



**Schweizerische Juristen-Zeitung**  
**Revue Suisse de Jurisprudence**

**Redaktion**

**Dr. Gaudenz G. Zindel, Rechtsanwalt**

**Dr. Hans Schmid, a. Oberrichter**

**Prof. Dr. Pascal Pichonnaz**

Erscheint jeden Monat am 1. und 15.

Paraît le 1<sup>er</sup> et le 15 de chaque mois

**21**

**1. November 2014, 110. Jahrgang**

**537**

**Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG**

Dr. Markus Vischer

**547**

**Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht /  
Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs**

Prof. Rolf Sethe und Fabio Andreotti

**553**

**Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht / Le point sur le droit des  
associations et fondations**

Prof. Dominique Jakob

**556**

**Anwaltsrubrik / La page de l'avocat**

Dr. Martin Rauber und Dr. Hans Nater

**560**

**Entscheidungen / Jurisprudence**

Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung /  
Jurisprudence récente du Tribunal fédéral

**563**

**Literatur / Bibliographie**

Neuerscheinungen / Publications récentes  
Besprechung / Compte rendu

**568**

**Aktualitäten / Actualités**

# Impressum

# Inhalt

## Schweizerische Juristen-Zeitung/SJZ Revue Suisse de Jurisprudence/RSJ

Gegründet von Dr. E. Curti und Dr. A. Curti, fortgeführt von Dr. J. Holliger, Dr. F. Baer, Prof. Dr. H. Leemann, Prof. Dr. G. F. von Cleric, Prof. Dr. H. F. Pfenniger, Prof. Dr. K. Oftinger, Dr. P. L. Usteri, Prof. Dr. H. U. Walder, Prof. Dr. P. Forstmoser, Dr. H. Aeppli

### Redaktion

Dr. Gaudenz G. Zindel, Rechtsanwalt, LL.M., Dr. Hans Schmid, a.Oberrichter, und Prof. Dr. Pascal Pichonnaz, LL.M.

Ständige Mitarbeiter: Dr. Hans Nater, Rechtsanwalt, LL.M. (Anwaltsbelange); lic. iur. Verena Zindel

### Korrespondent Bundesgericht

lic. iur. Markus Felber, Alpnach/Lausanne

### Ständige Autoren (Entwicklungen / Le point)

Dr. Bruno Baeriswyl, Zürich; Dr. Mathis Berger, Rechtsanwalt, Zürich; Prof. Dr. Peter Breitschmid, Universität Zürich, Zürich; Prof. Dr. Andreas Donatsch, Universität Zürich, Unterengstringen; Prof. Dr. Thomas Geiser, Universität St. Gallen, Bern; Prof. Dr. Daniel Girsberger, Universität Luzern, Zürich; Prof. Dr. Pierre-Marie Glauser, Universität Lausanne, Lausanne; Prof. Dr. Ulrich Haas, Universität Zürich, Zürich; Prof. Dr. Isabelle Häner, Zürich; lic. iur. Bruno Hediger, Thalwil; Dr. Reto Jacobs, Rechtsanwalt, Zürich; Prof. Dr. Dominique Jakob, Universität Zürich, Zürich; Prof. Dr. Christine Kaufmann, Universität Zürich, Zürich; Prof. Dr. Ueli Kieser, Universität St. Gallen, Zürich; Prof. Dr. Moritz Kuhn, Zürich; Prof. Dr. Philippe Meier, Universität Lausanne, Lausanne; Prof. Dr. Peter Nobel, Zürich; Prof. Dr. Hansjörg Peter, Universität Lausanne, Pully; Prof. Dr. Pascal Pichonnaz, Universität Fribourg, Fribourg; Prof. Dr. Roland Pfäffli, Thun; Fürsprecher Andreas Roth, Bern; Prof. Dr. Alexandra Rumo-Jungo, Universität Fribourg, Fribourg; Dr. Ernst F. Schmid, Rechtsanwalt, Zürich; Prof. Dr. Rolf Sethe, Universität Zürich, Zürich; Prof. Dr. Pierre Tercier, Fribourg; Prof. Dr. Felix Uhlmann, Universität Zürich, Zürich

### Erscheint jeden Monat am 1. und 15.

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. — Ein allfälliger Nachdruck ist nur mit Zustimmung des Autors und der Redaktion und nur mit ungekürzter Quellenangabe gestattet.

### Abonnementspreise

Jahresabonnement Schweiz: SJZ CHF 230.00, für Mitglieder SAV CHF 210.00, für Studierende schweizerischer Hochschulen CHF 115.00

Jahresabonnement Schweiz: SJZ + EuZ CHF 305.00, für Mitglieder SAV CHF 282.00, für Studierende schweizerischer Hochschulen CHF 169.00

Jahresabonnement Schweiz: SJZ + ius.full CHF 309.00, für Mitglieder SAV CHF 288.00, für Studierende schweizerischer Hochschulen CHF 159.00

Einzelheft SJZ CHF 13.00 / ISSN 0036-7613

### Anzeigenverkauf und -beratung

Publicitas Publimag AG, Mürtchenstrasse 39, Postfach, 8010 Zürich, Telefon 044 250 31 31, Fax 044 250 31 32, service.zh@publimag.ch, www.publimag.ch

### Redaktion und Verlag

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, 8022 Zürich, Tel. 044 200 29 19, Fax 044 200 29 08, E-Mail: zs.verlag@schulthess.com  
Internet: <http://www.schulthess.com>  
Artikel/Beiträge: Dr. Gaudenz G. Zindel, Bahnhofstrasse 13, 8001 Zürich  
E-Mail: [gaudenz.g.zindel@nkf.ch](mailto:gaudenz.g.zindel@nkf.ch)

## 1. November 2014, 110. Jahrgang, Nr. 21

### Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich) 537

### Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/ Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs

Prof. Dr. iur. Rolf Sethe, LL.M., und MLaw Fabio Andreotti  
(beide Zürich) 547

### Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht / Le point sur le droit des associations et fondations

Prof. Dr. iur. Dominique Jakob (Zürich) 553

### Anwaltsrubrik / La page de l'avocat

Dr. iur. Martin Rauber, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich), und  
Dr. iur. Hans Nater, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich) 556

### Entscheidungen / Jurisprudence

Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung /  
Jurisprudence récente du Tribunal fédéral (Felber) 560

### Literatur / Bibliographie

Neuerscheinungen / Publications récentes 563

Besprechung / Compte rendu

*Hurtado Pozo*, Droit pénal général (Chambour) 566

### Aktualitäten / Actualités

Veranstaltungskalender / Calendrier des manifestations 568

Eile mit Weile 568

Vorschau 568

# Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

## I. Zeichnung von Aktien bei der Gründung

### A. Errichtungsvertrag, Errichtungserklärung, AG als Gesellschaft

Nach Art. 629 Abs. 1 OR wird eine AG errichtet, indem die Gründer erklären, eine AG zu gründen, die Statuten festlegen und die Organe bestellen.

Beteiligen sich mehrere Personen an der Gründung, erfolgt die Errichtung der AG durch ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft, nämlich einen Vertrag (Errichtungsvertrag)<sup>1</sup>. Statt von Errichtungsvertrag kann man auch von Gesellschaftsvertrag sprechen. Beteiligt sich nur eine Person an der Gründung, erfolgt die Errichtung der AG durch ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine einseitige Willenserklärung (Errichtungserklärung)<sup>2</sup>.

Damit ist die AG eine Gesellschaft (i.S. des Privatrechts), also eine rechtsgeschäftlich begründete und der gemeinsamen Verfolgung eines bestimmten Zweckes dienende Personenvereinigung<sup>3</sup>, wobei zuzugestehen ist, dass rein technisch gesehen eine Einpersonen-AG keine Personenvereinigung und damit materiell keine Gesellschaft ist<sup>4</sup>. Die Einpersonen-AG ist aber kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung trotzdem formell eine Gesellschaft<sup>5</sup>.

*Der Autor analysiert die Rechtsnatur des Zeichnungs- und Sacheinlagevertrags bei der Gründung und bei der Kapitalerhöhung. Er zeigt, dass Zeichnungs- und Sacheinlagevertrag sowohl rechtsgeschäftlichen wie auch gesellschaftsrechtlichen Charakter haben und dass dieser Doppelnatur bei der Auslegung der Verträge und bei der Geltendmachung von Rechts-, Sach- und Willensmängeln sowie Leistungsstörungen Rechnung zu tragen ist.* **Zi.**

*L'auteur analyse la nature juridique des contrats de souscription et d'apport en nature lors de la fondation et de l'augmentation de capital. Il démontre que ces contrats possèdent tant un caractère contractuel que de droit des sociétés. Il faut prendre en compte cette double nature en interprétant les contrats et en invoquant des vices matériels, juridiques ou de la volonté, ou tout autre manquement.* **P.P.**

<sup>1</sup> MünchKommAktG-Heider, § 2 N 28 ff., für das deutsche Recht; zum Begriff des Vertrags im Allgemeinen z.B. Peter Gauch/Walter R. Schlupe, Band I: Bearbeitet von Jörg Schmid; Band II: Bearbeitet von Susan Emmenegger, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 130 f., 222 ff.

<sup>2</sup> MünchKommGmbHG-Pentz, § 23 GmbHG N 11 und MünchKommAktG-Heider, § 2 AktG N 28 ff., für das deutsche Recht; zum Begriff des einseitigen Rechtsgeschäfts im Allgemeinen z.B. Gauch/Schlupe (Fn. 1) N 129.

<sup>3</sup> Zum Gesellschaftsbegriff im Allgemeinen z.B. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. A., Bern 2012, § 1 N 2.

<sup>4</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 16 N 38, s. auch § 1 N 8.

<sup>5</sup> Art. 625 OR, wonach eine Aktiengesellschaft auch vorliegt, wenn sie durch eine Person gegründet wird.

Der Errichtungsakt einer AG als Produkt<sup>6</sup> qualifiziert aber nicht nur als Vertrag bzw. einseitige Willenserklärung, sondern auch als Statusgeschäft<sup>7</sup>, wobei je nach Umständen das eine oder andere Element zu berücksichtigen ist<sup>8</sup>, weil keines der beiden Elemente wirklich alle Facetten des Errichtungsakts beschreiben kann.

## B. Statuten

Gemäss Art. 629 Abs. 1 OR ist die Festlegung der Statuten ein Teilakt der Errichtung einer AG. Die Statuten haben damit ihren Entstehungsgrund im Errichtungsvertrag bzw. in der Errichtungserklärung<sup>9</sup>, ja sie sind ein Teil dieses Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung.

Daran anknüpfend betont die sogenannte Vertragstheorie den Rechtsgeschäftscharakter (bei mehreren Personen den Vertragscharakter) der Statuten. Die Normentheorie betont demgegenüber den Normcharakter (Gesetzescharakter) der Statuten<sup>10</sup>.

Heute ist anerkannt, dass die Statuten wie der Errichtungsvertrag bzw. die Errichtungserklärung eine Doppelnatur haben und in der Praxis je nach Umständen (und Statutenklausel<sup>11</sup>) das eine oder andere Element zu berücksichtigen ist<sup>12</sup>, weil keine der beiden Theorien wirklich alle Facetten der Statuten und des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung beschreiben kann<sup>13</sup>.

Dieser Ansatz zeigt sich z.B. bei der Auslegung der Statuten. Zu Recht geht das Bundesgericht dabei von einem vertragsrechtlichen Ausgangspunkt aus, betont aber, dass

nur bei sehr kleinen Gesellschaften eine subjektive Vertragsauslegung infrage komme, im Übrigen aber Statuten nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sind, welches Prinzip bei der (objektiven) Vertrags- und Gesetzesauslegung im Vordergrund steht<sup>14</sup>.

Die Doppelnatur der Statuten zeigt sich auch in der Begrifflichkeit: Bei den rechtsgemeinschaftlich strukturierten Gesellschaften<sup>15</sup> findet sich der Begriff der Statuten nicht. Vielmehr wird dort vom Gesellschaftsvertrag gesprochen<sup>16</sup>. Bei den Körperschaften<sup>17</sup> findet sich dagegen nur der Begriff der Statuten<sup>18</sup>, während der Begriff Gesellschaftsvertrag nicht gebraucht wird. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Statuten nicht nur ein Vertrags-element entsprechend der Vertragstheorie haben, sondern auch ein Normelement entsprechend der Normentheorie. Ausserdem bringt der Begriff der Statuten besser zum Ausdruck, dass sie nicht den ganzen Errichtungsvertrag bzw. die ganze Errichtungserklärung darstellen, sondern nur einen Teil davon. Zudem passt der Begriff der Statuten besser für die Einpersonenkörperschaft, bei der die Statuten nicht Teil des Errichtungsvertrags, sondern der Errichtungserklärung sind.

In Deutschland wird der Begriff Gesellschaftsvertrag und Satzung (für Statuten) bei Körperschaften (etwas unpräzise) z.T. synonym gebraucht<sup>19</sup>.

<sup>6</sup> S. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 14 Fn. 1, zum anderen Sinn des Worts Errichtungsakt, nämlich dem Errichtungsakt als Vorgang.

<sup>7</sup> Zur Doppelnatur des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 13 N 15 ff.; zum Begriff des Statusgeschäfts im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluep (Fn. 1) N 140 f.

<sup>8</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 13 N 16 ff.

<sup>9</sup> MünchKommAktG-Heider, § 2 AktG N 36, für das deutsche Recht.

<sup>10</sup> Zum Theorienstreit z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 7 N 5; SPR VII/2-von Greyerz, 101 ff.

<sup>11</sup> Dazu z.B. MünchKommGmbHG-Wicke, § 3 GmbHG N 101 und MünchKommGmbHG-Harbarth, § 53 GmbHG N 9 f. mit der Differenzierung von echten und unechten Statutenbestandteilen, für das deutsche Recht.

<sup>12</sup> Z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 7 N 5; schon ZK-Sieglwart, Art. 626 OR N 1 ff., 11, Vorbemerkungen zu Art. 629-639 OR N 18 ff.; a.M. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 2 N 124, nach denen nur die ersten Statuten, nicht aber geänderte Statuten als Vertrag angesehen werden können.

<sup>13</sup> MünchKommGmbHG-Mayer, § 2 GmbHG N 8 zum deutschen Recht.

<sup>14</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_235/2013 vom 27.5.2014, E. 2.3; dazu Markus Vischer/Dominik Hohler/Fabrice Eckert, Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats, Besprechung des Urteils 4A\_235/2013 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2014 (zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen), GesKR 2014 405 ff.

<sup>15</sup> Zum Begriff Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 2 N 68 ff.

<sup>16</sup> Z.B. Art. 539 Abs. 1 OR im Recht der einfachen Gesellschaft; Art. 557 Abs. 1 OR im Recht der Kollektivgesellschaft; OR 598 Abs. 1 OR im Recht der Kommanditgesellschaft.

<sup>17</sup> Zum Begriff Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 2 N 8 ff.

<sup>18</sup> Art. 622 Abs. 2 OR im Recht der Aktiengesellschaft; Art. 765 Abs. 1 OR im Recht der Kommanditaktiengesellschaft; Art. 772 Abs. 1 OR im Recht der GmbH; Art. 832 OR im Recht der Genossenschaft; s. auch Peter V. Kunz, Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaften, Die «grosse» Schweizer Aktienreform, Eine Standortbestimmung per Ende 2012, hrsg. von Rolf Watter, Zürich/St. Gallen 2010, 56.

<sup>19</sup> MünchKommGmbHG-Wicke, § 3 GmbHG N 101 und MünchKommGmbHG-Harbarth, § 53 GmbHG N 8, für das deutsche Recht; s. auch § 2 AktG: «An der Feststellung des Gesellschaftsvertrags (der Satzung) müssen ...».

### C. Zeichnungsvertrag, Zeichnungserklärung, Verfügungsgeschäft

Nach Art. 629 Abs. 2 OR ist die Zeichnung der Aktien Teil des Errichtungsakts und damit des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung<sup>20</sup>.

Die Zeichnung ist gemäss Art. 630 Ziff. 2 OR<sup>21</sup> eine bedingungslose Verpflichtung des Zeichners, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten<sup>22</sup>.

Sie muss zwecks Identifikation der Einlage<sup>23</sup> gemäss Art. 630 Ziff. 1 OR verschiedene Angaben umfassen, wie die Angabe von Anzahl, Nennwert, Art, Kategorie und Ausgabebetrag der Aktien. Sie muss auch die Angabe enthalten, ob die Einlage in Geld (auch mittels Verrechnung<sup>24</sup>) oder in Sachen, also mittels Sacheinlage erfolgt<sup>25</sup>.

