzung der Informatikmittel und allgemein die Erhöhung der Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz die Kosten für die erforderlichen **organisatorischen und informatiktechnischen Massnahmen** zu kompensieren vermögen, ist in der Tat fraglich. Schliesslich ist auch zu verfolgen, ob und wie weit die erforderlichen **Anpassungen der Datenschutzrichtlinien internationaler Konzerne und Änderung bestehender Verträge** auf Akzeptanz stossen werden.

Hinzuweisen bleibt darauf, dass die Beratungen im Parlament noch nicht abgeschlossen sind. Das letzte Wort ist also noch nicht gesprochen.

Arbeitsrecht

Massenentlassungsvorschriften: Anwendungsbereich und Konsultation im Lichte des BGE 130 III 102

Isabelle Theurillat/Oliver Gloor

Ausgangslage

Plant ein Unternehmen eine Änderungskündigung oder einen Personalabbau, so stellt sich meist die Frage, ob die Massenentlassungsbestimmungen zur Anwendung kommen. Deren Geltungsbereich geht nicht immer klar aus den gesetzlichen Bestimmungen in Art. 335d ff. OR hervor. Wird die Anwendbarkeit bejaht, besteht in der Regel in Bezug auf die Festlegung der Fristen, die bei der Konsultation der Mitarbeiter vor einer Massenentlassung eingehalten werden müssen, eine weitere Unsicherheit.

Das Bundesgericht hat sich im Entscheid BGE 130 III 102 mit Teilaspekten dieser beiden Themenbereiche befasst. Im zu beurteilenden Fall wurde einer Gesellschaft, die mit finanziellen Schwierigkeiten kämpfte, am 22. September 2002 eine **provisorische Nachlassstundung** bewilligt. Am darauf folgenden Tag informierte die Gesellschaft die Personalkommission mündlich über die beabsichtigte Schliessung des Betriebs. Mit Schreiben vom 24. September 2002 wurde der Personalkommission eine Frist bis Freitag, 27. September 2002 zur Unterbreitung von Vorschlägen gesetzt, wie die Kündigungen vermieden werden können. Diese Frist wurde nach Intervention des Präsidenten der Personalkommission **bis am Montag, 30. September 2002, 8.00 Uhr** verlängert. Unmittelbar nach Ablauf dieser Frist wurden die Entlassungen noch am 30. September 2002 ausgesprochen. Die Personalkommission reichte ihre Stellungnahme erst am 7. November 2002 und somit zu spät ein. Das Bundesgericht hatte den Entscheid der Vorinstanz zu beurteilen, die zum Schluss gekommen war, dass die Gesellschaft das für Massenentlassungen vorgesehene Konsultationsverfahren verletzt hatte.

Im Folgenden wird nach **allgemeinen Ausführungen** zum Anwendungsbereich der Massenentlassungsvorschriften sowie zum Konsultationsverfahren auf die **Erwägungen des Bundesgerichts** eingegangen.

Anwendungsbereich der Massenentlassungsvorschriften

Der Geltungsbereich der Massenentlassungsvorschriften ist vor allem in Art. 335d OR geregelt. Demnach gilt eine grössere Anzahl von Kündigungen, die der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb ausspricht, grundsätzlich als Massentlassung. Die für die Anwendung der Massenentlassungsvorschriften massgebende Zahl der Kündigungen wird im Gesetz wie folgt festgelegt:

- mindestens **10 Kündigungen** (bei Betrieben mit zwischen 21 und 99 regelmässig Beschäftigten)
- mindestens **10% der Arbeitnehmer** (bei Betrieben mit zwischen 100 und 299 regelmässig Beschäftigten)
- mindestens **30 Kündigungen** (bei Betrieben mit mindestens 300 regelmässig Beschäftigten).

Sowohl die Anzahl der Kündigungen als auch diejenige der regelmässig Beschäftigten wird pro **Betrieb** erfasst. Der Betrieb wird in der Lehre regelmässig als **örtliche und organisatorische Einheit** definiert¹. Wenn ein Arbeitgeber über mehrere Betriebe verfügt, werden diese separat betrachtet. Mehrere Betriebe des gleichen Arbeitgebers sind gemäss einem Teil der Lehre allerdings als Einheit zusammenzufassen, wenn sie geografisch nahe beieinander liegen und sich von ihrer Art her entsprechen. Die **geografische Nähe** ist hierbei gegeben, wenn die Betriebe in die Zuständigkeit des gleichen Arbeitsamtes fallen². Bei **Konzernen** stellt sich die Frage, ob die beabsichtigten Entlassungen in den einzelnen Gesellschaften zusammenzuzählen sind. Diese Frage wird in der Lehre dem Trennungsprinzip folgend grundsätzlich verneint. Das Trennungsprinzip kann aber im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände durchbrochen werden. Zu denken ist dabei beispielsweise an eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Massenentlassungsbestimmungen (z.B. wenn die Entlassungen bei den einzelnen Konzerngesellschaften jeweils bewusst unter dem Schwellenwert gehalten werden)³. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs gilt im Übrigen auch für die zeitliche

1 Vgl. Thomas Geiser/Peter Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, Zweiter Band, Stellenwechsel und Entlassung, Basel 1997, § 3 N 3.42. Vgl. ebenso Roman Heiz, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Bern 2005, § 4 C. II.

2 Vgl. Thomas Geiser/Peter Münch, § 3 N 3.43. Vgl. aber auch Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., Zürich, Basel, Genf 2006, Art. 335d OR N 8, wonach die Botschaft sich eher gegen eine solche Erweiterung des Betriebsbegriffs ausspricht.

3 Vgl. dazu Roman Heiz, § 4 C. II, wobei in Fussnote 541 ein weiterer Sachverhalt thematisiert wird, der eine Durchbrechung des Trennungsprinzips zur Folge hat: Ein Betrieb, der von verschiedenen Konzerngesellschaften geführt wird und eine örtliche und organisatorische Einheit bildet, ist als Ganzes zu betrachten. Roman Heiz ist allerdings die einzige uns bekannte Lehrmeinung, die sich in diesem Zusammenhang zur Konzernproblematik äussert, und daher kann diese Lehrmeinung nicht als gefestigt betrachtet werden.

Staffelung der Kündigungen innerhalb eines Betriebs. Es ist nicht erlaubt, die Kündigungen über den gesetzlichen **Zeitraum von 30 Tagen** hinaus zu staffeln, einzig um die Massenentlassungsvorschriften nicht erfüllen zu müssen. Eine Gesetzesumgehung liegt insbesondere dann vor, wenn die Staffelung ohne betrieblichen Sinn oder arbeitsmarktpolitische Zielsetzung erfolgt⁴.

Entscheidend für die Anwendung der Massenentlassungsbestimmungen ist ebenfalls die Beurteilung, welche **Kündigungen** des Arbeitgebers relevant sind. Von Gesetzes wegen⁵ sind Kündigungen zu berücksichtigen, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen. Damit fallen Kündigungen ausser Betracht, die wegen der Leistung oder dem betrieblichen Verhalten ausgesprochen werden⁶. Ansonsten fallen grundsätzlich alle Kündigungen des Arbeitgebers unter den Anwendungsbereich. Dies gilt auch für fristlose Kündigungen von befristeten Arbeitsverhältnissen⁷ und Änderungskündigungen⁸. Unterschieden wird zwischen eigentlichen und uneigentlichen Änderungskündigungen⁹. Bei der **uneigentlichen Änderungskündigung** legt der Arbeitgeber den Arbeitnehmern Offerten zu neuen (in der Regel schlechteren) Arbeitsbedingungen vor und spricht erst anschliessend eine Kündigung aus und zwar nur für den Fall, dass der Arbeitnehmer die Offerte ablehnt. Bei der **eigentlichen Änderungskündigung** wird die Offerte gleichzeitig mit der Kündigung vorgenommen. Nimmt der Arbeitnehmer die Offerte an, so verliert die Kündigung ihre Wirksamkeit. Beide Arten der Änderungskündigung sind zwar aus rechtlicher Sicht heikel¹⁰. Die Massenentlassungsvorschriften kommen aber grundsätzlich nur bei den eigentlichen Änderungskündigungen zur Anwendung¹¹. Beabsichtigt ein Betrieb, eigentliche Änderungskündigungen vorzunehmen, muss er die Massenentlassungsvorschriften einhalten, auch wenn die meisten Mitarbeiter die Änderungen akzeptieren und dadurch nicht entlassen werden. Unternehmen, die aufgrund ihrer Grösse die Schwellenwerte für die Anwendung der Massenentlassungsvorschriften überschreiten, werden daher in der Praxis erwägen, eher eine uneigentliche als eine eigentliche Änderungskündigung auszusprechen.

4 Vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Art. 335d OR N 9.

5 Vgl. dazu Art. 335d OR.

6 Vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Art. 335d OR N 6.

7 Vgl. Art. 335e Abs. 1 OR. Vgl. auch Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Art. 335e OR N 2.

8 Vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Art. 335d OR N 5.

9 Vgl. Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP 1/1999, S. 60 ff.

10 Vgl. BGE 123 III 246. Vgl. auch Thomas Geiser, S. 64 f.

11 Vgl. Thomas Geiser/Peter Münch, § 3 N 3.30 f., wonach die Massenentlassungsvorschriften nicht anwendbar sind, wenn mit der Zustellung der Offerte keine Kündigungen ausgesprochen werden. Bei einer uneigentlichen Änderungskündigung kommen die Massenentlassungsvorschriften unseres Erachtens höchstens anschlussend in Betracht, wenn Mitarbeiter entlassen werden, weil sie der Offerte nicht zugestimmt haben. Dies aber auch nur dann, wenn so viele Mitarbeiter die Offerte abgelehnt haben, dass die Schwellenwerte für die Anwendung der Massenentlassungsvorschriften erreicht sind.