Die Zeichnung wird für den Zeichner verbindlich, sobald der Errichtungsvertrag zustande gekommen bzw. die Errichtungserklärung abgegeben worden ist. Rechtstechnisch lässt sich der entsprechende Vorgang aus vertragsrechtlicher Optik aufgliedern in eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Zeichners, die als Antrag i.S. von Art. 3 ff. OR zu qualifizieren ist, und eine Annahme dieses Angebots i.S. von Art. 3 ff. OR<sup>26</sup>. Die empfangsbedürftige Willenserklärung wird in der Praxis z.T. in einem vom Errichtungsakt separaten Zeichnungsschein festgehalten<sup>27</sup>, obwohl Zeichnungsscheine nur bei der Kapitalerhöhung notwendig sind<sup>28</sup>.

Die die Zeichnung betreffenden Klauseln im Errichtungsvertrag bzw. der Errichtungserklärung, nach Art. 44 lit. d HRegV auch eine Erklärung der Gründer über die Zeichnung der Aktien, lassen sich als Zeichnungsvertrag bzw. Zeichnungserklärung bezeichnen, solange man damit

nicht die falsche Vorstellung eines gegenüber dem Errichtungsvertrag rechtlich selbständigen Vertrags bzw. einer gegenüber der Errichtungserklärung rechtlich selbständigen Erklärung verbindet.

Die Rechte und vor allem die Pflichten des Zeichners, insbesondere also die Verpflichtung des Zeichners, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten, sind beim Zeichnungsvertrag primär Rechte und Pflichten gegenüber den Vertragspartnern des Errichtungsvertrags, also gegenüber den Mitgründern<sup>29</sup>, und bei der Zeichnungserklärung eigene Rechte und Pflichten.

Es sind aber auch Rechte und Pflichten gegenüber der AG, sobald diese entstanden ist. Dies kann man mit der Normentheorie erklären, welche namentlich in dem in Art. 634a OR festgehaltenen Recht der AG, das Nonversé einzuverlangen, ihren Niederschlag findet. Man kann dies aber auch mit der Vertragstheorie erklären, wobei es zwei Ansätze gibt: Einerseits kann man den Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung als Vertrag zugunsten Dritter, d.h. zugunsten der AG, verstehen, und so z.B. das Recht der AG zum Einverlangen des Nonversé erklären<sup>30</sup>. Andererseits kann man die Rechte und Pflichten gegenüber der AG mit dem Zustandekommen eines Vertrags zwischen Zeichner und AG in Gründung erklären, welcher die Rechte und Pflichten des Zeichners aus dem Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungserklärung umsetzt und von der AG nach ihrer Gründung nach den allgemeinen Regeln übernommen wird<sup>31</sup>. In diese Richtung geht das Gesetz bei der Sacheinlagegründung, in dem es in Art. 634 Ziff. 1 OR anders als bei der Bareinlagegründung die Erstellung eines

<sup>20</sup> Gl.M. MünchKommAktG-Pentz § 23 AktG N 12, 55, für das deutsche Recht für die sogenannte Aktienübernahme.

<sup>21</sup> S. auch Art. 44 lit. d HRegV.

<sup>22</sup> S. aber nachstehend zur Bedingung des Zustandekommens der Gründung.

<sup>23</sup> BSK OR II-Schenker, Art. 630 OR N 2.

<sup>24</sup> Zur in Art. 635 Ziff. 2 OR angesprochenen Verrechnungsliberierungsgründung z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3) § 16 N 619.

<sup>25</sup> Peter Forstmoser, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung 1, Grundlagen, Gründung und Änderung des Grundkapitals, Zürich 1981, § 9 N 230, insb. Fn. 482, § 10 N 54, bezüglich der durch das 1991 in Kraft getretene Aktienrecht abgeschafften Sukzessivgründung.

<sup>26</sup> Forstmoser (Fn. 25) § 9 N 216 ff. und ZK-Siegiwart, Art. 632 OR N 1 ff., bezüglich der durch das 1991 in Kraft getretene Aktienrecht abgeschafften Sukzessivgründung.

<sup>27</sup> SHK HRegV-Tagmann, Art. 44 HRegV N 11.

<sup>28</sup> Art. 652 Abs. 1 OR, s. II.A.

<sup>29</sup> Wohl gl.M. Christoph K. Widmer, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1998, 163, Fn. 973; Forstmoser (Fn. 25) § 9 N 216 ff. (Offerte an die Gründer, Annahme durch die Gründer); ZK-Siegiwart, Art. 632 OR N 1 ff. (Offerte an die Gründer, Annahme durch die Gründer).

<sup>30</sup> Markus Bösiger, Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, hrsg. von Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni, Basel 2014, § 24 N 24.19, und Fawzi M. Sami, La souscription d'actions dans la société anonyme, Genf 1968, 72 ff. zu dieser These; zum Vertrag zugunsten eines Dritten im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluemp (Fn. 1) N 3872 ff.

<sup>31</sup> S. Art. 164 ff. OR, 175 ff. OR, Vertragsübernahmeregel, Art. 645 OR; zur Abtretung, zur Schuldübernahme und zur Vertragsübernahme im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluemp (Fn. 1) N 3398 ff.; N 3556 ff. und 3547 ff.; zur Übernahme gemäss Art. 645 OR im Allgemeinen z.B. Markus Vischer, Die Geschäftsausübung für die AG in ihrem Gründungsstadium (Handelndenhaftung [Art. 645 OR], Sachübernahmen [Art. 628 Abs. 2 OR] und «Gründervorteile» [Art. 628 Abs. 3 OR] revisited), SZW 2014 64 ff.

separaten förmlichen Dokuments mit dem Namen «Sacheinlagevertrag» zwischen Sacheinleger und AG in Gründung verlangt<sup>32</sup>.

Die Verpflichtungen des Zeichners und der AG aus dem Zeichnungsvertrag sind bedingt durch das Zustandekommen der Gründung<sup>33</sup> und, bei vorgesehener Nachliberierung, durch die Einforderung der Nachliberierung, des sogenannten Nonversé<sup>34</sup>. Es handelt sich bei der ersten Bedingung um eine Resolutivbedingung, weil die Liberierungspflicht (ausser in Bezug auf das Nonversé) vorher entstehen muss, weil ohne Erfüllung der Liberierungspflicht (ausser in Bezug auf das Nonversé) die Kapitalerhöhung nicht zustande kommen kann<sup>35</sup>. Bei der zweiten Bedingung handelt es sich dagegen um eine Suspensivbedingung.

Es besteht kein Recht des Zeichners auf Durchführung der Gründung<sup>36</sup>. Der Zeichner ist (ebenso wie die Mitgründer<sup>37</sup>), nur über Art. 156 OR vor dem Nichtzustandekommen der Gründung geschützt, also wenn die Mitgründer die Kapitalerhöhung wider Treu und Glauben verhindern, sie also ohne stichhaltige und triftige Gründe nicht durchführen<sup>38</sup>.

Im Verhältnis zur AG ist der Zeichner vorleistungspflichtig, ein vorgesehene Nonversé allerdings vorbehalten<sup>39</sup>.

Der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung qualifiziert aus der rechtsgeschäftlichen Optik als Verpflichtungsgeschäft<sup>40</sup>. Das Verfügungsgeschäft<sup>41</sup> besteht primär in der Erfüllung der Verpflichtung des Zeichners, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten. Diese Erfüllung wird Liberierung genannt<sup>42</sup>, weshalb die Verpflichtung zur Liberierung auch Liberierungspflicht heisst<sup>43</sup>.

Mit der Entstehung der AG und der Erfüllung der Liberierungspflicht (ausser in Bezug auf das Nonversé) verliert der Errichtungsvertrag bzw. die Errichtungserklärung und damit der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung an – aber nicht jede – Bedeutung<sup>44</sup>, namentlich nicht in Bezug auf die Statuten und nicht in Bezug auf das Recht zum Einverlangen des Nonversé gemäss Art. 634a OR.

#### D. Sacheinlagevertrag, Sacheinlageerklärung

Geht der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung auf Leistung einer Sacheinlage, soll die Liberierung also durch Sacheinlage erfolgen<sup>45</sup>, ist der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung zugleich Sacheinlagevertrag bzw. Sacheinlageerklärung. Der Sacheinlagevertrag bzw. die Sacheinlageerklärung ist damit wie der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung mit Barliberierungspflicht Teil des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung. Die Kontroverse zur Rechtsnatur des Sacheinlagevertrags<sup>46</sup> ist damit in diesem Sinne zu entscheiden<sup>47</sup>.

Daran ändert nichts, dass Art. 634 Ziff. 1 OR anders als bei der Bareinlagegründung die Erstellung eines separaten förmlichen Dokuments (Schriftstück bzw. öffentliche Urkunde) mit dem Namen «Sacheinlagevertrag» zwischen Sacheinleger und AG in Gründung verlangt<sup>48</sup>.

Daran ändert auch nichts, wenn der Zeichner und der Sacheinleger verschiedene Personen sind, also ein Dritter für

<sup>32</sup> S. auch ZK-Siegwart, Art. 628 OR N 17.

<sup>33</sup> Widmer (Fn. 29) 162.

<sup>34</sup> Art. 634a OR.

<sup>35</sup> Gl.M. wohl Daniel Strazzer, Die Festübernahme bei der Kapitalerhöhung der Aktiengesellschaft, Zürich 1995, 39; a.M. Widmer (Fn. 29) 163, Fn. 973, 171, 175 ff., welcher m.E. zu Unrecht zwischen Vorleistungspflicht und Liberierungspflicht unterscheidet, die Vorleistungspflicht allerdings auch resolutiv bedingt sieht.

<sup>36</sup> S. bezüglich Kapitalerhöhung II.A.

<sup>37</sup> Bösjiger (Fn. 30) § 24 N 24.25.

<sup>38</sup> Zu Art. 156 OR im Allgemeinen z.B. BSK OR I-Ehret, Art. 156 OR N 1 ff.

<sup>39</sup> Widmer (Fn. 29) 162 f., 171, 175 ff., welcher allerdings m.E. zu Unrecht zwischen Vorleistungspflicht und Liberierungspflicht unterscheidet.

<sup>40</sup> Zum Verpflichtungsgeschäft im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluep (Fn. 1) N 136.

<sup>41</sup> Zum Verfügungsgeschäft im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluep (Fn. 1) N 137 ff.

<sup>42</sup> Z.B. Widmer (Fn. 29) 71; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 14 N 18; s. Art. 634a Abs. 1 OR, Art. 685 Abs. 1 OR und Art. 693 Abs. 2 OR.

<sup>43</sup> Z.B. Forstmoser (Fn. 25) § 10 N 8.

<sup>44</sup> MünchKommGmbHG-Mayer, § 2 GmbHG N 2; zu weit gehend Münch KommAktG-Heider, § 2 AktG N 44, jeweils für das deutsche Recht; s. auch II.A.

<sup>45</sup> Forstmoser (Fn. 25) § 10 N 8.

<sup>46</sup> Z.B. Markus Vischer, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004 106 f., m.w.N

<sup>47</sup> Gl.M. Katharina Schoop, Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1981, 33; BK-Siegwart, Art. 628 OR N 6, Vorbemerkungen zu Art. 629–639 OR N 5; Hans Rudolf Geiser, Die Haftung eines Gesellschafters der G.m.b.H. bei Nichterfüllung des Sacheinlageversprechens, Bern 1944, 8; Gion Willi, Die Anwendung der Regeln über zweiseitige Verträge bei Sacheinlagegründungen im Aktienrecht, Zürich 1941, 35; MünchKommGmbHG-Märtens, § 5 GmbHG N 64 und MünchKommAktG-Pentz, § 27 AktG N 16, für das deutsche Recht.

<sup>48</sup> S. I.C.

den Zeichner als Sacheinleger erfüllt<sup>49</sup> und der Dritte den von Art. 634 Ziff. 1 OR verlangten Sacheinlagevertrag unterschreibt und damit (auch) eigene Rechte und Pflichten kreiert<sup>50</sup>.

Die Sacheinlage steht gleichrangig neben der Bareinlage. Die Sacheinlage erfolgt also nicht vor dem Hintergrund einer primären Bareinlagepflicht an Erfüllung statt oder erfüllungshalber<sup>51</sup>, weshalb nur die Sacheinlage geleistet bzw. verlangt werden kann<sup>52</sup>. Bewirkt allerdings die Sacheinlage z.B. infolge anfänglicher Überbewertung lediglich eine Teilliberierung, ist der Sacheinleger zur Restliberierung in Geld verpflichtet<sup>53</sup>.

### E. Verhältnis des Aktionärs, des Zeichners und des Sacheinlegers zur AG

Wie gezeigt begründen die Statuten, der Zeichnungsvertrag und die Zeichnungserklärung und damit auch der Sacheinlagevertrag bzw. die Sacheinlageerklärung Rechte und Pflichten auch gegenüber der AG, sobald diese entstanden ist.

Das durch die Statuten, den Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung und damit den Sachübernahmevertrag bzw. die Sachübernahmeerklärung geschaffene Verhältnis des Aktionärs, des Zeichners und des Sacheinlegers zur AG ist wie gezeigt ein rechtsgeschäftliches, aber auch ein gesetzliches Verhältnis<sup>54</sup>. Die entsprechende Beziehung hat damit wie die Beziehung des Organs zur AG eine Doppelnatur<sup>55</sup>.

## II. Zeichnung von Aktien bei der Kapitalerhöhung

### A. Zeichnungsvertrag

Wie aus Art. 652 Abs. 1 OR i.V. Art. 630 Ziff. 2 OR hervorgeht, ist die Zeichnung von Aktien bei der ordentlichen und genehmigten Kapitalerhöhung gleich wie bei der Gründung eine bedingungslose Verpflichtung, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten.

Sie muss gemäss Art. 652 Abs. 1 OR i.V. Art. 630 Ziff. 1 OR wie bei der Gründung verschiedene weitere Angaben umfassen, wie die Angabe von Anzahl, Nennwert, Art, Kategorie und Ausgabebetrag der Aktien. Sie muss wie bei der Gründung auch die Angabe enthalten, ob die Einlage in Geld (auch mittels Verrechnung<sup>56</sup>) oder in Sachen, also mittels Sacheinlage, erfolgt. Sie muss zudem auf die gefassten oder noch zu fassenden Organbeschlüsse und allenfalls den Emissionsprospekt Bezug nehmen<sup>57</sup>.

Aus der vertragsrechtlichen Optik ist die Zeichnung eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Zeichners, die als Antrag i.S. von Art. 3 ff. OR zu qualifizieren ist<sup>58</sup>.

Die Erklärung des Zeichners erfolgt bei der (ordentlichen und genehmigten) Kapitalerhöhung in der Regel schriftlich<sup>59</sup>. Die schriftliche Verkörperung der Zeichnungserklärung, die in Art. 652 Abs. 1 OR angesprochene «besondere [...] Urkunde», wird Zeichnungsschein genannt<sup>60</sup>. Der Zeichnungsschein ist kein Wertpapier, das schon eine mitgliedschaftsrechtliche Stellung verkörpern würde. Das ergibt sich aus Art. 652h Abs. 3 OR, wonach Aktien, die vor Eintragung der (ordentlichen und genehmigten) Kapitalerhöhung ausgegeben werden, nichtig sind<sup>61</sup>.

Infolge der mit der Entstehung der AG als eigene Rechtspersönlichkeit einhergehenden Verselbständigung der AG<sup>62</sup> ist die AG, und nicht die Aktionäre, zur Aufnahme neuer Mitglieder und damit zur Annahme der Anträge der

<sup>49</sup> Zur Zulässigkeit der Erfüllung der Liberierungspflicht durch einen Dritten *Barbara Castell/Hans Caspar von der Crone*, Privative Übernahme der Liberierungsschuld, Bundesgerichtsurteil 4A\_512 vom 28. Januar 2013, SZW 2013 256; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 14 N 29; *Forstmoser* (Fn. 25) § 10 N 63: «Wie die Barliberierung [...] braucht auch die Sachliberierung nicht persönlich zu erfolgen.»; zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Erfüllung einer Verpflichtung durch einen Dritten Art. 68 OR, dazu im Allgemeinen z.B. *Gauch/Schluep* (Fn. 1) N 2033 ff.

<sup>50</sup> S. auch *Castell/von der Crone* (Fn. 49) 256 zur Zulässigkeit der privaten Schuldübernahme der Liberierungspflicht mit Zustimmung der AG.

<sup>51</sup> MünchKommAktG-Pentz, § 27 N 14, für das deutsche Recht; zur Erfüllung an Erfüllung statt oder erfüllungshalber im Allgemeinen z.B. *Gauch/Schluep* (Fn. 1) N 2277 ff.

<sup>52</sup> *Schoop* (Fn. 47) 37.

<sup>53</sup> S. IV.A.

<sup>54</sup> *Bösiger* (Fn. 30) § 24 N 24.21; *Vischer* (Fn. 46) 107, und *Willi* (Fn. 47) 35 f., 50 f. betreffend Sacheinlage.

<sup>55</sup> *Widmer* (Fn. 29) 156, nach dem «der Aktionär [...] von Gesetzes wegen zur Liberierung des Ausgabebetrags verpflichtet [ist]»; zur Qualifikation der Beziehung des Organs zur AG z.B. BGE 128 III 129, E. 1a aa.

<sup>56</sup> S. Art. 652e Ziff. 2 OR.

<sup>57</sup> Art. 652 Abs. 2 OR.

<sup>58</sup> *Christoph Bürer*, Contingent Capital, Contingent Debt und Contingent Equity aus der Perspektive des schweizerischen Rechts und der Finanztheorie, Zürich 2010, 132 f., N 468; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 52 N 112; *Gaudenz Zindel*, Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft, Zürich 1984, 79; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 7, für das deutsche Recht.

<sup>59</sup> Zu den Ausnahmen bei entsprechenden Erklärungen im Rahmen der öffentlichen Beurkundung des Verwaltungsratsfeststellungsbeschlusses gemäss Art. 652g OR z.B. BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 652 OR N 2.

<sup>60</sup> Art. 652 Abs. 2 OR, s. MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 9, für das deutsche Recht.

<sup>61</sup> MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 10, für das deutsche Recht.

<sup>62</sup> S. I.C.

Zeichner i.S. von Art. 3 ff. zuständig<sup>63</sup>, wobei allerdings die bisherigen Aktionäre über den notwendigen Kapitalerhöhungsbeschluss<sup>64</sup> weichenstellend vorentscheiden.

Erklärt die AG die Annahme dieses Angebots i.S. von Art. 3 ff. OR, kommt aus der vertragsrechtlichen Optik der Zeichnungsvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen dem Zeichner und der AG zustande<sup>65</sup>. Die Erklärung der AG wird auch Zuteilung genannt<sup>66</sup>.

Die AG ist insoweit zur Annahme eines Antrags verpflichtet, als dieser im Rahmen eines nicht aufgehobenen Bezugsrechts des Zeichners liegt<sup>67</sup>.

Die Annahme i.S. von Art. 3 ff. kann auch konkludent erfolgen<sup>68</sup>.

Eine Teilannahme des Angebots ist nach den allgemeinen Regeln an sich nicht zulässig<sup>69</sup>, dürfte aber beim Angebot des Zeichners infolge einer entsprechenden Auslegung des Angebots bei einer Überzeichnung mindestens im Regelfall zulässig sein<sup>70</sup>.

Ausnahmsweise kann die Zeichnung auch die Annahme i.S. von Art. 3 ff. OR darstellen, wenn bereits ein an einen konkreten Zeichner gerichtetes Angebot i.S. von Art. 3 ff. seitens der AG vorliegt<sup>71</sup>. Die blosser Einladung an die bisherigen Aktionäre oder an das Publikum, Aktien zu zeich-

nen, ist dagegen eine Einladung zur Offertstellung durch die Angeschriebenen<sup>72</sup>.

Eine Bezugsrechtsausübung qualifiziert in aller Regel nicht als Zeichnung (und auch nicht als Verpflichtung zur Zeichnung), sondern als Absichtserklärung und Einladung zur Offertstellung durch die AG oder Aufforderung der AG, dem Betreffenden die Einladung der AG zur Offertstellung durch den Betreffenden zukommen zu lassen<sup>73</sup>.

Bei der bedingten Kapitalerhöhung ist der Wandel- oder Optionsvertrag zugleich der Zeichnungsvertrag. Er wird mit Ausübung der Erklärung, welche die Funktion der Zeichnung übernimmt<sup>74</sup>, gemäss Art. 653e Abs. 1 OR unbedingt.

Die Verpflichtungen des Zeichners und der AG aus dem Zeichnungsvertrag sind bedingt durch das Zustandekommen der Kapitalerhöhung<sup>75</sup> und, bei vorgesehener Nachliberierung, durch die Einforderung der Nachliberierung, des sogenannten Nonversé<sup>76</sup>. Es handelt sich bei der ersten Bedingung um eine Resolutivbedingung, weil die Liberierungspflicht (ausser in Bezug auf das Nonversé) vorher entstehen muss, denn ohne Erfüllung der Liberierungspflicht (ausser in Bezug auf das Nonversé) kann die Kapitalerhöhung nicht zustande kommen<sup>77</sup>. Bei der zweiten Bedingung handelt es sich dagegen um eine Suspensivbedingung.

Es besteht kein Recht des Zeichners auf Durchführung der Kapitalerhöhung, unabhängig davon, ob die Generalversammlung die Kapitalerhöhung bereits beschlossen hat oder nicht<sup>78</sup>, wobei sich bei der bedingten Kapitalerhöhung die Frage nicht stellt, weil bei ihr mit der Erfüllung der Liberierungspflicht die Kapitalerhöhung zustande kommt<sup>79</sup>. Der Zeichner ist nur über Art. 156 OR vor dem Nichtzustandekommen der (ordentlichen und genehmigten) Kapitalerhöhung geschützt, also wenn die AG die Ka-

<sup>63</sup> MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 31, für das deutsche Recht.  
<sup>64</sup> Art. 650 OR und Art. 653 OR.

<sup>65</sup> Bürer (Fn. 58) 132 ff., N 468, 471; Dieter Zobl, Zur Zeichnung von Aktien bei Festübernahmen und Bookbuildingverfahren, Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, hrsg. von Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey/Dieter Zobl, Bern 2007, 457; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 1, für das deutsche Recht.

<sup>66</sup> MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 1, für das deutsche Recht.

<sup>67</sup> Zindel (Fn. 58) 79; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 31, für das deutsche Recht; zum Bezugsrecht bei der ordentlichen und genehmigten Kapitalerhöhung im Allgemeinen s. Art. 652b OR.

<sup>68</sup> Forstmoser (Fn. 25) § 9 N 239 bezüglich der durch das 1991 in Kraft getretene Aktienrecht abgeschafften Sukzessivgründung; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 33, für das deutsche Recht.

<sup>69</sup> S. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A\_574/2013 vom 15.5.2014, E. 3.2.

<sup>70</sup> Gl.M. Forstmoser (Fn. 25) § 9 N 234, 261 bezüglich der durch das 1991 in Kraft getretene Aktienrecht abgeschafften Sukzessivgründung; Sami (Fn. 30) 138; Martin Eimer, Zeichnungsverträge und Zeichnungsvorverträge, Zu den Rechten und Pflichten aus dem Vertrag über die Vorerhöhungsgesellschaft, Frankfurt a.M. 2009, 33, für das deutsche Recht.

<sup>71</sup> Zindel (Fn. 58) 78 f.; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 7, für das deutsche Recht.

<sup>72</sup> S. Art. 652a Abs. 2 OR: «Einladung zur Zeichnung»; MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 7, für das deutsche Recht; zur Einladung zur Offertstellung im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluemp (Fn. 1) N 369 ff.

<sup>73</sup> Gl.M. MünchKommAktG-Pfeifer, § 186 AktG N 38 ff., für das deutsche Recht.

<sup>74</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 52 N 381 f.

<sup>75</sup> Z.B. BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 652 OR N 1; Widmer (Fn. 29) 162.

<sup>76</sup> Art. 652c OR i.V. Art. 634a OR; zum Begriff des Nonversé z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 14 N 30.

<sup>77</sup> A.M. Widmer (Fn. 29) 163, Fn. 973, 171, 175 ff., welcher m.E. zu Unrecht zwischen Vorleistungspflicht und Liberierungspflicht unterscheidet, die Vorleistungspflicht allerdings auch resolutiv bedingt sieht.

<sup>78</sup> MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 35, für das deutsche Recht.

<sup>79</sup> S. Art. 653 Abs. 2 OR und 653e Abs. 3 OR.

pitalerhöhung wider Treu und Glauben verhindert, sie also ohne stichhaltige und triftige Gründe nicht durchführt<sup>80</sup>.

Im Verhältnis zur AG ist der Zeichner in Bezug auf die Liberierung vorleistungspflichtig, vorgesehene Nonversé allerdings vorbehalten<sup>81</sup>.

Vor dem Zustandekommen des Zeichnungsvertrags gibt es keine Verpflichtungen des Zeichners, sieht man einmal von der Bindung an ein vorangegangenes Angebot i.S. von Art. 3 ff. OR ab. Solche Verpflichtungen werden auch nicht durch den Kapitalerhöhungsbeschluss gemäss Art. 650 OR und Art. 653 OR bzw. die Zustimmung des Zeichners dazu begründet<sup>82</sup>.

Der Zeichnungsvertrag qualifiziert aus der vertragsrechtlichen Optik als Verpflichtungsgeschäft<sup>83</sup>. Das Verfügungsgeschäft besteht auf der Seite des Zeichners in der Erfüllung seiner Verpflichtung, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten, d.h. der Liberierung. Zu mehr ist der Zeichner nicht verpflichtet, also z.B. nicht zur Tragung von Kosten der Kapitalerhöhung, auch wenn sie scheitert, zur Übernahme einer Organfunktion etc.<sup>84</sup>.

Bei der Kapitalerhöhung aus Eigenkapital<sup>85</sup> und bei der Liberierung durch Herabsetzung der Liberierungsquote<sup>86</sup> gibt es keinen Zeichnungsvertrag.

Die Zeichnung als Angebot und deren Annahme schaffen aber nicht nur ein vertragliches Verhältnis des Zeichners zur AG, sondern auch ein gesetzliches Verhältnis. Die entsprechende Beziehung hat damit erneut eine Doppelnatur.

## B. Sacheinlagevertrag

Geht der Zeichnungsvertrag auf Leistung einer Sacheinlage, ist der Zeichnungsvertrag zugleich Sacheinlagevertrag, wobei das Gesetz anders als bei der Bareinlagekapitalerhöhung<sup>87</sup> analog den Vorschriften bei der Gründung

bei der Sacheinlagekapitalerhöhung ein separates förmliches Dokument (Schriftstück bzw. öffentliche Urkunde) mit dem Namen «Sacheinlagevertrag» verlangt<sup>88</sup>.

## C. Verhältnis des Zeichners und des Sacheinlegers zur AG

Die Zeichnung als Angebot und deren Annahme und der Sacheinlagevertrag schaffen aber nicht nur ein vertragliches Verhältnis des Zeichners und Sacheinlegers zur AG, sondern erneut auch ein gesetzliches Verhältnis. Die entsprechende Beziehung hat damit erneut eine Doppelnatur.

## III. Qualifikation des Zeichnungsvertrags bzw. der Zeichnungserklärung und des Sacheinlagevertrags bzw. der Sacheinlageerklärung

Die Qualifizierung der vertraglichen Beziehung der Beteiligten vor Entstehung der AG ist umstritten. Im Regelfall wird bei mehreren Gründern eine einfache Gesellschaft i.S. von Art. 530 ff. OR vorliegen<sup>89</sup>. In diesem Fall kommen Art. 530 ff. OR zur Anwendung, soweit diese Normen nicht durch Sondernormen wie Art. 645 OR oder Art. 752 ff. OR verdrängt werden<sup>90</sup>.

Das anwendbare Recht beantwortet auch die Frage, wem die vorgeleistete Bar- oder Sacheinlage<sup>91</sup> vor Gründung der AG rechtlich zusteht. Im Regelfall wird bei Anwendung des Rechts der einfachen Gesellschaft davon auszugehen sein, dass die Bar- oder Sacheinlage im Eigentum des Zeichners bzw. Sacheinlegers verbleibt. Bei mehreren Gründern würde damit eine Einbringung in die einfache Gesellschaft quoad sortem vorliegen<sup>92</sup>.

Der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung als Teil des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung weist, insbesondere dann, wenn er auch Wirkung gegenüber der entstandenen AG entfaltet, kaufrechtliche

<sup>80</sup> Für Schadenersatzansprüche bei durch die Generalversammlung bereits beschlossenen, aber dann nicht durchgeführten Kapitalerhöhungen BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 652 OR N 3 und Forstmoser (Fn. 25) § 15 N 133; zu Art. 156 OR im Allgemeinen z.B. BSK OR I-Ehrat, Art. 156 OR N 1 ff.

<sup>81</sup> Widmer (Fn. 29) 162 f., 171, 175 ff., welcher allerdings m.E. zu Unrecht zwischen Vorleistungspflicht und Liberierungspflicht unterscheidet.

<sup>82</sup> MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 1, für das deutsche Recht.

<sup>83</sup> MünchKommAktG-Pfeifer, § 185 AktG N 1, für das deutsche Recht.

<sup>84</sup> S. auch Forstmoser (Fn. 25) § 9 N 249 bezüglich der durch das 1991 in Kraft getretene Aktienrecht abgeschafften Sukzessivgründung.

<sup>85</sup> S. Art. 652d OR.

<sup>86</sup> Dazu im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6) § 52 N 118, 147 f.

<sup>87</sup> Und anders als das deutsche Recht, z.B. Eimer (Fn. 70) 40 f.

<sup>88</sup> Art. 652c OR i.V. Art. 634 Ziff. 1 OR.

<sup>89</sup> Vischer (Fn. 31) 63 f.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 N 92.

<sup>90</sup> Vischer (Fn. 31) 64.

<sup>91</sup> S. I.C.

<sup>92</sup> Offenbar eher für eine Einbringung quoad dominium Peter Jung, Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, recht 2013, 84; zu den Einbringungsarten bei der einfachen Gesellschaft im Allgemeinen z.B. BSK OR II-Handschin, Art. 531 OR N 6 ff.

Elemente, und, wenn er zugleich Sacheinlagevertrag bzw. Sacheinlageerklärung ist, tauschrechtliche Elemente auf<sup>93</sup>.

Das gilt auch für den Zeichnungsvertrag bzw. Sacheinlagevertrag bei der Kapitalerhöhung.

Erneut sei aber daran erinnert, dass der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung und damit der Sacheinlagevertrag bzw. die Sacheinlageerklärung nicht nur ein rechtsgeschäftliches, sondern auch ein gesetzliches Verhältnis zwischen Zeichner bzw. Sacheinleger und AG schaffen.

#### IV. Rechts- und Sachmängel und Willensmängel und andere Leistungsstörungen beim Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungserklärung und des Sacheinlagevertrags bzw. der Sacheinlageerklärung

##### A. Geltendmachung durch den Zeichner bzw. Sacheinleger

Die Haftung der AG für vom Zeichner bzw. Sacheinleger geltend gemachte Rechts- und Sachmängel beim Zeichnungsvertrag bzw. bei der Zeichnungserklärung und beim Sacheinlagevertrag bzw. bei der Sacheinlageerklärung richtet sich nach Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR (Zeichnungsvertrag bzw. Zeichnungserklärung) bzw. Art. 237 OR i.V. Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR (Sacheinlagevertrag bzw. Sacheinlageerklärung)<sup>94</sup>, ergänzt in Einzelbereichen durch Art. 97 ff. OR<sup>95</sup> bzw. nach innerhalb der allgemeinen Schranken zulässigen abweichenden rechtsgeschäftlichen Regelungen im Zeichnungsvertrag bzw. in der Zeichnungserklärung und im Sacheinlagevertrag bzw. in der Sacheinlageerklärung<sup>96</sup>.

Die Anwendung anderer Vorschriften beim Sacheinlagevertrag bzw. der Sacheinlageerklärung, z.B. mietrechtlicher Vorschriften analog Art. 531 Abs. 3 OR, ist ausgeschlossen, weil Mietverträge nicht per se sacheinlagefähig sind<sup>97</sup>. Sie sind es nur im Zusammenhang mit der Einlage anderer Sachen, z.B. als Teil eines Unternehmens<sup>98</sup>, in welchem Fall, auch wenn ein Mietvertrag als Teil des Unternehmens miteingelegt wird, einheitlich Kauf- (bzw. Tausch-)Recht zur Anwendung kommt<sup>99</sup>.

Die Regelung bei vom Zeichner bzw. Sacheinleger geltend gemachten Willensmängeln richtet sich nach den allgemeinen Regeln von Art. 21 OR, Art. 23–26 OR und Art. 28–31 OR<sup>100</sup> bzw. nach innerhalb der allgemeinen Schranken zulässigen abweichenden rechtsgeschäftlichen Regelungen im Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungserklärung und dem Sacheinlagevertrag bzw. der Sacheinlageerklärung.