Diese allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Massenentlassungsbestimmungen werden durch das Gesetz in Art. 335e Abs. 2 OR dahingehend eingeschränkt, dass die Bestimmungen bei **Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen** nicht gelten. Im vorliegenden Entscheid hat sich das Bundesgericht mit der Auslegung dieser gesetzlichen Ausnahme auseinandergesetzt. So hatte es zu entscheiden, ob die Entlassungen, die während einer **provisorischen Nachlassstundung** ausgesprochen wurden, in den Anwendungsbereich von Art. 335e Abs. 2 OR fallen. Diese Bestimmung kommt vor allem bei Betriebsschliessungen aus Gesundheits- oder Umweltschutzgründen zum Tragen¹². Der Lehre folgend hat das Bundesgericht in einem älteren Entscheid¹³ anerkannt, dass Art. 335e Abs. 2 OR auch für den Fall des **Konkurses** gilt. Begründet wird die Nichtanwendbarkeit der Massenentlassungsvorschriften im Konkursverfahren damit, dass die Arbeitnehmer in ihrer Stellung als Gläubiger über Einflussmöglichkeiten verfügen, die über die Rechte hinausgehen, die ihnen von den Massenentlassungsvorschriften gewährt werden. Das Bundesgericht hat nunmehr präzisiert, dass sich dies im **provisorischen Nachlassverfahren** anders verhält¹⁴. Die Gläubiger verfügen in diesem Stadium noch nicht über Einflussmöglichkeiten, welche das gleichzeitige Konsultationsverfahren nach den Massenentlassungsvorschriften überflüssig machen würde. Das Bundesgericht entschied dementsprechend, dass die Vorinstanz die Massenentlassungsvorschriften zu Recht angewendet hat.

Konsultationsverfahren

Wird die Frage der Anwendbarkeit der Massenentlassungsvorschriften bejaht, muss der Arbeitgeber ein Konsultationsverfahren nach Art. 335f OR durchführen. Die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer müssen schriftlich über die **Hintergründe der Massenentlassung** (insbesondere Gründe, Anzahl und Zeitraum der Kündigungen, Anzahl der im Betrieb regelmässig Beschäftigten) informiert werden. Diese Information dient dazu, der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern die Möglichkeit zu geben, Vorschläge zur **(vollständigen oder teilweisen) Vermeidung der Kündigungen** oder zur **Milderung der Kündigungsfolgen** zu unterbreiten. Das Arbeitsamt erhält eine Kopie des Informationsschreibens und eine Anzeige über die Ergebnisse der Konsultation.

¹² Vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Art. 335e OR N 3.

¹³ Vgl. BGE 123 III 176, E. 3a.

¹⁴ Vgl. BGE 130 III 102, E. 3.1 f.

Der **Zeitpunkt des Konsultationsverfahrens** muss so gewählt werden, dass dieses **vor dem definitiven Entschluss über die Massenentlassung** stattfindet. Der Sinn der Konsultation besteht nämlich darin, den Arbeitnehmern die Möglichkeit zu geben, auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers einzuwirken¹⁵. Ein Arbeitgeber, der die Arbeitnehmer nur noch pro forma konsultiert, nachdem der definitive Entschluss über die Kündigungen längst gefallen ist, verletzt die Massenentlassungsvorschriften. Dies trifft auch auf eine **Tochtergesellschaft** zu, die ihren Mitarbeitern vor Einleitung der Konsultation mitteilt, dass der Hauptsitz die Schliessung des Betriebs beschlossen hat. Die Tochtergesellschaft kann sich nicht darauf berufen, sie sei nur Befehlsempfängerin des Mutterhauses gewesen. Die Verantwortung für die korrekte Abwicklung des Konsultationsverfahrens liegt auch in Konzernverhältnissen bei den Organen der Arbeitgebergesellschaft¹⁶. Für börsennotierte Publikumsgesellschaften ist auch der Einwand nicht zulässig, es sei aufgrund der **Börsenvorschriften** nicht erlaubt, kursrelevante Tatbestände, die noch nicht definitiv sind, der Öffentlichkeit bekannt zu machen¹⁷. Dies wird in der Rechtsprechung damit begründet, dass der Gesetzgeber den Mitarbeitern als Korrelat zur Gewährung der Mitwirkungsrechte eine Verschwiegenheitspflicht¹⁸ auferlegt hat und so Indiskretionen über eine beabsichtigte Massenentlassung vorbeugt. Selbst für den Fall, dass eine Vorschriftenkollision vorliegen würde, hätten die Massenentlassungsvorschriften gegenüber ausländischen Börsenvorschriften Vorrang¹⁹. Trotz dieser Rechtsprechung werden die börsennotierten Publikumsgesellschaften in der Praxis die Risiken einer Verletzung der Börsenvorschriften bzw. der Massenentlassungsvorschriften abwägen und unter Umständen die Verletzung der Massenentlassungsvorschriften in Kauf nehmen.

Das Gesetz sieht nicht vor, wie die **Dauer des Konsultationsverfahrens** zu bemessen ist bzw. welche Frist den Mitarbeitern zur Stellungnahme angesetzt werden muss. In der Rechtsprechung wird im Grundsatz festgehalten, dass die Frist nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Komplexität und Dringlichkeit im Einzelfall festzulegen ist. Die Arbeitnehmer müssen genügend Zeit haben, um die Informationen des Arbeitgebers zu verarbeiten, ihre konkreten Vorschläge zu formulieren und sie dem Arbeitgeber zur Kenntnis bringen zu können²⁰. Die Literatur hat **unterschiedliche Minimalfristen** festgelegt. So werden Fristen von

15 Vgl. BGE 123 III 176, E. 4a. Vgl. auch BGE 130 III 102, E. 4.2.

16 Vgl. OGer ZH in ZR 2004 Nr. 5, E. 12 f.

17 Vgl. OGer ZH in ZR 2004 Nr. 5, E. 14 ff.

18 Vgl. dazu Art. 14 des Bundesgesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz), der eine Verschwiegenheitspflicht gegenüber betriebsfremden Personen statuiert.

19 Vgl. OGer ZH in ZR 2004 Nr. 5, E. 14 ff.

20 Vgl. dazu BGE 123 III 176, E. 4b. Vgl. ebenso BGE 130 III 102, E. 4.3.

mindestens **zehn Tagen**²¹, von **sieben bis zehn Tagen**²² und von **drei bis fünf Tagen**²³ gefordert. Auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann keine konkrete Minimalfrist entnommen werden. Immerhin entschied das Bundesgericht in einem älteren Entscheid, dass eine Frist von **24 Stunden** zu kurz sei. Im gleichen Entscheid grenzte es die Dauer der Minimalfrist insofern ein, als es präzisierte, dass die auf der Arbeitnehmerseite geforderte Frist von mindestens vier bis sechs Wochen erheblich zu hoch gegriffen sein dürfte²⁴.

Im zu beurteilenden Fall wurden die Verfahrenspflichten in zweierlei Hinsicht verletzt. Das Bundesgericht hielt fest, dass das Konsultationsverfahren erst nach dem definitiven Entscheid über die Betriebsschliessung und somit zu spät eingeleitet wurde. Ausserdem genügte die bis am Montag, 30. September 2002, 8.00 Uhr verlängerte Frist laut Bundesgericht nicht den rechtlichen Anforderungen. Zu diesem Ergebnis kam das Bundesgericht unter Würdigung der gesamten Umstände. Es hat nicht nur deutlich bezweifelt, dass die Frist von **fünf Tagen** angesichts des darin enthaltenen Wochenendes genügend bemessen ist. Es hat auch berücksichtigt, dass die Arbeitgeberin insgesamt den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt hat, indem sie die Frist so ansetzte, dass sie am 30. September 2002 nur noch Zeit fand, die Kündigungen auszusprechen, die noch vor Monatsende vorgenommen werden sollten. Die angesetzte Frist erlaubte es ihr nicht, die Vorschläge, die ihr am selben Tag unterbreitet werden sollten, zu prüfen. Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass sich die Arbeitgeberin nicht auf eine Dringlichkeit berufen kann, die sie selbst verursacht hat²⁵.

Chancen und Risiken

Zwar hat das Bundesgericht die Frage der Anwendbarkeit der Massenentlassungsvorschriften während der **provisorischen Nachlassstundung** bejaht und wiederholt festgestellt, dass die Arbeitnehmerkonsultation **vor dem Entschluss zur Massenentlassung** abgeschlossen werden muss, es besteht aber noch immer eine gewisse Unsicherheit in Bezug auf die Minimaldauer der Konsultation. Da auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen ist, kommt dem Richter bei der Beurteilung ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Es empfiehlt sich daher, eine eher grosszügige Frist zur Stellungnahme anzusetzen, da die Kündigungen im Fall

21 Vgl. Gabriel Aubert, Commentaire romand, Code des obligations I, Genf 2003, N 8 zu Art. 335f OR.

22 Vgl. Rémy Wyler, Droit du travail, Bern 2002, S. 357.

23 Vgl. Thomas Geiser/Peter Münch, § 3 N 3.54.

24 Vgl. BGE 123 III 176, E. 4c.

25 Vgl. BGE 130 III 102, E. 4.3.

einer Verfahrensverletzung missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR sind, was eine Entschädigungspflicht von bis zu **zwei Monatslöhnen** pro Mitarbeiter nach sich ziehen kann.

Konkurrenzverbot (BGE 130 III 353)

Catherine Aeby

Ausgangslage

Aufgrund des Marktdrucks kommt es immer öfter vor, dass Unternehmen in den Arbeitsverträgen ihrer Angestellten ein Konkurrenzverbot vorsehen. Gilt dieses Konkurrenzverbot auch, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos kündigt? Wie steht es beim Vorliegen verschiedener Gründe, welche jeder für sich eine Kündigung rechtfertigen könnte?

Das Bundesgericht hat die diesbezüglich anwendbaren Grundsätze im BGE 130 III 353 in Erinnerung gerufen.