Eine Heilung der nach Massgabe der anwendbaren gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Regelung vorhandenen Rechts-, Sachmängel und Willensmängel mit Eintragung der AG bzw. der Kapitalerhöhung nach Art. 643 Abs. 2 OR<sup>101</sup> findet nicht statt. Die Heilungswirkung von Art. 643 Abs. 2 OR betrifft (unter Vorbehalt der Auflösungsklage nach Art. 643 Abs. 3 OR) nur den Bestand der AG bzw. der Kapitalerhöhung<sup>102</sup>. Der Zeichner bzw. Sacheinleger kann sich damit grundsätzlich auf entsprechende Mängel berufen, unabhängig davon, ob sich diese Mängel aus der gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Regelung ergeben.

<sup>93</sup> Vischer (Fn. 46) 106 ff.; Raffael Büchi, Spin-off, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, Bern 2001, 85, Fn. 525; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_581/2012 vom 29.8.2013, E. 4, wo das Bundesgericht selbst einen Verkauf von Aktien an eine AG unter Stehenlassen des Kaufpreises mit anschliessender Verrechnungskapitalerhöhung (zu weitgehend) als Tausch qualifizierte; zum Zeichnungsvertrag als Innominatkontrakt z.B. *Sami* (Fn. 30) 74 f.; zum Sacheinlagevertrag als Innominatkontrakt *Bösiger* (Fn. 30) § 24 N 24.21.

<sup>94</sup> Vischer (Fn. 46) 109 ff., und *Bösiger* (Fn. 30) § 24 N 24.21 bezüglich Sacheinlagevertrag.

<sup>95</sup> Dazu im Allgemeinen *Markus Vischer*, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, *AJP 2011* 1170 ff. bezüglich Nachbesserung, und *Markus Vischer*, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, *SJZ 2010* 129 bezüglich Schadenersatz.

<sup>96</sup> Vischer (Fn. 46) 109 f.

<sup>97</sup> *Markus Vischer*, Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, *SZW 2012* 294.

<sup>98</sup> Zur Sacheinlagefähigkeit eines Unternehmens im Allgemeinen z.B. *Vischer* (Fn. 31) 69.

<sup>99</sup> *Markus Vischer*, Unternehmensübertragungsvertrag, Besprechung des Urteils 4A\_601/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, *GesKR 2011* 83 f., insbesondere 84; *Markus Vischer*, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 III 18 (4C.197/2002 vom 10. Oktober 2002 i.S. A. [Kläger und Beschwerdeführer] gegen B. AG [Beklagte und Beschwerdegegnerin]), *SZW 2003* 335 ff., insbesondere 338; *Vischer* (Fn. 46) 107; z.T. a.M. *Widmer* (Fn. 29) 334, und *Forstmoser* (Fn. 25) § 10 N 56 unter Berufung auf Art. 531 Abs. 3 OR.

<sup>100</sup> *Vischer* (Fn. 46) 110.

<sup>101</sup> Zur analogen Anwendung von Art. 643 Abs. 2 OR auf die Kapitalerhöhung z.B. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 17 N 15, § 52 N 195.

<sup>102</sup> *Böckli* (Fn. 89) § 1 N 441, 585a f.; *Vischer* (Fn. 46) 110; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 17 N 16; s. immerhin sogleich.

Allerdings sind die Rechtsfolgen der Berufung auf entsprechende Mängel aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Normen entsprechend der Doppelnatur des Zeichnungsvertrags bzw. der Zeichnungserklärung und des Sacheinlagevertrags bzw. der Sacheinlageerklärung modifiziert<sup>103</sup>.

Führt die Berufung Rechts-, Sachmängel oder Willensmängel nach der Gründung der AG durch den Zeichner bzw. Sacheinleger dazu, dass der Zeichner bzw. Sacheinleger Forderungen gegen die AG hat, so liegt im Resultat eine blosser Teilliberierung des Zeichners bzw. Sacheinlegers vor, auch dann, wenn der Ausgabebetrag nominal nicht betroffen ist, z.B. dann, wenn die AG eine Sacheinlage zulässigerweise aufwertet<sup>104</sup> und Forderungen nur im Rahmen des Aufwertungsgewinns bestehen.

Eine blosser Teilliberierung ändert (wie eine Nichtliberierung<sup>105</sup>) an sich nichts an der Pflicht des Zeichners bzw. Sacheinlegers zur Vollliberierung<sup>106</sup>. Die Pflicht zur Restliberierung besteht bei einer ursprünglichen Bareinlage in der Leistung von Geld und bei einer ursprünglichen Sacheinlage in der Leistung der Sacheinlage, wenn und soweit sie möglich ist, und, in der Leistung von Geld, wenn und soweit sie nicht mehr möglich ist, z.B. bei ursprünglicher Überbewertung der Sacheinlage<sup>107</sup>.

Im Falle von blossen Teilliberierungen wird in Anlehnung an das deutsche Recht auch von einer verschuldensunabhängigen Differenzhaftung des Zeichners bzw. Sacheinlegers (im Umfang der Differenz zwischen gezeichnetem und liberiertem Betrag) gesprochen<sup>108</sup>. In dieser gesetzlichen Haftung zeigt sich die Doppelnatur des Zeichnungsvertrags bzw. der Zeichnungserklärung und des Sacheinlagevertrags bzw. der Sacheinlageerklärung.

Die Pflicht zur Restliberierung hat nichts mit dem Verbot der Einlagerückgewähr<sup>109</sup> oder demnach auch nicht mit einer wiederaufgelebter Liberierungspflicht bei einer erfolgten Rückgewähr zu tun, ganz abgesehen davon, dass

es dieses Verbot und demzufolge auch eine wiederauflebende Rückgewähr bei stattgefundener Rückgewähr nicht gibt<sup>110</sup>. Es stellt sich aber die Frage, ob der betroffene Zeichner bzw. Sacheinleger nicht ein Recht auf Befreiung von der angesprochenen Pflicht zur Restliberierung hat. Dies ist in Analogie zu oder sogar in Anwendung von Art. 736 Ziff. 4 OR zu bejahen<sup>111</sup>. Im Rahmen von Art. 736 Ziff. 4 OR ist anerkannt, dass der Richter nicht nur die Totalliquidation der AG, sondern auch eine (wirtschaftliche) Teilliquidation der AG<sup>112</sup> mittels bestimmter Verfahren, d.h. mittels einer Dividende, einer Kapitalherabsetzung, eines Rückkaufs eigener Aktien oder einer Spaltung der Gesellschaft anordnen kann<sup>113</sup>.

Entsprechend ist dem Zeichner bzw. Sacheinleger ein Recht auf Befreiung von seiner Pflicht in einem der Verfahren gemäss Art. 736 Abs. 4 OR zuzubilligen, wobei das Verfahren zu wählen ist, das für die Gesellschaft die am wenigsten schädlichen Auswirkungen zeitigt<sup>114</sup>. In diesen Verfahren darf deshalb auch ohne Weiteres eine Anleihe bei Art. 822 ff. OR bemacht werden, welche Bestimmungen den Austritt bzw. Ausschluss eines Gesellschafters bei der GmbH regeln.

Ökonomisch stellen die Verfahren gemäss Art. 736 Abs. 4 OR<sup>115</sup> den Zeichner bzw. Sacheinleger gleich, wie wenn er seiner Pflicht zur Restliberierung nachkommen würde, denn entweder behält er bei diesen Verfahren seine Aktio-

<sup>103</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 17 N 34 bezüglich Willensmängel; *ZK-Siegrwart*, Art. 628 OR N 43 bezüglich Sacheinlagen.

<sup>104</sup> Z.B. bei Aktiven mit beobachtbarem Marktpreis in einem aktiven Markt gemäss Art. 960b OR; dazu im Allgemeinen z.B. *Peter Böckli*, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich/Basel/Genf 2014, N 377 ff., N 496 und N 912 ff.

<sup>105</sup> BGE 102 II 353, E. 4a.

<sup>106</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 17 N 36.

<sup>107</sup> *Böckli* (Fn. 89) § 1 N 444; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 17 N 37; *Schoop* (Fn. 47) 30; *Forstmoser* (Fn. 25) § 10 N 57.

<sup>108</sup> Z.B. *Vischer* (Fn. 97) 296; *Vischer* (Fn. 46) 110 ff.

<sup>109</sup> BGE 32 II 96, E. 6; *Urs Kägi*, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2012, § 4 N 124.

<sup>110</sup> OFK OR-*Vischer*, Art. 680 Abs. 2 OR N 8 ff.; *Kägi* (Fn. 109) § 4 N 108 ff.; a.M. die herrschende Lehre und Rechtsprechung, z.B. BSK OR II-*Kurer/Kurer*, Art. 680 OR N 7 ff.; BGE 123 III 473, E. 5b.

<sup>111</sup> Im Resultat gl.M. die ältere Lehre, z.B. *Walter Boesch*, Willensmängel beim Beitritt zu Kapitalgesellschaften, Uster 1937, 96 ff.

<sup>112</sup> *Böckli* (Fn. 89) § 16 N 201.

<sup>113</sup> Z.B. *Böckli* (Fn. 89) § 16 N 202; s. auch *Thomas Friedrich Müller*, Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Bern 1997, 80 f. zum Verfahren der Kapitalerhöhung u.a. mittels Liberierung der Restliberierungsschuld mit frei verfügbarem Eigenkapital.

<sup>114</sup> Zu den Gefahren einer Teilliquidation im Allgemeinen z.B. *Böckli* (Fn. 89) § 16 N 203b, 206.

<sup>115</sup> S. bezüglich indirekten Erlöschens der Pflicht zur Restliberierung über eine Dividende durch Verrechnung der Restliberierungsforderung der AG und der Dividendenforderung des Zeichners bzw. Sacheinlegers z.B. *Böckli* (Fn. 89) § 1 N 322; *Vischer* (Fn. 46) 111, und bezüglich Befreiung von der Pflicht zur Restliberierung durch eine Kapitalherabsetzung z.B. *Böckli* (Fn. 89) § 1 N 322, § 2 N 363, 373a; *Vischer* (Fn. 46) 111; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 53 N 40, 190; zur konstitutiven Kapitalherabsetzung mittels Schulderlass im Allgemeinen BSK OR II-*Küng/Schoch*, Art. 734 OR N 30; s. auch Art. 59 HRegV zur sogenannten Ent- bzw. Deliberierung; dazu SHK HRegV-*Tagmann*, Art. 59 HRegV N 1.

närsstellung, wobei seine Aktien aber über die gleichzeitige Abfindung der anderen Aktionäre an Wert verlieren (wie bei der Dividende und bei der Kapitalherabsetzung mit Nennwertherabsetzung aller Aktien), oder er verliert bei diesen Verfahren seine Aktionärsstellung ganz oder teilweise, erhält aber dafür eine Abfindung (wie bei der Kapitalherabsetzung mit ganzer oder teilweiser Rücknahme seiner Aktien oder bei Rückkauf aller oder eines Teils seiner Aktien durch die AG). Verliert der Zeichner bzw. Sacheinleger seine Aktien oder mindestens ein Teil seiner Aktien, liegt, wird nicht die ganze AG liquidiert, im Resultat ein Austritt bzw. Teilaustritt des Zeichners bzw. Sacheinlegers vor<sup>116</sup>.

In diesem Sinne, und nur in diesem Sinne<sup>117</sup>, ist die herrschende Lehre und Rechtsprechung bezüglich Ausschluss der Berufung auf Rechts- und Sachmängel oder Willensmängel infolge der Heilungswirkung nach Art. 643 Abs. 2 OR<sup>118</sup> zu verstehen<sup>119</sup>, wenn man denn hier überhaupt von Heilungswirkung sprechen will.

Dies erklärt auch, warum extensive vertragliche Rechts- und Sachgewährleistungsregelungen bzw. Regelungen bei Willensmängeln zugunsten des Zeichners bzw. Sacheinlegers wenig zielführend sind.

Kommt der Zeichner bzw. der Sacheinleger der verbleibenden Pflicht zur Vollliberierung nicht nach oder nicht gänzlich nach (und befreit ihn die AG nicht mittels der genannten Verfahren von dieser Pflicht bzw. kann ihn nicht befreien), kann die AG nach Art. 681 f. OR vorgehen<sup>120</sup>. Denn der Rechtsbehelf der Kaduzierung steht der AG nicht nur in Verzugsfällen, sondern auch in Schlechterfüllungsfällen (also bei der Berufung der AG auf Sach-, Rechts- oder Willensmängel, welche im Resultat zu einer Teilliberierung des Zeichners bzw. Sacheinlegers führen) zu<sup>121</sup>. Gleich wie bei Rechts-, Sach- oder Willensmängeln verhält es sich auch bei anderen Leistungsstörungen (z.B.

bei Berufung auf nachträgliche Unmöglichkeit der libe-rierten Aktien oder der Sacheinlage durch den Zeichner bzw. Sacheinleger<sup>122</sup>).

## B. Geltendmachung durch die Mitgründer bzw. die AG

Auch die Haftung des Zeichners bzw. des Sacheinlegers für von den Mitgründern bzw. der AG geltend gemachte Rechts- und Sachmängel beim Zeichnungsvertrag bzw. bei der Zeichnungserklärung und beim Sacheinlagevertrag bzw. bei der Sacheinlageerklärung richtet sich nach Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR (Zeichnungsvertrag bzw. Zeichnungserklärung) bzw. Art. 237 OR i.V. Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR (Sacheinlagevertrag bzw. Sacheinlageerklärung), ergänzt in Einzelbereichen durch Art. 97 ff. OR bzw. nach innerhalb der allgemeinen Schranken zulässigen abweichenden rechtsgeschäftlichen Regelungen im Zeichnungsvertrag bzw. in der Zeichnungserklärung und im Sacheinlagevertrag bzw. in der Sacheinlageerklärung.

Die Anwendung anderer Vorschriften beim Sacheinlagevertrag bzw. der Sacheinlageerklärung ist erneut ausgeschlossen.

Die Regelung bei von den Mitgründern bzw. der AG geltend gemachten Willensmängeln richtet sich ebenfalls nach den allgemeinen Regeln von Art. 21 OR, Art. 23–26 OR und Art. 28–31 OR bzw. nach innerhalb der allgemeinen Schranken zulässigen abweichenden rechtsgeschäftlichen Regelungen im Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungserklärung und dem Sacheinlagevertrag bzw. der Sacheinlageerklärung.

Eine Heilung der nach Massgabe der anwendbaren gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Regelung vorhandenen Rechts-, Sachmängel und Willensmängel mit Eintragung der AG bzw. der Kapitalerhöhung nach Art. 643 Abs. 2 OR findet erneut nicht statt. Die Mitgründer bzw. die AG können sich damit grundsätzlich auf entsprechende Mängel berufen, unabhängig davon, ob sich diese Mängel aus der gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Regelung im Zeichnungsvertrag bzw. in der Zeichnungserklärung oder im Sacheinlagevertrag bzw. in der Sacheinlageerklärung ergeben.

Allerdings sind die Rechtsfolgen der Berufung auf entsprechende Mängel aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Normen entsprechend der Doppelnatur des Zeichnungsvertrags bzw. der Zeichnungserklärung und des Sacheinlagevertrags bzw. der Sacheinlageerklärung modifiziert:

<sup>116</sup> S. auch *Böckli* (Fn. 89) § 16 N 206.

<sup>117</sup> Also Verbleib der Pflicht zur Restliberierung bzw. Befreiung von dieser Pflicht mittels Teilliquidation der AG mit oder ohne Austritt bzw. Teilaustritt des Zeichners bzw. Sacheinlegers.

<sup>118</sup> Bezüglich Willensmängel z.B. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6) § 17 N 35, § 52 N 196, und *Schoop* (Fn. 47) 121; BGE 102 Ib 21, E. 2; bezüglich Schadenersatzforderungen des Sacheinlegers *Willi* (Fn. 47) 78 ff.; s. auch *Kägi* (Fn. 109) § 4 N 126, welcher der herrschenden Lehre aus anderen Gründen zustimmt.

<sup>119</sup> *Vischer* (Fn. 46) 110.

<sup>120</sup> *Vischer* (Fn. 46) 112.

<sup>121</sup> OFK OR-*Vischer*, Art. 681 OR N 2; *Vischer* (Fn. 46) 112; zu Art. 681 f. OR im Allgemeinen z.B. OFK OR-*Vischer*, Art. 681 OR N 1 ff., Art. 682 OR N 1 ff.

<sup>122</sup> *Schoop* (Fn. 47) 122.

Berufen sich die Mitgründer bzw. die AG auf Rechts-, Sach- oder Willensmängel, was zu einer Teilliberierung führt, steht ihnen neben der Berufung auf die verbleibende Pflicht zur Vollliberierung die Berufung auf Art. 192 ff. OR und 197 ff. OR bzw. Art. 237 OR i.V. Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR und Art. 21 OR, Art. 23–26 OR und Art. 28–31 OR bzw. auf abweichende rechtsgeschäftliche Regelungen im Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungserklärung und dem Sacheinlagevertrag bzw. der Sacheinlageerklärung zu.

Kommt der Zeichner bzw. der Sacheinleger der verbleibenden Pflicht zur Vollliberierung nicht nach oder nicht gänzlich nach, kann die AG nach Art. 681 f. OR vorgehen.

Die AG kann den Zeichner bzw. Sacheinleger aber auch mittels Verfahren der Dividendenausschüttung oder Kapitalherabsetzung von seiner Pflicht zur Restliberierung befreien.

Gleich wie bei Rechts-, Sach- oder Willensmängeln verhält es sich auch bei anderen Leistungsstörungen (z.B. bei Berufung auf nachträgliche Unmöglichkeit der liberierten Aktien oder der Sacheinlage durch den Zeichner bzw. Sacheinleger<sup>123</sup>).

<sup>123</sup> Schoop (Fn. 47) 122.

## V. Zusammenfassung und Thesen

Die Zeichnung ist die bedingungslose Verpflichtung des Zeichners, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten.

Bei der Gründung ist diese Verpflichtung Teil des bei der Gründung zwischen den Gründern geschlossenen Zeichnungsvertrags bzw. der bei der Gründung vom Gründer abgegebenen Zeichnungserklärung. Der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung ist seinerseits/ihrerseits Teil des Errichtungsvertrags bzw. der Errichtungserklärung.

Bei der Kapitalerhöhung ist diese Verpflichtung Teil des zwischen dem Zeichner und der AG abgeschlossenen Zeichnungsvertrags.

Geht der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung auf Leistung einer Sacheinlage, ist der Zeichnungsvertrag zugleich Sacheinlagevertrag bzw. die Zeichnungserklärung zugleich Sacheinlageerklärung.

Der Zeichnungsvertrag bzw. die Zeichnungserklärung und damit auch der Sacheinlagevertrag bzw. die Sacheinlageerklärung haben sowohl rechtsgeschäftlichen wie gesellschaftsrechtlichen Charakter und damit eine Doppelnatur, was bei der Auslegung, aber auch bei Leistungsstörungen zu berücksichtigen ist.

# Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht / Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs

Prof. Dr. iur. Rolf Sethe, LL.M., und MLaw Fabio Andreotti (beide Zürich)

Im Berichtszeitraum stand die Umsetzung der Minderinitiative im Mittelpunkt. Viel Beachtung fand der Entscheid des BGer zur Unzulässigkeit des Partizipationskapitals bei der Genossenschaft; im Übrigen beschäftigte sich die Rechtsprechung mit der Klärung von Detailfragen.

## I. Gesetzgebung

### A. Umsetzung der Abzockerinitiative, sistierte Aktienrechtsrevision

Mit der zum 1.1.2014 in Kraft gesetzten Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften (VegüV) hat der Bundesrat (BR) die 2013 angenommene Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (BV 95 III)

umgesetzt. Aufgrund der Vernehmlassung kam es zu einigen Änderungen gegenüber dem Vorentwurf (VE). Man verzichtete auf die reisserische Bezeichnung «Verordnung gegen Abzockerei» und nahm neben sprachlichen Präzisierungen insbesondere folgende inhaltliche Änderungen vor: (1) Die GV erhält – ausserhalb der zwingenden Bestimmungen von VegüV 18 III – mehr Gestaltungsfreiheit in Bezug auf die Abstimmung über die Vergütungen von Mitgliedern des VR, der GL oder des Beirates. So kann die GV in den Statuten festlegen (VegüV 18 II), ob sie einen Beschluss- oder Genehmigungsmechanismus anwenden will und auf welche Referenzperiode (retrospektiv, prospektiv oder Kombination der beiden) sich die Vergütungen beziehen. Keine Vorgaben gibt es für den Fall, dass die

GV die Vergütungen ablehnt (VegüV 18 II Satz 2). In Frage kommen bspw. die Einberufung einer ausserordentlichen oder die Verschiebung der Abstimmung auf die nächste ordentliche GV. (2) Eine wichtige Präzisierung beinhaltet VegüV 20 Ziff. 1, der geschuldete Vergütungen bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses von den unzulässigen Abgangsentschädigungen ausnimmt (z.B. Lohnforderungen aus Arbeitsvertrag). Ebenfalls nicht darunter fallen Antrittsprämien (siehe VegüV 20 Ziff. 2), die eine Entschädigung für Ansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber darstellen. Provisionen für Umstrukturierungen fallen bloss unter das Verbot, wenn sie konzerninterne Vorgänge betreffen (VegüV 20 Ziff. 3). (3) Vorsorgeeinrichtungen können auf die Stimmabgabe im Vorfeld der GV nicht gänzlich verzichten, sich bei einzelnen Traktanden jedoch der Stimme enthalten. Sie haben sich am mutmasslichen langfristigen Interesse der Versicherten zu orientieren (VegüV 22). Sie legen zudem detailliert offen, wenn sie nicht den Anträgen des VR gefolgt sind oder sich enthalten haben (VegüV 23). (4) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit (VegüV 24) fällt nun differenzierter aus: So ist u.a. das Ausrichten oder Beziehen von Darlehen, Krediten und Renten, die nicht den statutarischen Vorgaben entsprechen, nicht mehr strafbar (VegüV 24 I). Auf eine Bagatelklausele für geringfügige Vergütungen wurde verzichtet. Die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Verstosses gegen die Mitwirkungsrechte der Aktionäre wird sodann auf den VR beschränkt (VegüV 24 II). (5) Das Übergangsrecht sieht vor, dass spätestens an der zweiten ordentlichen GV nach Inkrafttreten der VegüV Statuten und Reglemente der Gesellschaften angepasst werden (VegüV 27 I). Die laufenden Arbeitsverträge sind spätestens bis Ende 2015 anzupassen (VegüV 28). Die Wahlbestimmungen gelten ab der ersten ordentlichen GV nach dem Inkrafttreten (VegüV 29 I). Die Abstimmung der GV über die Vergütungen der Mitglieder des VR, der GL und des Beirats hat spätestens an der zweiten ordentlichen GV zu erfolgen (VegüV 31 II).

Aufgrund der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» war die Aktienrechtsrevision (8.011) 2012 sistiert worden. Die Vorlage wurde 2013 zur Überarbeitung an den BR zurückgewiesen. Eine überarbeitete Fassung soll unter Berücksichtigung der neuen Verfassungsbestimmungen voraussichtlich Ende 2014 in die Vernehmlassung gehen. Bis dahin bleibt die Umsetzung der Initiative ohne formell-gesetzliche Grundlage im OR, BVG und StGB. In diesen Gesetzen enthaltene, der Verordnung (VegüV) widersprechende Bestimmungen sind ausser Kraft gesetzt (VegüV 1 II).

In die Aktienrechtsrevision will der BR auch eine Vorlage zur höheren Transparenz im Rohstoffsektor integrieren. Demnach sollen Zahlungen, die bei der Förderung von Mineralien, Öl, Gas und Holz an staatliche Stellen geleistet werden, von börsenkotierten sowie von grossen, in der Rohstoffförderung tätigen Unternehmen jährlich offengelegt werden müssen (Medienmitteilung, 25.6.2014).

## B. Verjährungsrecht

Am 29.11.2013 veröffentlichte der BR die Botschaft (BBI 2014 235) für die punktuelle Verbesserung und Vereinheitlichung des Verjährungsrechts. Auf die fünfjährige relative Frist für Verantwortlichkeitsansprüche soll aber trotz Einführung einer neuen allgemeinen dreijährigen Frist (E-OR 60 I) nicht verzichtet werden. Gleiches gilt für die fünfjährige Frist bei der Rückerstattungsklage (OR 678 IV). Die Revision des Verjährungsrechts hätte dennoch Auswirkungen auf das Gesellschaftsrecht: Für die absolute Verjährungsfrist nach OR 760 I bzw. OR 919 I stellt der Entwurf klar, dass für den Beginn des Fristenlaufs der Tag massgebend ist, an dem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte. Stellt die schädigende Handlung auch eine strafbare Handlung dar, so verjährt der Anspruch auf Schadenersatz frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung (E-OR 760 II, 919 II). Die Regressforderung eines Genossenschafters für den im Konkurs erbrachten Mehrbetrag soll anstatt nach einem erst nach drei Jahren verjähren (E-OR 878 II). Im Übrigen verweist die Botschaft auf die laufende Revision des Aktienrechts, der nicht vorzugreifen sei. NR und SR haben sich noch nicht mit der Vorlage (13.100) beschäftigt.

## C. SchKG-Teilrevision (Sanierungsrecht)

Nach Ablauf der Referendumsfrist traten die neuen Bestimmungen der SchKG-Teilrevision (Sanierungsrecht) am 1.1.2014 in Kraft (AS 2013 4111). Zum Inhalt vgl. *Sethe/Andreotti*, SJZ 109 2013 491 ff.

## D. Modernisierung des Handelsregisterrechts und Änderung des Revisionsaufsichtsgesetzes

In der Vernehmlassung zur Revision des Handelsregisterrechts wurden insbesondere die Einführung eines gesamtschweizerischen Handelsregisters und die Abschaffung der Beurkundungspflicht für einfach strukturierte Gesellschaften kritisiert. Der BR hat am 23.10.2013 das EJPD beauftragt, eine Botschaft auszuarbeiten. Die Revision der Bestimmungen über die interne und externe Qualitätssi-

cherung in Revisionsunternehmen (RAG) wird getrennt von der Vorlage weiterverfolgt.

Am 28.8.2013 legte der BR die Botschaft zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften vor (BBI 2013 6857). Die Aufsicht über Revisionsunternehmen gemäss RAG und Prüfgesellschaften gemäss FINMAG soll bei der Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) vereinigt werden.

### E. Firmenrecht

Zwei fast identische Motionen (12.3727 bzw. 12.3769) befassten sich mit der Modernisierung des Firmenrechts, die sowohl vom SR als auch vom NR im Sommer 2013 angenommen wurden. Der BR hat am 22.1.2014 einen VE und einen Bericht dazu veröffentlicht. Vorgeschlagen wird, dass (1) der einmal gewählte Firmenname von Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften durch einen Gesellschafterwechsel – gleich den juristischen Personen – nicht mehr tangiert wird (vgl. OR 947 f.). Der Rechtsformwechsel soll bloss noch den Rechtsformzusatz betreffen. Aus dem Firmennamen muss die Rechtsform für das Publikum unmittelbar erkennbar sein. (2) Die Revision betrifft darüber hinaus auch die Vereinheitlichung der Firmenbildung (VE-OR 950) und (3) den Schutzzumfang von Firmen, der nun für alle Handelsgesellschaften auf die ganze Schweiz ausgedehnt werden soll (VE-OR 951). Die Vernehmlassung hat bis zum 29.4.2014 gedauert.

### F. GAFI-Empfehlungen zu Inhaberaktien

Der BR hat in seiner Botschaft (BBI 2014 605) zwecks Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012 folgende Vorgehensweise vorgeschlagen: (1) Bei Erwerb von Inhaberaktien nicht börsenkotierter Gesellschaften besteht innert Monatsfrist eine Meldepflicht an die Gesellschaft (E-OR 697i); überdies sind sowohl die Namen- als auch die Inhaberaktionäre bei Erreichen einer Beteiligung von mindestens 25% verpflichtet, der Gesellschaft oder dem Finanzintermediär die an den Aktien wirtschaftlich berechnete Person bekannt zu geben (E-OR 697j). Die Gesellschaft oder der Finanzintermediär hat zu diesem Zweck ein Verzeichnis der Aktionäre und wirtschaftlich Berechtigten zu führen (E-OR 697i). (2) Es besteht die Möglichkeit der Meldung an einen Finanzintermediär statt an die Gesellschaft, um die Anonymität gegenüber der Gesellschaft zu wahren (E-OR 697k). (3) Bei als Bucheffekten ausgestalteten Inhaberaktien entfallen die Meldepflichten (E-OR 697i IV, 697j III). (4) Vereinfachung der Umwandlung von Inhaber- in Na-

menaktien (E-OR 704a). (5) Bei Nichterfüllung der Meldepflicht können Mitgliedschafts- und Vermögensrechte nicht ausgeübt werden (E-OR 697m). (6) Von der Vorlage sind ausserdem auch GmbHs und Genossenschaften betroffen. Der SR ist am 12.3.2014 mehrheitlich dem BR gefolgt, jedoch will er von strafrechtlichen Konsequenzen bei Nichterfüllung der Melde- und Verzeichnisführungspflicht absehen. Der NR beschloss hingegen am 19.6.2014 in Abweichung zum SR, nur Inhaberaktien grosser Unternehmen (ab CHF 250 000 CHF Aktienkapital bzw. CHF 50 000 CHF Stammkapital bei der GmbH) unter die Melde- und Verzeichnisführungspflicht zu stellen. Der SR hat am 9.9.2014 an seinem Standpunkt festgehalten.

## II. Rechtsprechung

### A. Aktien- und GmbH-Recht

#### 1. *Auslegung der Statuten, Wahl und Abberufung von Organen*

Statuten einer grossen AG sind nach den Auslegungsmethoden für Gesetze, Statuten von kleineren Gesellschaften nach denen für Verträge auszulegen. Der zur Wiederwahl anstehende VR war der Meinung, bei einer Pattsituation an der GV seien die Statuten so auszulegen, dass er ein weiteres Jahr im Amt bleibe, weil das Abstimmungsresultat keinen neuen VR hervorgebracht habe. Dagegen legte das BGer die Statutenklausel so aus, dass eine formell korrekt einberufene GV, eine ordnungsgemässe Traktandierung der Wahl und eine tatsächlich abgehaltene Abstimmung ausreichen, um die Amtszeit des bisherigen VR zu beenden, unabhängig davon, ob ein Kandidat eine Stimmenmehrheit erreicht hat. Allein die Tatsache, dass kein VR eine Stimmenmehrheit erhalten habe, drücke auch einen bestimmten Willen der GV und dieser müsse aufgrund von OR 698 II Ziff. 2 akzeptiert werden, weshalb eine entgegenstehende Statutenklausel nichtig wäre. Im vorliegenden Fall lag damit ein Organisationsmangel im Sinne von OR 731b vor. (BGer 4A\_235/2013, zur amtlichen Publikation vorgesehen)

Seit der GmbH-Reform ist bei einer Klage auf Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers aus wichtigem Grund (OR 815 II) die Gesellschaft passivlegitimiert und nicht – wie bei der KollIG (OR 565) – der Geschäftsführer, denn es gehe – genau wie im Genossenschaftsrecht (OR 890 II) – in erster Linie um die Wahrung der Interessen der Gesellschaft und nicht derjenigen des Geschäftsführers. Dies gilt auch für den Fall, dass die GmbH nur zwei Gesellschafter hat. (BGer 4A\_8/2014)

## 2. *Gesellschafterversammlung*

Die Einberufung der GV (vorliegend eine Vereinsversammlung) durch ein unzuständiges Organ oder eine unzuständige Person führt dazu, dass deren Beschlüsse nichtig sind. Das BGer liess jedoch offen, ob eine langjährige unangefochtene Praxis eine stillschweigende Delegation der Kompetenzen des Vorstandes an den Präsidenten begründen und aus diesem Grund die Nichtigkeit zu verneinen sein könnte. (BGer 5A\_205/2013; dazu *Natalia Neuman/Hans Caspar von der Crone*: Nichtigkeit bei Einberufung der Mitgliederversammlung, SZW 2014 105 ff.)