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die A AG ist eine Gesellschaft, welche im Bereich der Personalvermittlung und Personalausleihe tätig ist. Per 1. Januar 2001 hat sie B als Stellenberater angestellt.

Der Arbeitsvertrag von B enthielt ein Konkurrenzverbot, das für zwei Jahre nach Ende des Arbeitsverhältnisses gültig war.

Am 31. August 2001 hat B seinen Arbeitsvertrag mit der A AG per 30. September 2001 gekündigt. Die A AG hat B in der Folge am 11. September 2001 fristlos entlassen, mit der Begründung, dass B eine neue Stelle gefunden habe, in welcher er unausweichlich das vereinbarte Konkurrenzverbot verletzen werde.

Die Erwägungen des Bundesgerichts

Gemäss Art. 340c Abs. 2 OR endet ein Konkurrenzverbot insbesondere, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag kündigt, ohne dass der Arbeitnehmer ihm dazu begründeten Anlass gegeben hat. **Der begründete Anlass gemäss Art. 340c**

Abs. 2 OR darf nicht mit dem wichtigen Grund gemäss Art. 337 OR, welcher eine fristlose Entlassung erlaubt, verwechselt werden. Ein begründeter Anlass kann eine Kündigung gemäss Art. 340c Abs. 2 OR erlauben, ohne genügend schwerwiegend zu sein, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen¹.

Hingegen ist jeder wichtige Grund ein begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR. Begründeter Anlass in diesem Sinne ist jedes Ereignis, das der anderen Partei zurechenbar ist und welches nach vernünftigen geschäftlichen Kriterien einen genügenden Grund für eine Entlassung darstellt².

So stellt beispielsweise die permanente Weigerung eines Arbeitnehmers, Weisungen zu befolgen, einen begründeten Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR dar, welcher es dem Arbeitgeber erlaubt, den Arbeitsvertrag auf den nächsten Kündigungstermin hin zu kündigen, wobei in einem solchen Fall das Konkurrenzverbot weiter gilt³.

Liegen **mehrere Kündigungen** vor, ist die Frage zu stellen, **welche der beiden Kündigungen relevant ist**, mit anderen Worten, welches **der effektive Grund der Kündigung** des Arbeitsverhältnisses ist⁴.

In seinem BGE 130 III 353 hat das Bundesgericht entsprechend festgehalten, dass es die fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber sei, die das Arbeitsverhältnis beendet habe, und dass der dafür geltend gemachte Grund, d. h. konkret die Tatsache, dass der Arbeitnehmer vorsah, trotz Konkurrenzverbot eine Tätigkeit bei einer Konkurrenzfirma aufzunehmen, einen begründeten Anlass im Sinne des Art. 340c Abs. 2 OR darstellte.

Die A AG war somit berechtigt, den Arbeitsvertrag im Sinne des Art. 340c Abs. 2 OR, unter Berücksichtigung der ordentlichen Kündigungsfrist zu kündigen, und somit das Konkurrenzverbot aufrechtzuerhalten. Ohne vorgängige Warnung stellte hingegen das Verhalten des Arbeitnehmers **keinen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung** gemäss Art. 337 OR dar⁵.

1 BGE 130 III 359 f., E. 2.2.1; vgl. auch SJ 1984, S. 32, E. 1b; SJ 1989, S. 689, E. 1a; Rémy Wyler, Droit du travail, Bern 2002, S. 459.

2 BGE 130 III 359, E. 2.2.1.

3 Vgl. Jean-Louis Duc und Olivier Subilla, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, S. 582.

4 BGE 130 III 360, E. 2.2.2; vgl. auch BGE 105 II 200 ff.; SJ 1989, S. 690, E. 2; Manfred Reh binder, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1999, S. 167.

5 BGE 130 III 361, E. 2.2.3.

Chancen und Risiken

Der BGE 130 III 353 erinnert daran, dass bei einer Kündigung aus begründetem Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ein Konkurrenzverbot weiterhin seine Wirkung entfaltet. **Es ist daher für den Arbeitgeber wichtig zu prüfen, ob er einen begründeten Anlass hat, um ein Arbeitsverhältnis zu beenden und er damit ein Konkurrenzverbot gegenüber dem Arbeitnehmer aufrechterhalten kann. Liegen verschiedene Gründe für eine Kündigung vor, ist der vorrangige Grund für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu bestimmen.** In jedem Fall ist im Auge zu behalten, dass ein begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR nicht notwendigerweise einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung darstellt (Art. 337 OR).

Nachfolgeplanung

Auslegung von Testament und Erbvertrag

Franz Hasenböhler

Ausgangslage

Wohl bei keinem anderen Rechtsgeschäft spielt die Auslegung eine so wichtige Rolle wie bei der Verfügung von Todes wegen. Dies einmal deshalb, weil der Erblasser über die Bedeutung seiner Anordnungen naturgemäss nicht mehr befragt werden kann, wenn deren Verwirklichung aktuell wird. Zum andern aber auch, weil insbesondere beim eigenhändigen Testament, das der Erblasser ganz allein errichten kann, ein erhebliches Risiko missratener Formulierungen besteht. Beim Erbvertrag ist wegen der Mitwirkung der normalerweise rechtskundigen Urkundsperson diese Gefahr zwar erheblich geringer, aber doch nicht ganz ausgeschlossen, wie der zweite der nachfolgend besprochenen Entscheide zeigt.

In den referierten Urteilen hat das Bundesgericht wichtige Auslegungsregeln entwickelt, die bei der Interpretation von Testamenten einerseits und Erbverträgen andererseits zu beachten sind.

Testament (BGE 131 III 106 ff.)

In ihrem eigenhändigen Testament hatte die Erblasserin u. a. angeordnet:

- «1. Ich setze meinen Ehegatten als meinen Universalerben ein.
2. Mein Ehegatte ist als Vorerbe von jeglicher Sicherstellungspflicht befreit.»

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass beim Testament der **wirkliche** Wille des Erblassers zu ermitteln ist. Dabei muss vom **Wortlaut** ausgegangen werden. Enthält dieser für sich selbst betrachtet eine klare Aussage, dann hat es damit sein Bewenden und weitere Abklärungen entfallen. Aus dieser Sicht erschien die Anordnung von Ziffer 1 des Testaments klar, indem die Erblasserin deutlich zum Ausdruck brachte, dass nach ihrem Tod sämtliche Vermögenswerte ihrem Ehemann zufallen sollten.

Hingegen war der Text der Bestimmung von Ziffer 2 insoweit **lückenhaft**, als der Ehemann nicht formell in den Status eines Vorerben eingesetzt worden war, und die Testatorin auch keine Nacherben bezeichnet hatte. Zur Erhellung einer solchermaßen unklaren Anordnung dürfen ausserhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände und Beweismittel herangezogen werden. Im konkreten Fall liessen Zeugenaussagen und Testamentsentwürfe den Schluss zu, dass die Testatorin nicht an eine Nacherbeneinsetzung gedacht hatte, es ihr vielmehr darum gegangen war, ihren Ehemann von jeglicher Sicherstellung zu befreien. Den aus einem Testamentsentwurf übernommenen Ausdruck «Vorerbe» hatte die juristisch nicht geschulte Testatorin in seiner rechtlichen Bedeutung gar nicht erfasst, weshalb sich daraus nichts für die Bedeutung der fraglichen Anordnung ableiten liess. Entscheidend war letztlich, was die Testatorin wirklich gewollt hatte, nämlich ihren Gatten von der Leistung irgendwelcher Sicherstellungen befreit zu wissen. Im Hinblick darauf kam der missratenen Formulierung «als Vorerbe» keine weitere Bedeutung zu.

Erbvertrag (Praxis 3/2005 Nr. 28, S. 210 f.)

Der fragliche Erbvertrag enthielt u.a. die Anordnung, dass bei der Festlegung eines bestimmten Vermögensanteils eine Liegenschaft nur zur Hälfte des offiziellen Verkehrswerts angerechnet werden dürfe. In der Folge kam es zu Meinungsverschiedenheiten darüber, wie die hypothekarische Belastung dieser Liegenschaft zu berücksichtigen sei.

Die kantonalen Gerichte kamen übereinstimmend zum Ergebnis, dass der wirkliche Wille der Vertragsparteien in Bezug auf die Berücksichtigung der hypothekarischen Belastung nicht mehr festgestellt werden könne. Dies führte zur Frage, ob im Sinne der objektivierten Auslegung auf den mutmasslichen Parteiwillen zurückgegriffen werden dürfe. Das Bundesgericht nahm den Fall zum Anlass, grundsätzliche Überlegungen zur Interpretation erbvertraglicher Anordnungen anzustellen.

Kann bei Rechtsgeschäften **unter Lebenden** der tatsächliche (empirische) Wille nicht mehr ermittelt werden, so ist der **mutmassliche** Parteiwille zu ergründen. Dabei hat das Gericht in objektiverer Betrachtungsweise darauf abzustellen, was

vernünftige und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glauben unter den gegebenen Umständen gewollt und geäussert hätten¹.

Regelmässig erfolgt die objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz. Dieser besagt, dass eine Willenserklärung so gilt, wie sie eine vernünftige Person nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste.

Ob diese Auslegungsgrundsätze auch für **Erbverträge** gelten, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet. Die Mehrzahl der Autoren befürwortet dies², doch wird auch die gegenteilige Meinung vertreten mit der Argumentation, die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip diene dem Verkehrsschutz und spiele bei alltäglichen Geschäften des Obligationenrechts eine Rolle, nicht aber bei Verfügungen von Todes wegen, die gerade keine Verkehrsgeschäfte seien³.