## 3. *Sonderprüfung*

Die Einleitung einer Sonderprüfung nach OR 697b verlangt die Glaubhaftmachung von Gesetzes- oder Statutenverletzungen und damit der Schädigung von Aktionären durch Handlungen oder Unterlassungen von Gründern und Organen der AG. Das Glaubhaftmachen kann sowohl Tat- als auch Rechtsfragen betreffen. Es ist weder ein zu strenger (striktter Beweis) noch ein zu lascher Massstab (blosse Behauptungen) anzusetzen. In Bezug auf Tatfragen muss aufgrund von Verdachtsmomenten eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorhanden sein. Rechtsfragen müssen sich aufgrund einer summarischen Prüfung als aussichtsreich oder doch als zumindest vertretbar erweisen. In beiden Fällen ist jedoch keine abschliessende Beurteilung durch das Gericht beabsichtigt. Im vorliegenden Fall fehlte es an konkreten Anhaltspunkten für eine Verletzung der Treuepflicht bzw. für einen Interessenkonflikt. Die bloss abstrakte Gefahr eines Interessenkonflikts genüge nicht, um eine Sonderprüfung einzuleiten. (BGer 4A\_260/2013)

## 4. *Revision*

Ein Opting-out von der Pflicht zur eingeschränkten Revision (OR 727a II) erfordert u.a. den Nachweis, dass die Gesellschaft nicht zur ordentlichen Revision verpflichtet ist. Um dies zu belegen, bedarf es keiner revidierten, sondern nur einer unterzeichneten Jahresrechnung. Ein allfälliger Revisionsbericht gehört damit nicht zu den «massgeblichen aktuellen Unterlagen» i.S.v. HRegV 62 II S. 2. Sofern die GmbH in der Vergangenheit keine Revisionsstelle bestellt und damit ihre Revisionspflicht verletzt hat, hätte dies nach OR 731b geltend gemacht werden müssen; der Organisationsmangel steht einem wirksamen Opting-out für die Zukunft nicht entgegen. (BGE 139 III 449; dazu *Florian Zihler*: Eintragung des Opting-outs ins Handelsregister: Keine Pflicht zur Einreichung einer revidierten Jahresrechnung, GesKR 2014 104 ff.)

## 5. *Verantwortlichkeit*

Das BGer hat erneut die Business Judgment Rule angewendet. Ihre Voraussetzungen lagen jedoch im konkreten Fall nicht vor, da der Beschluss über die Darlehensgewährung nicht in einem formell einwandfreien Entscheidungsprozess und auf offensichtlich ungenügender Informationsbasis getroffen wurde, weshalb der Entscheid nicht nur auf seine Ex-ante-Vertretbarkeit, sondern inhaltlich voll zu überprüfen war. Dies gilt auch dann, wenn die Mehrheitsverhältnisse im VR wahrscheinlich zum gleichen Ergebnis geführt hätten. Der VR wäre in dieser Situation zudem verpflichtet gewesen, vertiefte Abklärungen im Zusammenhang mit dem Investitionsprojekt sowie der daran beteiligten Gesellschafter und deren Vertraulichkeit vorzunehmen. (BGer 4A\_97/2013, dazu *Rolf Sethe*, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: *Sethe/Isler*, Verantwortlichkeit VII, Zürich 2014, 165 ff.)

In einem weiteren Fall zur Business Judgment Rule rügte das BGer die Vorinstanz; diese habe bei der Beurteilung eines Geschäftsentscheids nicht die nötige richterliche Zurückhaltung gepflegt. VR-Mitglieder müssen einen Entscheid sorgfältig vorbereiten. Bei der dazu nötigen Informationsbeschaffung könne ihnen nur dann ein Vorwurf gemacht werden, wenn überhaupt zumutbare Abklärungsmöglichkeiten bestanden und die aus derartigen Abklärungen zu erwartenden Erkenntnisse für die Frage, ob eine ungesicherte Vorauszahlung zu leisten ist, relevant sind. Welche Abklärungen ein sorgfältiger Geschäftsmann tätigen kann und muss, könne ein Gericht nicht abstrakt beurteilen. Da im vorliegenden Fall weder ein Interessenkonflikt bestand noch der Beschluss inkorrekt zustande kam, fand die Business Judgment Rule Anwendung und es war nur zu prüfen, ob das Vorgehen der Organe noch vertretbar war, was das BGer im Ergebnis bejahte. Es betonte, dass die Vertretbarkeit auch davon abhängt, welche Chancen mit einem Geschäft verknüpft sind, das im vorliegenden Fall einen hohen Gewinn versprach, bei Nichtrealisierung jedoch mit Sanktionen belegt war. (BGer 4A\_626/2013)

Der VR ist verpflichtet, die Personen, die mit der Geschäftsführung befasst und zur Vertretung berechtigt sind, zu überwachen und sich regelmässig über die Geschäftstätigkeit zu informieren (OR 716a I Ziff. 5). Dies gilt insbesondere, wenn er dem Alleinaktionär eine Handlungsvollmacht über die Bankkonten der Gesellschaft erteilt, sich der Aktionär zur regelmässigen Information gegenüber dem VR verpflichtet hat und diese Information in der Folge aber ausbleibt. (BGer 4A\_120/2013)

Zur Ermittlung des Fortführungsschadens im Fall der Verantwortlichkeitsklage wegen verspäteter Benachrichti-

gung des Richters von einer Überschuldung (OR 725 II) dient der Vergleich der Schadenshöhe im Moment der tatsächlichen Konkureröffnung mit derjenigen im Zeitpunkt der geschuldeten Benachrichtigung. Dabei ist auf Liquidationswerte abzustellen. Der Schaden der Gesellschaft wird im Konkurs als Schadenersatzforderung der Gläubigersamtheit geltend gemacht, weshalb eine allfällige Einwilligung und die Décharge durch die GV der Forderung nicht entgegenhalten werden können. Die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters gehört zu den unübertragbaren Aufgaben des VR gemäss OR 716a I Ziff. 7, weshalb der VR sie weder delegieren noch sich zur Entlastung auf OR 754 II berufen kann. (BGer 4A\_84/2013)

Zur Berechnung des Fortführungsschadens kann nicht die Gesamtheit der rechtskräftig kollozierten Forderungen herangezogen werden. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die Kollokation der einzelnen Forderungen zu Recht erfolgt ist. Im Streit war, ob eine Darlehensschuld der konkursiten Gesellschaft gegenüber ihrer Muttergesellschaft und Alleinaktionärin Teil der Kollokation im Konkurs wurde. Die genannte Darlehensschuld hat auf dem Weg einer Kapitalerhöhung mittels Verrechnungslibrierung zur (erfolglosen) Sanierung beigetragen. Die konkursite Gesellschaft machte geltend, dass die Verrechnungslibrierung gemäss SchKG 288 anfechtbar sei, weswegen die Darlehensforderung Teil der Kollokation sein müsse (und damit den Fortführungsschaden erhöhen würde). Das BGer verneinte jedoch die Gläubigerschädigungsabsicht der Schuldnerin bzw. des VR der Muttergesellschaft bezüglich der Librierungsverpflichtung, sodass die als wertlos eingeschätzte Darlehensforderung der Mutter nicht zum Fortführungsschaden der Beschwerdeführerin (Tochtergesellschaft) gerechnet werden konnte. Scheidet ein VR-Mitglied frühzeitig aus, fehlt es am adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtwidrigkeit des VR-Mitglieds und einem Teil des Fortführungsschadens. Die Verantwortlichkeit setzt nämlich voraus, dass das beklagte Organ tatsächlich die Möglichkeit hatte, die Willensbildung der Gesellschaft zu beeinflussen und damit den Schaden zu verursachen oder zu verhindern. (BGer 4A\_251/2013; dazu *Yves Mauchle/Hans Caspar von der Crone*: Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?, *SZW* 2014 227 ff.; *Roland Fischer/Flavio Delli Colli*: Sanierungsbemühungen bei Überschuldung, *GesKR* 2014 255 ff.)

## 6. Auflösung und Liquidation

Die Massnahmen gemäss OR 731b I stehen in einem Stufenverhältnis zueinander. Nur wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen – etwa

wenn nicht reagiert und der Vorschuss gemäss OR 731b II nicht geleistet wird –, kommt als ultima ratio die Auflösung der Gesellschaft in Betracht. (BGer 4A\_354/2013)

Ein wichtiger Grund bei der Abberufung eines Liquidators gemäss OR 741 II liegt vor, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände eine ordnungsgemässe Liquidation nicht durchgeführt werden kann, etwa weil die Interessen der Aktionäre oder der Gesellschaft gefährdet sind. Bei der Beurteilung des wichtigen Grundes verfügt der Richter über einen gewissen Ermessensspielraum. Eine besondere Schwere wird für das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht verlangt. Es genügt, wenn der Liquidator einen Aktionär – wenn auch nur temporär – bei der Auszahlung von Mitteln der Gesellschaft bevorzugt. Unerheblich ist dabei, dass andere Aktionäre vorher bereits Zahlungen erhalten haben und dass die Gesellschaft noch über genügend Mittel für die weitere Liquidation und sogar über einen Gewinn verfügt. (BGer 4A\_46/2014)

## B. Übriges Gesellschafts- und Handelsrecht

Anders als noch das BVGer (dazu *Sethe/Andreotti*, SJZ 109 2013 491 ff.) kommt das BGer im Fall «Raiffeisen Schweiz Genossenschaft» zum Schluss, dass die Einführung eines Partizipationskapitals nach geltendem Genossenschaftsrecht unzulässig sei. Es führt unter Verweis auf die Materialien und die unterschiedlichen Lehrmeinungen aus, dass (1) das Genossenschaftsrecht keine gesetzliche Regelung des Partizipationskapitals vorsehe, (2) die fehlende Kapitalmarktfähigkeit wie bei der GmbH für eine abschliessende Regelung des Grundkapitals spreche (vgl. OR 853 III) und (3) das Genossenschaftsrecht anders als das Aktienrecht keine Schutzvorkehrungen für Partizipanten vorsehe. Deshalb bedürfe es eines gesetzgeberischen Tätigwerdens, falls eine dem aktienrechtlichen Partizipationskapital entsprechende Kapitalbeschaffungsform bei der Genossenschaft eingeführt werden soll. Das BGer lehnte damit die Ansicht der Beschwerdegegnerin und eines Teils der Literatur ab, wonach ohne besondere gesetzliche Regelung die Schaffung einer zusätzlichen Art des Grundkapitals als Folge der Privatautonomie und unter Vorbehalt der Einhaltung der genossenschaftlichen Wesensmerkmale sowie der zwingenden Vorschriften des Genossenschaftsrechts (u.a. Gleichbehandlung gemäss OR 854, gesetzliche Ausschüttungsbeschränkung gemäss OR 859 III) zulässig sein soll. (BGE 140 III 206 ff.)

Treten zwei Einzelfirmen als Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft rechtsgeschäftlich auf, haften sie im Aussenverhältnis solidarisch (OR 544 III); im Innenverhält-

nis richtet sich der Rückgriff nach OR 148. Umstritten war im vorliegenden Fall, ob ein Vergleich zwischen einer Kundin und dem einen Gesellschafter zur Aufhebung der Solidarschuld des anderen Gesellschafter führt und den an der Vereinbarung beteiligten Gesellschafter zum Alleinschuldner machte. Dass die Kundin gegenüber dem zweiten Gesellschafter auf die Haftung verzichtet habe, darf jedoch laut BGer nicht leichthin angenommen werden und wäre aufgrund der Umstände explizit zu erklären. Fehlt der Kundin das Bewusstsein, dass es sich beim Rechtsverhältnis der Gesellschafter um eine einfache Gesellschaft handelte, kann aufgrund des Vertrauensprinzips nicht angenommen werden, dass eine Entlassung des nicht am Vergleich beteiligten Gesellschafter aus der Solidarhaftung erfolgen sollte. Von einem Forderungsverzicht eines Gläubigers gegenüber einem Dritten im Rahmen eines Vergleichs mit einem Solidarschuldner ist nur mit Zurückhaltung auszugehen. Dies gilt selbst dann, wenn der Kundin das rechtliche Verhältnis bekannt gewesen wäre. Mangels vorhandenem Gesellschaftsvermögen war in der Folge OR 148 II anwendbar, wobei das BGer aber festhielt, dass ein Solidarschuldner nicht schon dann Rückgriff nehmen könne, wenn der Gläubiger von ihm die Leistung verlangt, sondern erst dann, wenn die Leistung von ihm erbracht worden sei. (BGer 4A\_73/2014, zur amtlichen Publikation vorgesehen)

### III. Literatur

#### A. Allgemeine Literatur zum Gesellschaftsrecht

Baker & McKenzie (Hrsg.): *Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2013/2014*, Zürich 2014; *Eric Dieth: Gesellschaftsrecht kompakt*, Basel 2014; *Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner (Hrsg.): Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2013/2014*, Zürich/St. Gallen 2014; *Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Bern 2014; *Jean-Daniel Schmid: Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen*, Diss. St. Gallen 2014 = SSHW 320; *Annina Wirth: Internes Kontrollsystem (IKS) bei KMU*, Diss. St. Gallen 2014 = SSHW 318.

#### B. Aktienrecht, Konzernrecht, Rechnungslegung und Corporate Governance

*Juerg Bloch: Executive Share Ownership Guidelines, Kapitalbeteiligungsvorschriften für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung börsenkotierter Aktiengesellschaften*, Diss.

Freiburg 2014 = SSHW 322; *Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.): Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis*, Zürich 2014; *Frank Gerhard/Karim Maizar/Till Spillmann/Matthias Wolf (Hrsg.): Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, GesKR-Kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)*, Zürich/St. Gallen 2014; *Dimitrios Karathanassis: Gehorsamstrukturen im Konzern, Das Konzept der hierarchischen Heterarchie*, Basel 2014; *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss: Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4. A. Zürich 2014; *Schweizerisches Institut für Verwaltungsräte (sivg) (Hrsg.): Handbuch für den Verwaltungsrat, Ein Ratgeber für die KMU-Praxis*, Bern 2014; *Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.): Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zürich 2014 = EIZ 150.

#### C. Umstrukturierungsrecht

*Glanzmann Lukas: Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes*, 3. A. Bern 2014; *Thomas Sprecher/Brigitte Umbach-Spahn/Dominik Vock (Hrsg.): Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Das neue Schweizer Sanierungsrecht*, Zürich 2014 = EIZ 153; *Rudolf Tschäni (Hrsg.): Mergers & Acquisitions XVI*, Zürich 2014 = EIZ 148; *Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf: M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht*, 2. A. Zürich 2013; *Rudolf Tschäni/Harold Frey/Dominique Müller: Streitigkeiten aus M&A-Transaktionen*, Zürich 2013.

#### D. Übriges Gesellschafts- und Handelsrecht

*Michael Gwelessiani/Niels Schindler: Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce*, Zürich 2014.

#### E. Börsengesellschafts- und Kapitalmarktrecht

*Gilles Pitschen: Börse und Unternehmen, Unternehmensverfassung von der Kotierung zur Dekotierung*, Diss. Zürich 2014 = SSHW 319.

#### F. Wertpapierrecht

*Lukas Beeler: Bucheffekten, Übertragung, Stornierung, und gutgläubiger Erwerb*, Diss. Zürich 2013 = SSHW 317.

# Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht / Le point sur le droit des associations et fondations

Prof. Dr. iur. Dominique Jakob (Zürich)\*

## I. Gesetzgebung

### A. Abschreibung der Motion Luginbühl und weitere parlamentarische Aktivitäten

Über Anliegen, Inhalte und Entwicklung der Motion Luginbühl (09.3344) zur «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandorts Schweiz» wurde bereits in den Vorjahren informiert.<sup>1</sup> Mit Bericht vom 27.2.2013 führte der BR aus, dass er weder zivil- noch steuerrechtlich einen zwingenden Handlungsbedarf erkenne und sich daher *gegen eine Revision des Stiftungs- und Stiftungsaufsichtsrechts* ausspreche.<sup>2</sup> Zwar werde die Zielsetzung der Motion geteilt und als «Daueraufgabe» verstanden. Dennoch sei die Motion abzuschreiben. Diesem Votum hat sich der NR am 12.6.2014 sowie der SR am 11.9.2014 angeschlossen.<sup>3</sup>

Vom Tisch ist das Thema damit allerdings nicht: Auf Initiative der «Parlamentarischen Gruppe Philanthropie/Stiftungen» überprüft derzeit eine interdisziplinäre Expertengruppe Möglichkeiten und Wege einer Stärkung des Schweizer Stiftungsstandorts, was in Kürze in eine erneute parlamentarische Aktivität münden dürfte.

### B. Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen

Der Entwurf eines «Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière» sieht vor, die Transparenz juristischer Personen zu erhöhen. Künftig seien *alle* Stiftungen ins Handelsre-

gister einzutragen, damit sie Rechtspersönlichkeit erlangen (neuer Art. 52 Abs. 2 ZGB). Dies hätte Konsequenzen für Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen, die derzeit nicht eintragungspflichtig sind. Nach der geplanten Übergangsbestimmung (Art. 6b Abs. 2<sup>bis</sup> SchIT ZGB) haben *bestehende* Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen zwei Jahre Zeit, sich ins Handelsregister einzutragen, anderenfalls sie nicht mehr als juristische Personen anerkannt werden.

Am 18.6.2014 befasste sich der NR mit dem Entwurf und erzeugte folgendes Meinungsbild: Die Mehrheit des NR sprach sich mit Verweis auf die Autonomie der Kirchen *dagegen* aus, *kirchliche* Stiftungen eintragungspflichtig zu stellen. *Familienstiftungen* sollen hingegen der Eintragungspflicht unterliegen. Eine «Minderheit I» möchte den Entwurf in seiner ursprünglichen Form umsetzen, während es eine «Minderheit II» beim geltenden Recht belassen möchte.<sup>4</sup>

### C. Steuerbefreiung von juristischen Personen bei Verfolgung ideeller Zwecke

Der Entwurf eines «Bundesgesetzes über die Gewinnbesteuerung von juristischen Personen mit ideellen Zwecken» sieht in einem neuen Art. 66a DBG vor, dass juristische Personen mit *ideellen* Zwecken nur noch Gewinne über CHF 20 000 versteuern müssen, sofern diese ausschliesslich und unwiderruflich diesen Zwecken gewidmet sind.<sup>5</sup> Nach abgeschlossener Vernehmlassung verabschiedete der BR am 6.6.2014 eine Botschaft,<sup>6</sup> in der er u.a. dem Begriff des «*ideellen Zwecks*» gewisse Konturen verleiht; eine exakte Definition sei aber nicht möglich, sodass einige Zeit und Erfahrung benötigt werde, bis sich eine gefestigte

\* Der Autor ist Ordinarius für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich ([www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch](http://www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch)). Er dankt seinen Mitarbeitern RA ass. iur. Mayke Möller und ass. iur. Matthias Uhl für die wertvollen Vorarbeiten.

<sup>1</sup> Jakob, SJZ 2009 505; SJZ 2010 517; SJZ 2011 496; SJZ 2012 521; SJZ 2013 446.

<sup>2</sup> BBl 2013 2213, abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2013/2213.pdf>. S. dazu bereits Jakob, SJZ 2013 446, sowie ausführlich ders., ZSR 2013 II 185, 205 ff.

<sup>3</sup> AmtlBull NR, SS 2014 v. 12.6.2014; SR, HS 2014 v. 11.9.2014.

<sup>4</sup> Näher AmtlBull NR, SS 2014 v. 18.6.2014.

<sup>5</sup> BBl 2014 5383.

<sup>6</sup> BBl 2014 5369.

Praxis eingespielt habe.<sup>7</sup> Da mit der geplanten Einführung des Art. 66a DBG die Motion «Steuerbefreiung von Vereinen» von StR Kuprecht (09.3343)<sup>8</sup> erfüllt würde, empfiehlt der BR, diese abzuschreiben.

#### D. Fundatio Europaea

Mit der *Fundatio Europaea* soll eine supranationale Rechtsform geschaffen werden, die fakultativ, neben den Stiftungen der Einzelstaaten, für europäische gemeinnützige Stiftungsaktivitäten eingesetzt werden kann.<sup>9</sup> Der am 8.2.2012 veröffentlichte *Vorschlag für ein europäisches Stiftungsstatut* (FE-VO) stiess bei nicht wenigen EU-Mitgliedstaaten auf Kritik. Während der irischen, litauischen und griechischen Ratspräsidentschaft wurden «Kompromissvorschläge» erarbeitet, die ebenfalls zahlreichen Beanstandungen ausgesetzt sind. Nun soll die italienische Ratspräsidentschaft das Ruder übernehmen und den Abschluss des Projekts vorantreiben. Welche weiteren Anstrengungen nötig sein werden, um die Einwände der Mitgliedstaaten gegen die FE-VO zu überwinden, bleibt abzuwarten.<sup>10</sup>

## II. Rechtsprechung (Auswahl)

### A. Vereinsrecht

#### 1. Rechtsschutz

Nach Art. 75 ZGB kann jedes Vereinsmitglied einen gesetzes- oder statutenwidrigen Beschluss innert Monatsfrist anfechten, soweit es diesem nicht zugestimmt hat. Im Falle einer *qualifizierten* Gesetzeswidrigkeit müssen Beschlüsse indes als *nichtig* betrachtet werden, was grundsätzlich von jedermann und ohne Einhaltung einer Frist geltend gemacht werden kann. Im Urteil 5A\_205/2013 v. 16.8.2013 entschied das BGER, dass die gefällten Beschlüsse einer Mitgliederversammlung, die von einer nach Gesetz oder Statuten hierzu *nicht zuständigen* Person einberufen wurde, nicht lediglich anfechtbar, sondern *nichtig* seien. Das BGER bestätigt damit seine bisherige Spruchpraxis so-

wie die h.M.<sup>11</sup> und hält daran fest, dass keine beschlussfähige Versammlung zustande kommt, wenn eine unzuständige Person zu ihr eingeladen hat.<sup>12</sup>

#### 2. Sponsoring und Mehrwertsteuer

Im Urteil 2C\_576/2013 v. 20.12.2013 konturierte das BGER den Begriff des Sponsoring.<sup>13</sup> Verein X schloss mit Verein Y Sponsoringverträge, wonach Y (Sponsoringnehmer) preislich ermässigte Skiabonnemente erhalten und im Gegenzug für die «optimale Inszenierung» des X (Sponsor) sorgen sollte. Da X im Zusammenhang mit dem Verkauf der Skiabonnemente lediglich den ermässigten Verkaufspreis versteuert hatte, verfügte die ESTV eine mehrwertsteuerliche Nachbelastung. Das für die Leistung des Sponsors massgebende Entgelt umfasse nämlich neben dem ermässigten Kaufpreis auch die empfangene Werbeleistung. Dagegen setzte sich X zur Wehr. Das BGER führte aus, dass die Kauf- und Werbekomponente in einem engen sachlichen Zusammenhang stünden und daher Leistung und Gegenleistung kein unterschiedlicher Wert beigemessen werden könne. Vielmehr liege ein tauschähnliches Verhältnis vor, für das mehrwertsteuerlich die Entgeltlichkeits- und Gleichwertigkeitsvermutung gelte. Nach Ersterer liege ein steuerbarer Leistungsaustausch vor, wenn der Sponsor seine Leistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit seinen geschäftlichen Aktivitäten erbringe; nach Letzterer seien Leistung (Abonnemente) und Gegenleistung (Werbung) als gleichwertig anzusehen. Ein Beweis des Gegenteils, der diese Vermutung entkräften könne, konnte i.c. nicht erbracht werden.<sup>14</sup> Das BGER kam folglich zu dem Schluss, dass die Nachbelastung zu Recht erfolgte. Obwohl der Entscheid nach vorrevidiertem MWSTG beurteilt wurde, dürfte das Ergebnis auf das geltende Recht übertragbar sein.

### B. Stiftungsrecht

#### 1. Allgemeine Grundsätze

Nach Urteil C-6590/2010 des BVGer v. 2.1.2013 ist die Stiftungsurkunde nach dem Willensprinzip auszulegen. Zur Ermittlung des Sinnes von statutarischen Bestimmungen, die mehrdeutig sind, dürfen ausserhalb der Urkunde lie-

<sup>7</sup> Näher BBI 2014 5369, 5377; vgl. auch jüngst die zugehörige Debatte im SR: AmtIBull SR, HS 2014 v. 10.9.2014.

<sup>8</sup> Siehe hierzu Jakob, SJZ 2010 517 ff.

<sup>9</sup> S. zum gesamten Vorgang Jakob, Jakob (Hg.), *Stiften und Gestalten* (2013), 3, 15 ff.; Jakob/Studen, ZHR 2010 61 ff.

<sup>10</sup> S. zum jeweiligen «Stand» der FE: [http://www.efc.be/programmes\\_services/advocacy-monitoring/European-Foundation-Statute/Pages/default.aspx](http://www.efc.be/programmes_services/advocacy-monitoring/European-Foundation-Statute/Pages/default.aspx). Zu den europäischen Entwicklungen und der FE-VO s. Jakob, ZSR 2013 II 185, 235 ff., sowie ders., *Der Schweizer Stiftungsreport 2014* 20 ff.

<sup>11</sup> Vgl. stellvertretend KUKO ZGB-Jakob, Art. 75 N 11 m.w.N

<sup>12</sup> Näher zu diesem Urteil Jakob/Dardel/Uhl, *Verein – Stiftung – Trust*, Entwicklungen 2013, njus.ch, 16 f.; Neumann/von der Crone, SZW 2014 105 ff.

<sup>13</sup> E. 2.2.2 f.

<sup>14</sup> E. 4.3 ff., 5.1.

gende Tatsachen herangezogen werden. Unklar bleibt, ob sich das BVGer damit zur Andeutungstheorie<sup>15</sup> bekennt, da das Urteil keine ausdrückliche Aussage enthält, nach der die ausserhalb der Urkunde liegenden Tatsachen in der Urkunde zumindest *angedeutet* sein müssen.

## 2. Stiftungsaufsicht

Im Urteil B-1703/2013 v. 31.7.2013 befasste sich das BVGer mit den stiftungsaufsichtsrechtlichen Grundlagen, insbesondere der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde: Als zuständig erweise sich das Gemeinwesen, in dessen Aufgabenbereich der Stiftungszweck fällt. Es sei der statutarische Zweck und der örtliche Tätigkeitsbereich, die das für die Aufsicht zuständige Gemeinwesen bestimmten, nicht der Stifterwille oder der Stiftungssitz. Sehen die Statuten vor, dass der Stiftungszweck sowohl im In- als auch im Ausland verwirklicht werden kann, unterstehe die Stiftung der Aufsicht des Bundes. Der örtliche Tätigkeitsbereich erstreckte sich nämlich dann auf die Schweiz und das Ausland.<sup>16</sup>

## 3. Vorfrageweise Prüfung der zivilrechtlichen Nichtigkeit und Steuerumgehung

Nach der Rechtsprechung des BGer sind *Steuerbehörden* befugt, vorfrageweise die *zivilrechtliche Gültigkeit* einer Stiftung zu beurteilen; die Kognitionsbefugnis ist aber auf die Feststellung offensichtlicher und schwerer Mängel, die zur Feststellung der Nichtigkeit einer Stiftung führen, beschränkt. Das BGer hat dies in BGE 140 II 255 bestätigt. I.c. hatte die kantonale Steuerverwaltung vorfrageweise über die *Nichtigkeit einer Familienstiftung* befunden. Aus der Stiftungsurkunde gehe hervor, dass sich der Stifter die gleiche Verfügungsgewalt über das Stiftungsvermögen vorbehalten habe wie über sein eigenes Vermögen. Auf diese Weise habe er sich nicht seines Vermögens entäussert, was Art. 80 Abs. 1 ZGB widerspreche und die Stiftung von Anfang an widerrechtlich i.S.v. Art. 52 Abs. 3 ZGB mache. Darüber hinaus sei die Stiftung zum Zwecke der Vorsorge für die Familie errichtet worden, was zu einer Art. 335 Abs. 1 ZGB widersprechenden Unterhaltstiftung führe.<sup>17</sup> Da bereits privatrechtliche Gründe beständen,

welche zur Nichtigkeit der Stiftung führen, erübrige sich die Prüfung einer Steuerumgehung.<sup>18</sup>

## III. Literatur (Auswahl)

*Baumann Lorant Roman*, Stiftungen fördern Künstler – Steuern auf Preisen, Werkbeiträgen und ähnlichen Leistungen, *StR 2014* 252 ff.

*Dardel Daniela/Uhl Matthias*, Bericht über den Schweizerischen Juristentag 2013: Demokratie und Stiftungsrecht, *npoR 2013* 290 ff. und *PSR 2013* 192 ff.; Kurzversion, *SJZ 2013* 514 ff.

*Eckhardt Beate/Jakob Dominique/v. Schnurbein Georg*, Der Schweizer Stiftungsreport 2014, CEPS Forschung und Praxis – Band 12, Basel 2014.

*Jakob Dominique* (Hg.), *Stiftung und Familie*, Basel 2014 (im Erscheinen).

*Ders.*, Internationales Stiftungsrecht, v. Campenhausen/Richter (Hg.), *Stiftungsrechts-Handbuch*, 4. A., München 2014, § 44.

*Ders.*, Stand und Zukunft der «Europäischen Stiftung» – Wie gelingt ein europäisches Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht?, Maecenata Institut (Hg.), *Das Europäische Stiftungsstatut*, Europa Bottom-Up Nr. 8, Berlin 2014, 29 ff.

*Jakob Dominique/Dardel Daniela/Uhl Matthias*, *Verein – Stiftung – Trust*. Entwicklungen 2013, *njus.ch*, Bern 2014.

*Jakob Dominique/Studen Goran*, *Foundation Law in Switzerland: Overview and Current Developments in Civil and Tax Law*, Prele (Hg.), *Developments in Foundation Law in Europe*, Dordrecht u.a. 2014, 283 ff.

*Jakob Dominique/Uhl Matthias*, *Vereins- und Stiftungsrecht 2011/2012 – Länderbericht Schweiz*, Hüttemann/Rawert/Schmidt/Weitemeyer (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2012/2013*, Hamburg 2013, 287 ff.

*Jakob Dominique/v. Orelli Lukas* (Hg.) *Der Stifterwille*, Basel 2014 (im Erscheinen).

*Koller Thomas*, Die Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit in der neueren Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Hüttemann/Rawert/Schmidt/Weitemeyer (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2012/2013*, Hamburg 2013, 175 ff.

*Ruggli Rolf*, Jahresrechnung einer klassischen Stiftung nach neuem Rechnungslegungsrecht, *TREX 2014* 80 ff.

*Sprecher Thomas/Studen Goran*, Kooperation unter einem Dach – zur Funktionsweise der Dachstiftung, *successio 2014* 36 ff.

<sup>15</sup> Vgl. dazu KUKO ZGB-Jakob, Art. 80 N 21 f.

<sup>16</sup> E. 2.1. ff.; näher *Jakob/Dardel/Uhl* (Fn. 13), 50 f.

<sup>17</sup> E. 6.1. Aus dem Urteil ergeben sich hierfür allerdings keinerlei nachvollziehbare Gründe. Kritisch auch *Arter*, *AJP 2014* 1006, 1008, sowie *Ramp*, *StR 2014* 491, 494, die zu Recht anmerken, dass die Behörden bei einer solchen vorfrageweisen Prüfung zu mehr Zurückhaltung angehalten werden müssten.

<sup>18</sup> E. 6.2.

# Anwaltsrubrik / La page de l'avocat

## Anwaltstätigkeit im Sinne des BGFA

Bemerkungen zum Entscheid der Aufsichtskommission des Kantons Zürich vom 3. April 2014

Dr. iur. Martin Rauber, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich), und Dr. iur. Hans Nater, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

### I. BGFA lückenhaft

Das BGFA ist insofern lückenhaft, als es nicht definiert, auf welche Anwaltstätigkeiten es Anwendung findet<sup>1</sup>. Nach vorherrschender Auffassung erfasst das BGFA nur die anwaltstypischen Tätigkeiten, nicht jedoch Tätigkeiten, die nur entfernt mit einer Rechtsdienstleistung zu tun haben. Kaufmännische Tätigkeiten als Verwaltungsrat oder Vermögensverwalter fallen nicht unter das BGFA, es sei denn, es handle sich um Nebentätigkeiten einer anwaltstypischen Tätigkeit<sup>2</sup>.

Anlass zu grundsätzlichen Überlegungen zum Anwendungsbereich des BGFA bildet der in Rechtskraft erwachsene Entscheid der Zürcher Aufsichtskommission vom 3. April 2014<sup>3</sup>: Gemäss Sachverhaltsdarstellung übte der gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA disziplinarrechtlich belangte Anwalt «ein treuhänderisches Scharniermandat zwischen Verkäufer und Käufer aus», indem er im Auftrag seines Bruders «während 15 Monaten treuhänderisch Investorengelder im Gesamtwert von insgesamt CHF 2 300 000 auf seinen Klientengelder-Konten entgegengenommen und auf andere Bankkonten weitergeleitet hat». Für die Aufsichtskommission stellte sich die Frage, ob die Tätigkeit des beschuldigten Anwalts einen erkennbaren Bezug zur Anwaltstätigkeit aufweist<sup>4</sup>.

### II. Die berufsspezifische Anwaltstätigkeit bestimmt den sachlichen Anwendungsbereich

Das Bundesgericht hat in seiner einzelfallbezogenen Rechtsprechung die anwaltstypische Tätigkeit als Anknüp-

fungspunkt des sachlichen Anwendungsbereichs des BGFA umschrieben. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist zwei Fallgruppen zuzuordnen.