Das Bundesgericht geht in seinen Erwägungen davon aus, dass der Erbvertrag sowohl **erbrechtliche** als auch **vertragsrechtliche** Elemente enthält. Die vertragsrechtliche Komponente besteht darin, dass der Erbvertrag eine Abmachung mit einer anderen Person darstellt und daher **empfangsbedürftige** Willenserklärungen umfasst, bei denen nicht nur die Interessen der erklärenden Partei, sondern auch jene des **Erklärungsempfängers** auf dem Spiel stehen. Insoweit rechtfertigt es sich, bei der Auslegung erbvertraglicher Bestimmungen auf den **Vertrauensgrundsatz** zurückzugreifen.

Fazit

Die Auslegungsgrundsätze für das **Testament** ergeben sich aus dessen Natur als einseitige Willenserklärung. Die Interpretation hat **willensorientiert** zu erfolgen, d.h. den wirklichen Willen des Erblassers oder der Erblasserin zu ermitteln. Es kommt also nicht darauf an, wie Erben oder sonstige Bedachte die Erklärung des Erblassers verstehen durften und mussten, sondern einzig darauf, was der Erblasser mit seiner Äusserung sagen wollte⁴.

1 Peter Gauch/Walter Schluop/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003, N 1201; Ernst Kramer, Berner Kommentar, Bern 1986, Art. 18 OR N 67; Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, OR I, 3. A., Basel, Genf, München 2003, Art. 18 OR N 13 ff.; BGE 129 III 122, 126 III 379, 125 III 308.

2 Peter Tuor/Bernhard Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich, Basel, Genf 2002, S. 617; Paul Plotet, Schweizerisches Privatrecht, IV/1, Basel und Stuttgart 1978, S. 205; Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, S. 154, § 12 N 5.

3 Peter Weimar, Berner Kommentar, Bern 2000, N 60–63 der Einleitung zu den Verfügungen von Todes wegen.

4 Vgl. dazu BGE 124 III 416, 117 II 144, 115 II 325.

Bei der Auslegung **erbvertraglicher** Anordnungen darf zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens auf den **Vertrauensgrundsatz** zurückgegriffen werden. Dann gilt die betreffende Bestimmung des Erbvertrages so, wie eine vernünftige Person sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste.

Chancen und Risiken

Nicht rechtskundige Erblasser bekunden oft Mühe, ihre Anliegen zweifelsfrei und mit der nötigen Präzision zu formulieren, was insbesondere beim eigenhändigen Testament zum Risiko führt, dass sich das vom Testator Gewollte nicht durchzusetzen vermag. Dieser Gefahr kann durch eine fachkundige und sorgfältige Beratung des Erblassers oder der Erblasserin vorgebeugt werden, wobei stets die Gesamtsituation des Testators oder der Testatorin ins Auge gefasst werden muss. Werden die Anliegen des Erblassers bzw. der Erblasserin hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, kann der Auslegungsproblematik, die ungeachtet der aufgezeigten Interpretationsregeln heikel bleibt, vorgebeugt und können unliebsame sowie kosten- aufwändige Auseinandersetzungen unter Erben und/oder Bedachten vermieden werden.

Nachfolgeplanung und indirekte Teilliquidation

Stefan Humm/Christian Eich

Ausgangslage

Bis zum Entscheid des Bundesgerichts vom 11. Juni 2004¹ war die Errichtung einer Erbenholding ein beliebtes Instrument, um Nachfolgeregelungen bei Gesellschaften steueroptimiert auszugestalten. Mit dem genannten Entscheid hat das Bundesgericht seine bisherige Praxis, die Erbenholding unter dem Aspekt der Transponierung zu prüfen, verschärft und ausgeweitet. Neu ist auch die Frage der indirekten Teilliquidation zu prüfen, was nicht ohne Folgen für zahlreiche Nachfolgeregelungen geblieben ist. Angesichts der Bedeutung des vorerwähnten Bundesgerichtsentscheids für eine Vielzahl anstehender Nachfolgeregelungen hat die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (WAK-S) im Januar 2006 beschlossen, die Bereiche indirekte Teilliquidation und Transponierung aus der Vorlage Unternehmenssteuerreform II herauszulösen und separat zu beraten². In der vergangenen Frühjahrssession hat nun der Ständerat als Erstrat die Vorlage, welche die indirekte Teilliquidation und die Transponierung zum Gegenstand hat, eingehend erörtert³. Ob die vorgezogenen Beratungen des Ständerats jedoch den Gesetzgebungsprozess derart zu beschleunigen vermögen, dass bald mit einer merklichen Linderung oder sogar Beseitigung des «Nachfolge-Staus» zu rechnen ist, bleibt fraglich.

Sachverhalt

Der Steuerpflichtige X war Alleinaktionär einer Betriebs-AG. Am 5. März 1999 veräusserte er sämtliche Aktien zum Preis von CHF 5 Mio. an eine von seinen Kindern gegründete Holding-Gesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 700 000.–. Der Kaufpreis von CHF 5 Mio. wurde mit einem Teilbetrag von CHF 700 000.– bar bezahlt. Für den Restbetrag von CHF 4,3 Mio. gewährte X der Holding-Gesellschaft ein Darlehen, das mit jährlichen Zahlungen von mindestens CHF 400 000.– zu ver-

1 BGE 2A.331/2003.

2 Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, EFD-Schwerpunkte, Januar 2006. Der Bericht ist unter http://www.efd.admin.ch/d/dok/faktenblaetter/efd-schwerpunkte/3_unternehmenssteuerreform.htm und http://www.parlament.ch/mm-mediemitteilung.htm?m_id=2006-01-18_076_01 abrufbar.

3 Weitere Informationen dazu unter <http://www.parlament.ch/homepage/do-dossiers-az/do-unternehmen.htm>.

zinsen und zu amortisieren war. Das Bundesgericht hat im vorgenannten Entscheid die Unterstellung der Erbenholding unter den Transponierungstatbestand verworfen und den zu beurteilenden Sachverhalt als indirekte Teilliquidation qualifiziert. Das von X an die Holding-Gesellschaft gewährte Darlehen von CHF 4,3 Mio. wurde vom Bundesgericht als steuerbarer Vermögensertrag qualifiziert, womit die Praxis der indirekten Teilliquidation eine einschneidende Erweiterung erfahren hat⁴.

Erwägungen des Bundesgerichts

Transponierung

Eine Transponierung liegt gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts vor, wenn ein Aktionär bei der Einbringung einer Beteiligung aus seinem Privatvermögen in eine von ihm beherrschte Gesellschaft eine **steuerbare geldwerte Leistung** aus der eingebrachten Beteiligung erzielt. Dabei hat die Einbringung der Beteiligung zu einem über ihrem Nominalwert liegenden Anrechnungswert durch Liberierung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder gegen eine Gutschrift auf einem Aktionärsdarlehenskonto zu erfolgen. Wirtschaftlich betrachtet stellt das Einbringen einer Beteiligung in eine vom Steuerpflichtigen beherrschte Gesellschaft keine Veräusserung dar, da die wirtschaftliche Verfügungsmacht dem Pflichtigen in Form der Beteiligung an der von ihm beherrschten Gesellschaft erhalten bleibt⁵.

In dem zu beurteilenden Fall verneinte das Bundesgericht das Vorliegen einer Transponierung, weil der Verkäufer X an der Holding-Gesellschaft weder direkt noch indirekt beteiligt war. Für die Annahme einer Mitbeherrschung hätte zumindest eine Sperrminorität oder eine sonstige Mitbeherrschung vorliegen müssen. Daran ändert auch die verwandtschaftliche Beziehung zwischen Veräusserer und den Aktionären der Käuferin nichts⁶.

4 BGE 2A.331/2003.

5 BGE 2A.331/2003 E. 3.1.

6 Eidgenössische Steuerverwaltung, Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Rundschreiben vom 8. September 2004.

Indirekte Teilliquidation

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gelten für das Vorliegen einer indirekten Teilliquidation mit entsprechenden Steuerfolgen kumulativ die nachfolgenden Voraussetzungen⁷:

- Die Beteiligungsrechte müssen aus dem **Privatvermögen in das Geschäftsvermögen überführt** werden, für welches das Buchwertprinzip gilt.
- Bei der übernommenen Gesellschaft muss **eine Mittelentnahme bzw. eine Substanzverminderung** eintreten oder zumindest eingeleitet werden. Dies ist dann der Fall, wenn die Gesellschaft, deren Aktien veräussert werden, eine Ausschüttung von Gesellschaftsmitteln vornimmt, d. h. wenn die Käufergesellschaft den Kaufpreis nicht aus eigenen Mitteln, sondern aus Mitteln der übernommenen Gesellschaft (Reserven, liquiden und betriebswirtschaftlich nicht notwendigen Aktiven) aufbringt, ohne dieser die Mittel wieder zuzuführen.
- Verkäufer und Käufer müssen **durch gemeinsames Zusammenwirken** die Entnahme der Mittel eingeleitet haben.

Die genannten Kriterien erachtete das Bundesgericht im vorliegenden Fall als erfüllt. Der vom Verkäufer als Darlehen stehen gelassene (Rest-)Verkaufspreis von CHF 4,3 Mio. entreicherte die Betriebs-AG, deren Beteiligungsrechte an die Holding-Gesellschaft veräussert wurden. Hinzu kommt, dass nach neuer Praxis nun auch die Ausschüttung künftiger Gewinne zur Amortisation des Kaufpreisdarlehens zu einer Entreichung der Gesellschaft mit entsprechenden Steuerfolgen führt⁸. Somit ist insbesondere der vorgenannte zweite Punkt erweitert und verschärft worden.

Chancen und Risiken

Die Konsequenzen des bundesgerichtlichen Entscheids sind weitreichend. Eine Vielzahl von Nachfolgeregelungen sind aufgrund dieser Praxis und den daraus für die Verkäufer resultierenden Steuerfolgen blockiert. Unter dem Aspekt der (ausgedehnten) indirekten Teilliquidation genügt es nunmehr, dass der Kaufpreis teilweise mittels Darlehen finanziert und bestehende oder neu auch zukünftige Gewinne der gekauften Gesellschaft zur Amortisation des mit Blick auf den Verkauf aufgenom-

⁷ BGE 2A.331/2003 E. 4.3; Eidgenössische Steuerverwaltung, Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Rundschreiben vom 8. September 2004.

⁸ BGE 2A.331/2003 E. 4.6.

menen Darlehens verwendet werden. Im Lichte der neuen Praxis lassen sich Steuererfolge faktisch nur dann vermeiden, wenn der Kaufpreis vollständig mit Eigenmitteln finanziert wird. Zahlreiche Kantone folgen dieser Praxisänderung gestützt auf den Entscheid des Bundesgerichts jedoch nicht. Dies führt zu einer unterschiedlichen Behandlung gleicher Sachverhalte hinsichtlich der direkten Bundessteuer und der kantonalen Steuern.

Mit Blick auf den ergangenen Entscheid des Bundesgerichts hat die Mehrheit der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (WAK-S) vorgeschlagen, dass der Erlös aus dem Verkauf einer Beteiligung von 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft dann als indirekte Teilliquidation zu besteuern ist, wenn innert fünf Jahren nach dem Verkauf unter aktiver Mitwirkung des Verkäufers nicht betriebsnotwendige Substanz ausgeschüttet wird, die im Zeitpunkt des Verkaufs bereits vorhanden war. Für die Regelung der Transponierung (Verkauf an sich selbst) hat sich die Kommission weitgehend am Vorschlag des Bundesrats orientiert, wonach der Erlös aus der Übertragung von Beteiligungsrechten aus dem Privat- ins Geschäftsvermögen als Transponierung besteuert wird, wenn der Veräusserer nach der Übertragung mit mindestens 50 Prozent an der Käuferfirma beteiligt ist. Gemäss den Beschlüssen der WAK-S soll das Besteuerungsrecht insofern eingeschränkt werden, als eine Transponierung erst ab einem Verkauf von mindestens 5 Prozent am Grund- oder Stammkapital bejaht wird⁹. Anlässlich der vergangenen Frühjahrsession ist nun auch die Mehrheit des Ständerats den Vorschlägen der WAK-S gefolgt¹⁰. Es bleibt zu hoffen, dass auch der Nationalrat klare Zeichen setzt, um den durch das Urteil des Bundesgerichts auf der Ebene der direkten Bundessteuer entstandenen «Nachfolge-Stau» zu beheben.

9 Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, EFD-Schwerpunkte, Januar 2006 (vgl. dazu Fussnote 2).
10 Vgl. dazu <http://www.parlament.ch/homepage/do-dossiers-az/do-unternehmen.htm>.

Weitere Rechtsgebiete

Auf dem Weg zur Aufhebung der Lex Koller

Denise Brügger

Ausgangslage

Nach einer konjunkturellen Schwächephase befindet sich die Schweizer Wirtschaft wieder auf Wachstumskurs. Dazu beitragen könnte auch die **Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG oder auch Lex Koller genannt)**, welche der Bundesrat am 2. November 2005 in die Vernehmlassung geschickt hat¹.

Gemäss Art. 1 BewG wird der Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland beschränkt. Art. 2 BewG statuiert einerseits die Bewilligungspflicht, bestimmt aber im Weiteren, dass der Erwerb eines Grundstücks als Betriebsstätte oder als Hauptwohnung einer natürlichen Person keiner Bewilligung bedarf. Die Bewilligungspflicht der Lex Koller umfasst damit grundsätzlich den Erwerb von Ferienwohnungen sowie von nicht selbst genutztem Wohneigentum².

Zu Letztgenanntem zählt auch der Erwerb von Nichtbetriebsstätten-Grundstücken, was beispielsweise internationale Umstrukturierungen oder Verkäufe von Gesellschaften komplizieren kann. Werden die Aktien einer schweizerischen Gesellschaft, welche diverse Grundstücke in der Schweiz besitzt, ins Ausland verkauft, so gilt es für jedes gehaltene Grundstück abzuklären, ob es unter die Bewilligungspflicht der Lex Koller fällt und wenn ja, ob Bewilligungs- bzw. Verweigerungsgründe gegeben sind.

Eine Aufhebung der Lex Koller würde unter wirtschaftlichen Aspekten sicherlich eine Erleichterung bringen, jedoch würde eine Gesetzesaufhebung ohne flankierende Massnahmen zu einem erhöhten Siedlungsflächenverbrauch und somit zu einer Verschlechterung der Landschaftsqualität führen, besteht doch in der

1 BBl 2005, S. 6639; im Internet zugänglich unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/6639.pdf>.

2 Bericht mit Vorentwurf des Bundesamtes für Justiz vom Oktober 2005 betreffend Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Vernehmlassungsunterlage (Bericht Lex Koller), S. 2, im Internet zugänglich unter http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/lex_koller.Par.0001.File.tmp/vn-ber-d.pdf.

Schweiz, insbesondere in den Tourismusgebieten, eine hohe Nachfrage nach Zweit- und Ferienwohnungen³.

Ersatzmassnahmen

Um dem zu erwartenden Bauboom in den schweizerischen Tourismuszentren vorzubeugen und dem verfassungsrechtlichen Gebot einer haushälterischen Bodennutzung⁴ Rechnung zu tragen, sind **raumplanerische Ersatzmassnahmen** vorgesehen. Diese betreffen nicht mehr nur Ausländer, sondern sämtliche Personen, die Grundeigentum in der Schweiz halten oder halten wollen.

Die **Anpassung des Bundesgesetzes über die Raumplanung**⁵ soll für die Kantone und Gemeinden die Voraussetzungen schaffen, den Zweitwohnungsbau besser regulieren zu können⁶. Die Revision des Raumplanungsgesetzes, welche ebenfalls am 2. November 2005 in die Vernehmlassung geschickt wurde und im Jahr 2007 abgeschlossen sein sollte, sieht deshalb vor, die Kantone zu beauftragen, diejenigen Gebiete zu bezeichnen, in denen besondere Massnahmen ergriffen werden müssen, um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Erst- und Zweitwohnungen sicherzustellen⁷. Dies soll sodann über den **kantonalen Richtplan** geschehen, wobei unter Berücksichtigung der regionalen Verhältnisse Massnahmen wie Quotenfestlegung, Einführung von Erst- oder Zweitwohnanteilsplänen, Mindestwohnflächenregelungen, Ersatzabgaben oder auch fiskalische Strategien entwickelt werden können⁸.

Neben den nun geplanten raumplanerischen Massnahmen wurden weitere Alternativen wie steuerliche Vorkehrungen oder die Kontingentierung der Zweitwohnungen durch den Bund in Erwägung gezogen, wobei diesen jedoch nicht genügend lenkende Wirkung attestiert wurde bzw. die entsprechenden Kompetenzen nicht vorhanden gewesen wären⁹.

3 Erläuternder Bericht des Bundesamts für Raumentwicklung vom Oktober 2005 zur Änderung des Raumplanungsgesetzes (Flankierende Massnahmen zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland), (Bericht Raumplanungsgesetz), S. 4; im Internet zugänglich unter <http://www.are.admin.ch/imperia/md/content/are/are2/medienmitteilungen/2005/11.pdf>.

4 Art. 75 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

5 Revision Raumplanungsgesetz, E-RPG.

6 Bericht Raumplanungsgesetz, S. 4 f.

7 Art. 8 Abs. 2 E-RPG.

8 Bericht Raumplanungsgesetz, S. 9.

9 Bericht Raumplanungsgesetz, S. 6 f.

Zeitraahmen

Nachdem die Lex Koller mehr als vierzig Jahre Bestand hatte, wurde nun ihre Aufhebung beschlossen und es wird über Ersatzmassnahmen im Raumplanungsrecht beraten. Die Aufhebung der Lex Koller wird aber frühestens drei Jahre nach Inkrafttreten des revidierten Raumplanungsgesetzes, welche für das Jahr 2007 geplant ist, erfolgen, so dass die Kantone und Gemeinden genügend Zeit haben, die für sie geeigneten flankierenden raumplanerischen Massnahmen zu ergreifen¹⁰. Mit einer Aufhebung der Lex Koller kann somit frühestens im Jahre 2010 gerechnet werden¹¹.

Chancen und Risiken

Das **Wirtschaftswachstum** in der Schweiz kann durch die Aufhebung der Lex Koller angekurbelt werden, sind doch die Probleme im Bau- und Immobilienbereich teilweise auf die Restriktionen, die die Lex Koller ausländischen Investoren auferlegte, zurückzuführen¹². Die **Direktinvestitionen von ausländischen Personen** in den schweizerischen Wohnungsbau könnten zu wichtigen volkswirtschaftlichen Impulsen führen, die sich nicht nur auf die Baubranche, sondern auch auf die Wirtschaft generell und den Tourismus der betroffenen Gebiete im Besonderen positiv auswirken wird.

Da eine weitere **Sonderbehandlung von Ausländern** beseitigt wird, würde der Wirtschaftsstandort Schweiz für international tätige Unternehmen an Attraktivität gewinnen und die Schweiz könnte sich als offener und zukunftsorientierter Wirtschaftsstandort positionieren.

Andererseits wird das **Bedürfnis nach Bauland** steigen, was zu gewissen Preiserhöhungen führen wird, die sich für die Einheimischen der betreffenden Regionen nachteilig auswirken dürfte. Eine Vergrösserung des Angebots an Miet- und Eigentumswohnungen kann jedoch auch preissenkende Wirkung entfalten¹³.

10 Bericht Lex Koller, S. 16.

11 Rebecca Schraner, Lex Koller soll aufgehoben werden, emagazine-Newsletter vom 21. November 2005; im Internet zugänglich unter <http://emagazine.credit-suisse.com/article/index.cfm?fuseaction=OpenArticle&aoid=119851&lang=DE>.

12 Bericht Lex Koller, S. 13.

13 Bericht Lex Koller, S. 13.

Die steigende Nachfrage nach Zweit- und Ferienwohnungen könnte sich bei den **Orts- und Landschaftsbildern** negativ auswirken und zur weiteren **Zersiedelung des Bodens** führen, falls die flankierenden Massnahmen nicht greifen oder sich als zu wenig lenkend herausstellen würden.

Des Weiteren wird der grosse **administrative Aufwand** der Bundes- und kantonalen Behörden wegfallen, den die Lex Koller verursacht hat, sofern die Kantone nicht flankierende Massnahmen einführen, die zu einem ebenso grossen Aufwand führen.

Gesamthaft gesehen kann die Aufhebung der Lex Koller aber durchaus positiv bewertet werden und es bleibt zu hoffen, dass diese Vorkehrung zur weiteren Erholung der Volkswirtschaft beitragen kann.

Neuerungen im Stiftungsrecht

Fabio Pelli

Ausgangslage

Auf den 1. Januar 2006 ist das revidierte Stiftungsrecht zusammen mit der neuen Verordnung des Bundesrats vom 24. August 2005 über die Revisionsstelle von Stiftungen¹ in Kraft getreten².

Die Revision des Stiftungsrechts hat zum Ziel, die bereits günstigen Rahmenbedingungen für Stiftungen in der Schweiz zu verbessern, in dem sie **transparenter** und **flexibler** gestaltet werden sollen. Der Gesetzgeber erhofft sich durch die Revision eine **gesteigerte Attraktivität** zur Errichtung von Stiftungen und **eine Freisetzung von Geldmitteln** zur Unterstützung öffentlicher und gemeinnütziger Zwecke, denn Stiftungen sind heute eine wichtige Ergänzung zum staatlichen Handeln³.

Nachfolgend werden die wesentlichen materiellen Neuerungen der Gesetzesrevision skizziert:

- Errichtung von Stiftungen (Erweiterung der Errichtungsform und Zweckänderungsvorbehalt des Stifters),
- Rechnungslegung (Buchführungspflicht und Revisionsstellenobligatorium),
- Massnahmen bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit,
- Erweiterung der steuerlichen Abzugsmöglichkeit bei der direkten Bundessteuer.

1 SR 211.121.3.

2 AS 2005, S. 4545 ff.

3 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats vom 5. Dezember 2003 zum Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats vom 23. Oktober 2003 zur Revision des Stiftungsrechts, BBl 2003, S. 8191 ff. (Stellungnahme des Bundesrats) sowie den Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats vom 23. Oktober 2003 zur Revision des Stiftungsrechts, BBl 2003, S. 8153 ff., 8156 (Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben).

Errichtung von Stiftungen

Erweiterung der Errichtungsform

Nach bisherigem Recht musste die Stiftung zwingend in der Form einer **öffentlichen Urkunde** oder durch eine **letztwillige Verfügung (Testament)** errichtet werden. Neu lässt Art. 81 Abs. 1 ZGB die Errichtung durch eine öffentliche Urkunde oder durch eine Verfügung von Todes wegen zu. Das heisst, dass eine Stiftung neu auch durch einen Erbvertrag errichtet werden kann.

Zweckänderungsvorbehalt des Stifters

Gänzlich neu ist die Einführung eines Zweckänderungsvorbehalts des Stifters. Für diesen besteht die Möglichkeit, **frühestens nach zehn Jahren** den Zweck einer Stiftung zu ändern, um beispielsweise dringendere gesellschaftliche Bedürfnisse mit dem einst gestifteten Geld zu unterstützen (Art. 86a ZGB). Dies muss allerdings bereits **ausdrücklich bei der Errichtung** der Stiftung **vorgesehen** werden. Die Vorschrift ist somit auf bisherige Stiftungen nicht anwendbar⁴.

Bei Stiftungen, die einen öffentlichen oder gemeinnützigen Zweck im Sinne des Bundessteuerrechts verfolgen, ist eine Zweckänderung **nur dann zulässig, wenn auch der geänderte Zweck ein öffentlicher oder gemeinnütziger ist**. Mit dieser Einschränkung soll verhindert werden, dass das Institut des Zweckänderungsvorbehalts aus steuerlichen Überlegungen missbraucht wird. Weiter wird dadurch den Personen, die einer Stiftung mit Blick auf ihren Zweck Spenden zukommen lassen, die Sicherheit gegeben, dass ihre Gelder stets für einen öffentlichen oder gemeinnützigen Zweck verwendet werden, selbst wenn dieser nicht mehr der ursprüngliche sein sollte⁵.

Das Recht auf Änderung des Stiftungszwecks ist **unvererblich und unübertragbar**. Ist der Stifter eine juristische Person, so erlischt dieses Recht spätestens 20 Jahre nach der Errichtung der Stiftung.

4 Schreiben der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht an sämtliche unter Aufsicht des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) stehenden Stiftungen vom 12. Oktober 2005, S. 4.

5 Stellungnahme des Bundesrats, S. 8193.

Der Zweck kann auf Antrag des Stifters zu Lebzeiten oder auch mit einer Verfügung von Todes wegen geändert werden. Der Antrag des Stifters auf Zweckänderung zu Lebzeiten ist an die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde zu richten⁶. Ist die Zweckänderung in einer Verfügung von Todes wegen enthalten, so hat die Behörde, welche die Verfügung von Todes wegen eröffnet, der zuständigen Aufsichtsbehörde die Anordnung zur Änderung des Stiftungszwecks mitzuteilen. Die zuständige Behörde muss die Änderung des Zwecks anordnen, wenn die oben genannten Voraussetzungen gegeben sind; ein Ermessensspielraum steht ihr nicht zu⁷.

Rechnungslegung

Buchführungspflicht

Der neue Art. 84b ZGB verpflichtet die Stiftungen zur Buchführung⁸. Für die Erstellung der Jahresrechnung werden die Art. 957 ff. OR (Die kaufmännische Buchführung) sinngemäss für anwendbar erklärt. Wenn eine Stiftung jedoch ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, so gelten für die Rechnungslegung und die Offenlegung der Jahresrechnung die aktienrechtlichen Bestimmungen nach den Art. 662 ff. OR.

Revisionsstellenobligatorium

Das neue Recht verpflichtet die Stiftungen, eine **unabhängige Revisionsstelle**⁹ zu bezeichnen, welche jährlich die Rechnungsführung und die Vermögenslage der Stiftung prüft und dem obersten Stiftungsorgan Bericht erstattet (Art. 83a und 83b ZGB)¹⁰. Grundlage für die Erfüllung der Aufgaben der Revisionsstelle bildet die oben beschriebene Buchführungspflicht der Stiftungen.

6 Die zuständige Bundesbehörde ist das Eidgenössische Departement des Innern (EDI).

7 Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben, S. 8169 f.

8 Nach der bisherigen Rechtslage traf die Stiftungen nur dann eine Buchführungspflicht, wenn sie ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe im Sinn von Art. 934 Abs. 1 OR betrieben.

9 Gemäss Art. 83a ZGB müssen die mit der Revision beauftragten Personen von der Stiftung unabhängig sein und insbesondere nicht einem anderen Stiftungsorgan angehören, in einem Arbeitsverhältnis zur Stiftung stehen, enge verwandtschaftliche Beziehungen zu Mitgliedern von Stiftungsorganen haben oder Destinatäre der Stiftung sein.

10 Ausgenommen von dieser Pflicht sind die kirchlichen Stiftungen und die Familienstiftungen (Art. 87 Abs. 1^{bis} ZGB).

Auf Gesuch des obersten Stiftungsorgans **kann** die Aufsichtsbehörde eine Stiftung von der Pflicht befreien, eine Revisionsstelle zu bezeichnen, wenn die Bilanzsumme der Stiftung in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren kleiner als CHF 200 000.– ist und die Stiftung nicht öffentlich zu Spenden oder sonstigen Zuwendungen aufruft¹¹. Öffentlich ist der Aufruf zu Spenden dann, wenn beispielsweise durch Zeitungsinserte, Flugblätter, Briefe oder Plakate ein unbestimmter Personenkreis angesprochen wird¹². Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen liegt es im Ermessen der Aufsichtsbehörde, einer Befreiung zuzustimmen. Die Aufsichtsbehörde widerruft eine einmal gewährte Befreiung, wenn die oben beschriebenen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind oder die Einsetzung einer Revisionsstelle für die zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Stiftung notwendig ist¹³. Die Gesuchsbehandlung ist ferner kostenpflichtig.

Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen fordert das Gesetz den Beizug eines **besonders befähigten Revisors**¹⁴. Dies ist der Fall, wenn eine Stiftung öffentlich zu Spenden aufruft **und** in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren Spenden von jeweils mehr als CHF 100 000.– erhält¹⁵. Weiter muss eine Stiftung einen besonders befähigten Revisor bezeichnen, wenn sie zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet ist, Anleiheobligationen ausstehend hat oder in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren zwei der drei vorgesehenen Grössen (Bilanzsumme von CHF 10 Mio., Umsatzerlös von CHF 20 Mio., 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt) überschreitet¹⁶. Die Pflicht, einen besonders befähigten Revisor beizuziehen, besteht aufgrund dieser Voraussetzungen nur bei grösseren Stiftungen.

Massnahmen bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit

Im revidierten Stiftungsrecht werden neu Massnahmen eingeführt, die eine Stiftung bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit zwingend zu treffen hat (Art. 84a ZGB). In diesen Fällen muss das oberste Stiftungsorgan eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten aufstellen und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vor-

11 Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen.

12 Schreiben der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht an sämtliche unter Aufsicht des EDI stehenden Stiftungen vom 12. Oktober 2005, S. 2.

13 Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen.

14 Art. 83a Abs. 3 ZGB und Art. 2 der Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen.

15 Art. 2 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen.

16 Art. 2 Abs. 1 lit. b–d der Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen.

legen¹⁷. Stellt die Revisionsstelle fest, dass die Stiftung überschuldet ist oder ihre Verbindlichkeiten längerfristig nicht erfüllen kann, so muss sie die Zwischenbilanz der Aufsichtsbehörde vorlegen. Die Aufsichtsbehörde verpflichtet das oberste Stiftungsorgan zur Vornahme der erforderlichen Massnahmen oder trifft diese bei Untätigkeit der Stiftung selber. Als Massnahmen kommen gemäss Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats zur Revision des Stiftungsrechts z.B. die Einschränkung des Stiftungszwecks, die Festlegung von Sanierungsmassnahmen oder die Aufhebung der Stiftung in Frage¹⁸.

Erhöhung der steuerlichen Abzugsfähigkeit bei der direkten Bundessteuer

Bei der direkten Bundessteuer wird die Abzugsfähigkeit von Zuwendungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten an gemeinnützige, steuerbefreite Stiftungen von 10 auf 20% des Reineinkommens (natürliche Personen) bzw. des Reingewinns (juristische Personen) erhöht. Abzugsfähig sind neu auch freiwillige Leistungen an Bund, Kantone, Gemeinden und deren Anstalten¹⁹.

Im Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) wurden im Hinblick auf die Stiftungsrechtsrevision dieselben Grundsätze wie beim Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) eingefügt. Was Steuerfreibeträge (Abzüge) betrifft, liegt es in der Kompetenz der Kantone, eine Quote für die zum Abzug berechtigenden Zuwendungen vorzuschreiben²⁰. Die abzugsfähige Quote muss daher im Einzelfall anhand der anwendbaren kantonalen Gesetzgebung abgeklärt werden.

17 Hat die Stiftung keine Revisionsstelle, weil die Aufsichtsbehörde eine Befreiung zur Bezeichnung einer Revisionsstelle gewährt hat, muss das oberste Stiftungsorgan die Zwischenbilanz direkt der Aufsichtsbehörde unterbreiten, damit diese die notwendigen Massnahmen anordnen kann.

18 Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben, S. 8167; Vgl. auch Gotthard Steinmann, Das neue Stiftungsrecht – ein Überblick über die zivilrechtlichen sowie steuerlichen Neuerungen, in: Steuer Revue Nr. 6/2005, S. 468.

19 Art. 33a und Art. 59 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG). Für eine detaillierte Übersicht über die weiteren Änderungen im DBG, die im Rahmen der Stiftungsrechtsrevision anfielen, wird auf das Rundschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) vom 25. Oktober 2005 verwiesen. Auf die Änderungen im Verrechnungssteuergesetz und im Mehrwertsteuergesetz wird nicht weiter eingegangen.

20 Vgl. dazu Gotthard Steinmann, S. 472.

Chancen und Risiken

Aufgrund der oben skizzierten Neuerungen im Stiftungsrecht hat der Gesetzgeber einen Anreiz zur Errichtung von neuen Stiftungen geschaffen. Auch für mögliche Spender gewinnen die Stiftungen durch die neuen Vorschriften zur Kontrolle und Transparenz an Attraktivität. Andererseits ist zu beachten, dass die wohl grundlegendste Änderung im Stiftungsrecht, nämlich die Möglichkeit des Stifters, in der Errichtungsurkunde einen Zweckänderungsvorbehalt einzufügen, erst für neu errichtete Stiftungen gilt und für bestehende Stiftungen nicht anwendbar ist.

Vertrauenshaftung und ihre Grenzen (BGE 130 III 345)

Franz Hasenböhler

Ausgangslage

In jüngerer Zeit wurde die zwischen Vertrag und Delikt angesiedelte **Vertrauenshaftung als eigenständige Haftungsgrundlage** in die schweizerische Jurisprudenz eingeführt¹. Dabei geht es um die **Haftung eines vertragsfremden Dritten aus Vertrauen, das dieser erweckt und später enttäuscht hat**. Im nachfolgend besprochenen Urteil setzt sich das Bundesgericht mit den Voraussetzungen und den Grenzen dieser Haftungsfigur auseinander.

Sachverhalt

Der Eigentümer einer Liegenschaft beauftragte einen Architekten mit der Erstellung eines Schätzungsberichts, der dazu dienen sollte, bei der Bank eine Erhöhung des Hypothekarkredits zu erlangen. Zwei Jahre später wollte der Hauseigentümer die Liegenschaft verkaufen und liess das Schätzungsgutachten zusammen mit der Verkaufsdokumentation einem Kaufinteressenten zukommen. Dieser erwarb in der Folge das Haus. Kurze Zeit nach dem Besitzantritt entdeckte er verschiedene Mängel an der gekauften Liegenschaft, die im Schätzungsbericht nicht erwähnt waren. Für die daraus entstandenen Sanierungskosten belangte der Käufer den Liegenschaftsschätzer auf Bezahlung von **Schadenersatz**.

Rechtsproblem

Im Brennpunkt der Auseinandersetzung stand die **Frage, ob der beklagte Gutachter dem Käufer der Liegenschaft hafte und gegebenenfalls auf welcher Grundlage**. Dabei war zunächst klar, dass zwischen dem Hauskäufer und dem Liegenschaftsschätzer kein Vertrag bestanden hatte, den der Gutacher hätte ver-

1 BGE 120 II 331 ff. «Swissair-Fall»; Hans Peter Walter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, S. 291 f.; Hans Peter Walter, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts, ZSR 2001, S. 97; Eugen Bucher, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. A., Basel, Genf und München 2003, Art. 1 OR N 69 a–p; Martin Moser, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Diss. Bern 1998; Regula Fehlmann, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St.Gallen 2002; Peter Herzog/Therese Amstutz, Rechtliche Überlegungen zur Haftung des Wirtschaftsprüfers für Comfort Letters, Der Schweizer Treuhänder, 74/2000, S. 757 ff.

letzen können. Sodann wäre eine ausservertragliche Haftung am Erfordernis der Widerrechtlichkeit gescheitert, weil den Experten keine Rechtspflicht zum Schutz des Vermögens eines Dritten traf. Gleichwohl hiessen die kantonalen Instanzen die Klage dem Grundsatz nach gut, wobei sie auf die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung zurückgriffen. Das **Bundesgericht**, an das der Fall mit Berufung des Gutachters weitergezogen worden war, **verneinte** jedoch eine **Schadenersatzpflicht** des Liegenschaftsschätzers.

Erwägungen des Bundesgerichts

Primäre Voraussetzung der Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen bildet das **Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung zwischen den Beteiligten**. Eine derartige Sonderverbindung entsteht aus bewusstem oder zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person. Dabei ist ein unmittelbarer Kontakt zwischen Ansprecher und Geschädigtem nicht unbedingt erforderlich, vielmehr genügt es, dass die in Anspruch genommene Person explizit oder zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen, und dass der Ansprecher im berechtigten Vertrauen darauf Anordnungen getroffen hat, die ihm zum Schaden gereichten.

Ein Experte, dessen Auftrag im Wesentlichen darin besteht, bestimmte Fragen aus seinem Fachbereich zu beantworten, kann bereits bei einer mittelbaren Beziehung gegenüber einem vertragsfremden Dritten aus erwecktem Vertrauen haftbar werden. Der Experte, welcher ein Gutachten erstellt, das dann von seinem Auftraggeber an einen Dritten weitergegeben wird, tritt dann in **mittelbare Beziehung** zum Empfänger, wenn die Weitergabe mit seinem – wirklichen oder vertrauentheoretisch zurechenbaren – Einverständnis erfolgt. Andererseits genügt die Möglichkeit einer zufälligen Kenntnisnahme des Gutachtens nicht für die Begründung einer Vertrauenshaftung. Würde die Haftung gegenüber jeder zufällig mit einem Gutachten in Berührung kommenden Person bejaht, so würde die Vertrauenshaftung zu einer Haftung gegenüber jedermann (erga omnes) ausufern.

Von diesen Grundsätzen ausgehend verneinte das Bundesgericht im konkreten Fall eine Haftung des Liegenschaftsschätzers. Denn zwischen diesem und dem späteren Hauskäufer bestand zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens keine Verbindung, die ein legitimes Vertrauen des Käufers in die Richtigkeit des vom Ex-

perten erstellten Gutachtens hätte begründen können. Für den Gutachter war auch nicht voraussehbar, dass der Hauseigentümer die Expertise, welche dieser im Hinblick auf ein Gesuch um Erhöhung des Hypothekarkredits bestellt hatte, **zwei Jahre später** in einem **andern Zusammenhang**, dem Verkauf der Liegenschaft, nochmals verwenden würde. Eine Vertrauensbasis hätte das Gutachten höchstens gegenüber der Bank darstellen können, wenn diese gestützt auf in der Expertise enthaltene falsche Angaben nachteilige Dispositionen getroffen hätte. Hingegen war der Käufer der Liegenschaft, dem das Gutachten mit einem zeitlichen Abstand von zwei Jahren übergeben worden war, und von dem der Experte nichts wusste und auch nichts wissen musste, nicht berechtigt, sich auf die Richtigkeit der Angaben im Gutachten zu verlassen.

Kommentar

Grundvoraussetzung der Haftung aus erwecktem und später enttäuschem Vertrauen ist das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung, die in ihrer Dichte über den blossen Zufallskontakt hinausgeht, somit in einer **qualifizierten Beziehungsnähe** besteht. Die Frage nach dem Vorhandensein einer solchen Sonderverbindung lässt sich anhand von verschiedenen Indizien beurteilen. Ein erstes Kriterium bildet die **Vertrauen erweckende Berufsstellung**, insbesondere jene des **Sachverständigen** (Wirtschaftsprüfer, Steuerberater etc.). Obwohl Lehre und Rechtsprechung diesem Kriterium grosse Bedeutung zumessen, genügt es für sich allein nicht zur Begründung einer Vertrauenshaftung, weil diese sonst ins Uferlose ausgeweitet würde. Der Sachverständige soll nämlich nicht gegenüber allen Personen haften, die sich auf seine berufseinschlägige Information verlassen. Vielmehr muss der Kreis der Informationsempfänger überschaubar bleiben und objektiv abgegrenzt werden können, das Haftungsrisiko muss also für den Sachverständigen objektiv erkennbar sein. Dies bedeutet, dass der Sachverständige weiss oder wissen muss, dass seine Information geeignet ist, eine Drittperson zu vermögensrelevanten Dispositionen zu veranlassen. Weiter kommt es auf die **Aussagekraft der betreffenden Information** an. Massgebend ist, ob der Dritte den Auskünften des Sachverständigen jenen Gehalt entnehmen durfte, den ihr auch eine vernünftige Person entnehmen würde.

Die weiteren Haftungsvoraussetzungen – Pflichtverletzung (Unsorgfalt des Sachverständigen), nachteilige Vermögensdisposition des Dritten, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden des Sachverständigen – werden hier nur erwähnt, ohne dass näher darauf eingegangen werden könnte.

Chancen und Risiken

Der besprochene Entscheid ist für Sachverständige (Wirtschaftsprüfer, Steuerberater etc.) von erheblicher Bedeutung, weil das **Bundesgericht** darin die **Grenzen der Vertrauenshaftung abgesteckt** und sich **klar gegen eine übermäßige Ausweitung dieser Haftungsfigur ausgesprochen** hat.

Für den Dritten bedeutet dies, dass er nicht einfach blindlings auf die Auskünfte des Sachverständigen vertrauen darf, sondern sich genau überlegen muss, unter welchen Voraussetzungen er sich auf die Informationen des Sachverständigen verlassen kann.

Publikationen von KPMG Legal Schweiz

Versicherungsaufsichtsrecht

1. Auflage, Januar 2006

Diese Publikation enthält das Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen sowie die massgebenden Verordnungen. Die Publikation ist in Deutsch und Französisch (nur elektronisch) erhältlich.

Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung

1. Auflage, November 2003

Diese Publikation liefert praktische Hinweise aus rechtlicher, steuerlicher und revisionstechnischer Sicht zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung. Die Publikation ist in Deutsch/Englisch und in Französisch/Englisch erhältlich.

Marken, Firmen, Namen, Designs, Domain Namen

1. Auflage, Juni 2003

Diese Publikation zum Themenbereich an der Schnittstelle von Branding und Markenrecht verdeutlicht die konkreten Auswirkungen von Entscheiden bei der Wahl eines Kennzeichens und vermittelt Ansätze für eine ausgewogene Abwägung unterschiedlicher Nützlichkeitskriterien. Die Publikation ist in Deutsch und Französisch erhältlich.

So gelingt Ihre Nachfolgeplanung

1. Auflage, Mai 2003

In dieser Publikation werden Fallbeispiele für Unternehmer aus der Beratungspraxis von KPMG Legal aufgezeigt. Die Publikation ist in Deutsch und Französisch erhältlich.

Beiträge zur Corporate Governance in der Schweiz

1. Auflage, September 2002

Dieser Ringordner gibt einen Überblick über das sich stark entwickelnde Gebiet der Corporate Governance in der Schweiz und soll Interessierte bei der Auseinandersetzung mit diesem aktuellen Thema unterstützen. Die Beiträge wurden durch Spezialisten aus Audit und KPMG Legal verfasst und sind in deutscher Sprache erschienen. Nachlieferung 5. Teil zum Audit Committee, Februar 2003. Nachlieferung 6. Teil zur Internen Kontrolle, September 2004.

Mitarbeiterbeteiligungen – Mitarbeiteraktien, Stock Option Plans, Phantom Stocks in der Schweiz

1. Auflage, Oktober 2001

In dieser Fachpublikation stellen Anwälte und Steuerexperten von KPMG die wichtigsten Beteiligungsmodelle vor und zeigen auf, welche rechtlichen Fragen für die erfolgreiche Umsetzung jeweils zu beachten sind. Die Publikation ist in Deutsch, Französisch und Englisch erhältlich.

Ansprechpartner

**Haben Sie Fragen? Wenden Sie sich an unsere Rechtsberaterinnen
und Rechtsberater von KPMG Legal Schweiz:**

KPMG Legal
Steinengraben 5
Postfach
4003 **Basel**
Tel. 061 286 92 40
Fax 061 286 92 69

Christian Eich
ceich@kpmg.com
Dr. Jürg Galliker, Partner
jgalliker@kpmg.com
Prof. Dr. Franz Hasenböhler
fhasenboehler@kpmg.com

KPMG Legal
Hofgut
3037 **Gümligen-Bern**
Tel. 031 384 76 97
Fax 031 384 76 89

Alex Geissbühler, Partner
ageissbuehler@kpmg.com
Stefan Humm
shumm@kpmg.com
Stefan Stulz
sstulz@kpmg.com

KPMG Legal
Route des Pilettes 1
Case postale 887
1701 **Fribourg**
Tel. 026 347 49 00
Fax 026 347 49 01

Peter Goetschi
pgoetschi@kpmg.com
Pierre Oberson
poberson@kpmg.com
Bénédict Sapin
bsapin@kpmg.com

KPMG Legal
Chemin De-Normandie 14
Case postale 449
1211 **Genève** 12
Tel. 022 704 17 27
Fax 022 346 07 33

Giordano Rezzonico, LL.M., Partner

grezzonico@kpmg.com

Jean-Luc Epars

jepars@kpmg.com

Thierry Sauvaire, Partner

tsauvaire@kpmg.com

Catherine Aeby

caeby@kpmg.com

Michel Bussard

mbussard@kpmg.com

Philippe Goetz

pgoetz@kpmg.com

Christian Haller

challer@kpmg.com

Gabriella Russo Herman

gabriellarusso@kpmg.com

KPMG Legal
Avenue de Rumine 37
Case postale 6663
1002 **Lausanne**
Tel. 021 345 01 55
Fax 021 323 68 86

Nicolas Cottier, LL.M.

ncottier@kpmg.com

Alec Crippa, Partner

acrippa@kpmg.com

Anne Brique-Luisier

abrique@kpmg.com

Nicolas Chervet

nchervet@kpmg.com

KPMG Legal
D4 Platz 5
6039 **Root/Luzern**
Tel. 041 368 35 32
Fax 041 368 38 88

Christoph Portmann, Partner

cportmann@kpmg.com

Federico Domenghini

fdomenghini@kpmg.com

Jeannette Heiniger

jheiniger@kpmg.com

Natalie Kuchowsky, M.B.L.-HSG

nkuchowsky@kpmg.com

Nicole Willimann

nwillimann@kpmg.com

KPMG Legal
Bogenstrasse 7
Postfach 1142
9001 **St. Gallen**
Tel. 071 272 00 78
Fax 071 272 00 35

KPMG Legal
Badenerstrasse 172
Postfach
8026 **Zürich**
Tel. 044 249 22 69
Fax 044 249 22 36

Christian Kuoni
ckuoni@kpmg.com
Dr. Peter Michael, Partner
pmichael@kpmg.com
Heinz Rusch
hrusch@kpmg.com

Dr. Daniel Lengauer, LL.M., Partner
dlengauer@kpmg.com
Dr. Barbara Bühlmann, Partnerin
bbuehlmann@kpmg.com
Dr. Peter Fatzer, Partner
pfatzer@kpmg.com
Dr. Peter Herzog, Partner
pherzog@kpmg.com
Dr. Claude Honegger, Partner
chonegger@kpmg.com
Dr. Armin Kühne, Partner
akuehne@kpmg.com
Stefan Zwicker, Partner
szwicker@kpmg.com
Therese Amstutz, LL.M.
tamstutz@kpmg.com
Denise Brügger, LL.M.
dbruegger@kpmg.com
Rico Camponovo
rcamponovo@kpmg.com
Oliver Gloor
ogloor@kpmg.com
Ralph Gramigna
rgramigna@kpmg.com
Mirjam Holderegger
mholderegger@kpmg.com
Ben Jowett
benjowett@kpmg.com
Jörg Kilchmann, LL.M.
jkilchmann@kpmg.com

Christoph Lehmann

christophlehmann@kpmg.com

Fabio Pelli

fpelli@kpmg.com

Marc Raggenbass, LL.M.

mraggenbass@kpmg.com

Dr. Reto Schumacher, LL.M.

rschumacher@kpmg.com

Isabelle Theurillat

itheurillat@kpmg.com

Adrian von Riedmatten, LL.M.

avonriedmatten@kpmg.com

Bettina Wüthrich

bwuethrich@kpmg.com

Chancen & Risiken rechtlicher Neuerungen 2005/2006

1. Auflage

Herausgeber: Stefan Zwicker
Dr. Daniel Lengauer
Giordano Rezzonico

Bestelladresse: KPMG Legal
Badenerstrasse 172
Postfach
8026 Zürich

www.kpmglegal.ch
Tel. 044 249 22 69
Fax 044 249 22 36

Diese Publikation ist auch in französischer und englischer Sprache erhältlich.

Die hierin enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und beziehen sich daher nicht auf die Umstände einzelner Personen oder Rechtsträger. Obwohl wir uns bemühen, genaue und aktuelle Informationen zu liefern, besteht keine Gewähr dafür, dass diese die Situation zum Zeitpunkt der Herausgabe oder eine zukünftige Sachlage widerspiegeln. Die genannten Informationen sollten nicht ohne eingehende Untersuchung und eine professionelle Beratung als Entscheidungs- oder Handlungsgrundlage dienen.

© 2006 KPMG Holding, the Swiss member firm of KPMG International, a Swiss cooperative. All rights reserved. Printed in Switzerland. The KPMG logo and name are trademarks of KPMG International.