#### A. Rechtsprechung zum sachlichen Anwendungsbereich des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 13 BGFA

Gemäss Bundesgericht stellen Tätigkeiten eines Anwalts als Verwaltungsrat, als Vermögensverwalter oder im Zusammenhang mit einem blossen Inkassomandat keine spezifische berufliche und dem Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unterstellte Tätigkeiten des Anwalts dar. Auch die Lehre folgt dieser Auslegung zum Geltungsbereich des Berufsgeheimnisses<sup>5</sup>. Im Zusammenhang mit dem anwaltlichen Editions- und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren – es ging um Dokumente im Gewahrsam eines Anwalts betreffend eine Finanztransaktion – erkannte das Bundesgericht, dass reine Inkasso- und Zahlungsmandate auf Rechnung Dritter keine anwaltliche Tätigkeit darstellen<sup>6</sup>. Diese Ansicht bestätigte das Bundes-

<sup>5</sup> BGE 120 Ib 112, E. 4 betreffend ein Inkassomandat, bei welchem das kaufmännische Element überwiegt und welches auch regelmässig von Banken und Treuhandbüros wahrgenommen wird; BGE 115 Ia 197, E. 3d/bb und BGE 114 III 105, E. 3a betreffend die Tätigkeit eines Rechtsanwalts als alleiniger Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft; ebenso in BGE 112 Ib 606, E. c und Pra 85 1996 Nr. 197, E. 2a/aa betreffend die Tätigkeit eines Rechtsanwalts als Verwaltungsrat sowie als Vermögensverwalter; Pra 85 1996 Nr. 197, E. 2b betreffend die Geschäftsverwaltung, die Vermögensverwaltung oder die Verwaltung von Geldern; so auch François Bohnet/Vincent Martenet, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 3544 ff. m.w.H.; Hans Nater/Gaudenz G. Zindel, Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, BGFA 13 N 118.

<sup>6</sup> BGER 1P.32/2005 vom 11. Juli 2005, E. 3.4, wonach anders zu entscheiden wäre, wenn der Anwalt mit Zahlungen betraut wird, die in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen mit berufstypischen anwaltlichen Tätigkeiten wie die Überweisung zu Prozesszwecken, Akontozahlungen für anwaltliche Dienstleistungen oder Zahlungen im Zusammenhang mit anwaltlich geführten Vertrags- oder Vergleichsverhandlungen. Im Ergebnis bejahte das Bundesgericht schliesslich die Anwendbarkeit des Anwaltsgeheimnisses (E. 3.8).

<sup>1</sup> Hans Nater, Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, BGFA 2 N 8; ebenso Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zürich/Basel/Genf 2009, N 320; vgl. auch BGER 4P.275/2004 vom 22. Dezember 2004, E. 3.

<sup>2</sup> Schiller (Fn. 1) N 326 ff.; ebenso Nater (Fn. 1) BGFA 2 N 8a m.w.H.; vgl. hierzu noch im Detail nachstehend, Ziffer II.

<sup>3</sup> Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 3. April 2014, ZR 113 2014 Nr. 58, 184 ff.

<sup>4</sup> ZR 83 1984 Nr. 5.

gericht in seinem Entscheid aus dem Jahr 2006, in welchem es zu beurteilen hatte, wann eine Tätigkeit eines Anwalts in den Geltungsbereich des Berufsgeheimnisses fällt und wann eine der Meldepflicht des GWG unterstehende Tätigkeit als Finanzintermediär vorliegt. Das Bundesgericht hielt fest, dass das Berufsgeheimnis nur die spezifische berufliche Tätigkeit des Anwalts schützt, nicht aber dessen kaufmännische Tätigkeit, die über diesen Rahmen hinausgeht<sup>7</sup>.

Auch die FINMA unterscheidet in ihrem Rundschreiben 2011/1 zwischen der berufsspezifisch anwaltlichen und der nichtanwaltlichen Tätigkeit und stellt darauf ab, ob anwaltliche Fachpflichten für die Ausführung der Escrow-Vereinbarung erforderlich sind<sup>8</sup>.

## B. Rechtsprechung zum sachlichen Anwendungsbereich der Berufspflichten gemäss Art. 12 BGFA

Hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 12 BGFA hielt das Bundesgericht wiederholt fest, dass die anwaltlichen Berufspflichten nicht nur die Beziehungen des Rechtsanwalts zum eigenen Klienten, sondern dessen gesamte Berufstätigkeit, d.h. sämtliche beruflichen Handlungen, als *Rechtsanwalt* erfassen<sup>9</sup>.

Bezugnehmend auf diese Rechtsprechung führt *Fellmann* aus, dass ein Rechtsanwalt die Berufspflichten von Art. 12 BGFA nicht nur bei anwaltlichen Tätigkeiten, sondern vielmehr auch bei der Erfüllung von anderen Aufgaben beachten müsse, insbesondere bei Mandaten als Willensvollstrecker oder Vermögensverwalter, bei Treuhandgeschäften oder bei der Tätigkeit als Verwaltungsrat<sup>10</sup>. Diese Aussage muss im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>11</sup> so verstanden werden, dass nur

anwaltstypische Tätigkeiten des Anwalts, welche im Zusammenhang mit der Erbringung von Rechtsdienstleistungen erfolgen, vom BGFA erfasst werden<sup>12</sup>. Das Bundesgericht lehnte denn auch die Anwendbarkeit von Art. 12 BGFA auf einen Anwalt, der in seiner Funktion als Liquidator ins Recht gefasst wurde, ab<sup>13</sup>. *Schiller* wählt einen anderen Ansatz, indem er für die Anwendbarkeit des BGFA darauf abstellt, ob der Klient mit der Mandatierung des Rechtsanwalts den Zugang zum Recht sucht<sup>14</sup>. Die Kommentatoren aus der Romandie stellen gestützt auf eine Gesamtbeurteilung der Umstände darauf ab, ob der Anwalt die Tätigkeit unter seinem Anwaltstitel führt und in dieser Eigenschaft tätig ist, selbst wenn die fragliche Tätigkeit nicht anwaltstypisch ist<sup>15</sup>.

## III. Entscheid der Aufsichtskommission des Kantons Zürich

### A. Mitwirkung eines Anwalts in einem Treuhandvertrag als Auslöser des Verfahrens

Dem Disziplinarverfahren vor der Aufsichtskommission ging eine – schliesslich eingestellte – Strafuntersuchung wegen Betrugs voraus. In dieser wurde dem beschuldigten Anwalt vorgeworfen, mitgeholfen zu haben, dass an Investoren mehr Aktien einer Gesellschaft verkauft worden seien, als ausgegeben wurden<sup>16</sup>.

Der mutmassliche Tatbeitrag des Anwalts beschränkte sich darauf, dass er Kaufpreiszahlungen der Investoren auf seine Klientengelder-Konten entgegengenommen und anschliessend instruktionsgemäss weitertransferiert hatte. Grundlage dieses Tatbeitrags war eine mit «Treuhandvertrag» betitelte Vereinbarung, in welcher der Anwalt ausdrücklich unter der Bezeichnung «Rechtsanwalt» aufgeführt und nach welcher er als Treuhänder mit der Abwicklung des Aktienkaufvertrags beauftragt worden war<sup>17</sup>. Angesprochen auf den Grund für seine Involvierung führte der beschuldigte Anwalt in der Strafuntersuchung

tigkeiten eines Anwalts, beispielsweise als Verwaltungsrat oder als Vermögensverwalter, nicht den Schutz des Berufsgeheimnisses geniessen (vgl. die Hinweise in Fn. 5).

<sup>12</sup> *Nater* (Fn. 1) BGFA 2 N 8a; *Schiller* (Fn. 1) N 327 f.

<sup>13</sup> BGer 4C.92/2005 vom 19. Juli 2005, E. 2.2.

<sup>14</sup> *Schiller* (Fn. 1) N 330 ff.

<sup>15</sup> *Michel Valticos*, Michel Valticos/Christian M. Reiser/Benoît Chappuis, Commentaire Romand – Loi sur les avocats, Basel 2010, BGFA 12 N 13; *Bohnet/Martenet* (Fn. 5) N 1116 ff.

<sup>16</sup> ZR 113 2014 Nr. 58, Ziff. II./1, 185.

<sup>17</sup> ZR 113 2014 Nr. 58, Ziff. II./2, 185.

<sup>7</sup> BGE 132 II 103, E. 2.1.

<sup>8</sup> Rundschreiben 2011/1 der FINMA, «Finanzintermediation nach GWG» (abrufbar unter <http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finmars-2011-01.pdf>), N 119–121.

<sup>9</sup> BGE 130 II 270, E. 3.2; BGE 131 I 223, E. 3.4; BGer 2C\_407/2008 vom 23. Oktober 2008, E. 3.3; BGer 2A.168/2005 vom 6. September 2005, E. 2.2.1.

<sup>10</sup> *Walter Fellmann*, Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, BGFA 12 N 6; *Walter Fellmann*, Anwaltsrecht, Bern 2010, § 2 N 173, je mit Verweis auf (ältere) Entscheide von kantonalen Aufsichtsbehörden.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. BGer 2C\_247/2010 vom 16. Februar 2011, E. 4; BGer 2C\_737/2008 vom 8. April 2009, E. 3.3; BGer 2A.168/2005 vom 6. September 2005, E. 2.2.3; BGer 2A.600/2003 vom 11. August 2004, E. 2.3; BGer 2A.151/2003 vom 31. Juli 2003, E. 2.2, wo das Bundesgericht auf die «gesamte Anwaltstätigkeit verweist»; vgl. zudem die Botschaft zum BGFA, BBl 1999 6013 ff., 6054 (Ziff. 233.21). Ebenso entschied das Bundesgericht wiederholt, dass nichtanwaltstypische Tä-

aus, dass erstens der Verkäufer gegenüber den Investoren solider dagestanden sei und dass zweitens der Verkäufer wahrscheinlich das Prestige eines Anwaltstitels in das Geschäft habe hineinbringen wollen<sup>18</sup>.

Unter Verweis auf die Scharnierfunktion des Anwalts zwischen den Verkäufern und den Investoren schloss die Aufsichtskommission, dass sowohl Verkäufer als auch Investoren Klienten des Anwalts waren<sup>19</sup>. Indem der Anwalt die bei ihm eingegangenen Gelder der Investoren an die Verkäufer weitergeleitet hatte, ohne die entsprechenden Übertragungen der Aktienzertifikate an diese zu überprüfen, habe er diese Scharnierfunktion in grobfahrlässiger Weise nicht ausgeübt<sup>20</sup>. Die Aufsichtskommission sah in dieser grobfahrlässigen Mandatsführung einen Verstoss gegen die Pflicht zur sorgfältigen Berufsausübung gemäss Art. 12 lit. a BGFA und bestrafte den Anwalt mit einer Busse.

Einen Verstoss gegen Art. 12 lit. a BGFA erkannte die Aufsichtskommission selbst bei Verneinung eines Mandatsverhältnisses zwischen den Investoren und dem beschuldigten Anwalt und somit beim Fehlen der Erbringung von Rechtsdienstleistungen. Zentral sei nicht ein allfälliges mandatsmässiges Fehlverhalten des Anwalts, sondern die Irreführung der Investoren. Der Anwalt habe es zugelassen, dass man auf seine Stellung als Rechtsanwalt hinwies, um bei den Investoren Vertrauen zu schaffen. Indem der beschuldigte Anwalt den Anschein erweckte, dass die Geschäfte von einem Rechtsanwalt überprüft würden, enttäuschte er das Erwarten der Investoren in die Vertrauensstellung eines Rechtsanwalts massiv, was ihm nach Art. 12 lit. a BGFA vorwerfbar sei<sup>21</sup>.

## B. Vertrauensstellung des Anwalts als Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des BGFA

Die Aufsichtskommission verwies zunächst auf die vorgenannte bundesgerichtliche Rechtsprechung und das Rundschreiben 2011/1 der FINMA betreffend die Frage nach dem Umfang des Berufsgeheimnisses bzw. nach der Unterstellung des Anwalts unter das GWG. Allerdings, so die Aufsichtskommission, treffe keineswegs zu, dass für eine Tätigkeit, für die der Geheimnisschutz nach Art. 13 BGFA nicht gelte, *ipso iure* eine Subsumtion unter Art. 12 lit. a

BGFA ausser Betracht falle<sup>22</sup>. Vielmehr falle jede Tätigkeit eines Anwalts, die irgendwie mit dem Anwaltsberuf zusammenhängt, unter Art. 12 lit. a BGFA. Erfasst würden somit beispielsweise auch die Führung von Treuhandgeschäften, die Ausführung eines Willensvollstreckermandates, die Verwaltung von Vermögen, die Tätigkeit als Verwaltungsrat<sup>23</sup> oder die Funktion eines Beistands<sup>24</sup>.

Zur Begründung des sachlichen Anwendungsbereichs des BGFA im konkreten Fall rückte die Aufsichtskommission die besondere Vertrauensstellung des Anwalts in den Vordergrund: Die Berufspflichten seien ganz besonders zu beachten, wenn das berufsspezifische Ansehen des Rechtsanwaltes und die damit verbundene Vertrauensstellung bei der Ausübung seiner Tätigkeit eine besondere Rolle spiele<sup>25</sup>. Die Aufsichtskommission erachtet eine Tätigkeit somit dann als berufsspezifisch im Sinne des BGFA, wenn die Vertrauensstellung des Anwalts im Fokus seiner Tätigkeit liegt.

## IV. Würdigung

### A. Vertrauensstellung des Anwalts definiert den sachlichen Anwendungsbereich des BGFA nicht

*Schiller* verneint, dass das Ansehen und die Vertrauensstellung des Anwalts ein zulässiges und darüber hinaus taugliches Kriterium ist, um den sachlichen Anwendungsbereich des BGFA festzulegen<sup>26</sup>. Zudem begründe das Vertrauen in die Anwaltschaft kein hinreichendes öffentliches Interesse, um mittels Berufsregeln in die verfassungsrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit des Anwalts einzugreifen<sup>27</sup>. Konsequenterweise falle eine Tätigkeit eines Anwalts nur insoweit unter das BGFA, als sie eben nicht rein kaufmännisch<sup>28</sup>, sondern anwaltstypisch sei, d.h. die Erbringung einer Rechtsdienstleistung darstelle<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> ZR 113 2014 Nr. 58, Ziff. III./2, 189; so auch *Bohnet/Martenet* (Fn. 5) N 1126.

<sup>23</sup> Sofern das kaufmännische Element nicht derart überwiegt, dass nicht mehr von einer Anwaltstätigkeit gesprochen werden kann, vgl. *Fellmann* (Fn. 10) § 2 N 173.

<sup>24</sup> ZR 113 2014 Nr. 58, Ziff. III./2, 190 mit Verweis auf BGE 131 I 223, E. 3.4; BGer 2C\_407/2008 vom 23. Oktober 2008, E. 3.3; *Fellmann* (Fn. 10) BGFA 12 N 5 und N 6b.

<sup>25</sup> ZR 113 2014 Nr. 58, Ziff. III./2, 190.

<sup>26</sup> *Schiller* (Fn. 1) N 333 ff., insbesondere N 335.

<sup>27</sup> *Schiller* (Fn. 1) N 137 f. und N 1552.

<sup>28</sup> Verstanden als die nicht anwaltstypische Tätigkeit; vgl. zur Kritik am Kriterium «kaufmännisch» *Nater/Zindel* (Fn. 5) BGFA 13 N 119.

<sup>29</sup> *Schiller* (Fn. 1) N 326 ff.; ebenso *Nater* (Fn. 1) BGFA 2 N 8a m.w.H.; vgl. zudem die Hinweise vorne in Fn. 12–15 und dazugehöriger Text.

<sup>18</sup> ZR 113 2014 Nr. 58, Ziff. II./2, 187.

<sup>19</sup> ZR 113 2014 Nr. 58, Ziff. III./2, 190.

<sup>20</sup> ZR 113 2014 Nr. 58, Ziff. III./2, 190.

<sup>21</sup> ZR 113 2014 Nr. 58, Ziff. III./2, 190.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Es ist mit Verweis auf die vorstehend dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichts daran festzuhalten, dass Anwälte mit Bezug auf ihre Tätigkeiten, die nicht oder nur entfernt mit einer Rechtsdienstleistung zu tun haben, dem Disziplinarrecht *nicht* unterworfen sind. Entgegen der von der Aufsichtskommission des Kantons Zürich im vorliegend referierten Entscheid vertretenen Auffassung genügt die Vertrauensstellung als Anwalt allein nicht zur Begründung des sachlichen Anwendungsbereichs des BGFA. Es gibt keinen Grund, einem Anwalt ausserhalb der berufstypischen Tätigkeit höheres Vertrauen zuzuerkennen als anderen Berufsleuten. Auf den Fall der Aufsichtskommission bezogen, ist nicht einzusehen, warum einem Anwalt, der in einer Scharnierfunktion als Treuhänder tätig ist, eine andere oder höhere Vertrauensstellung zukommen soll als einem Dritten, der die gleiche Tätigkeit nicht als Anwalt ausübt. Es liegt nicht im öffentlichen Interesse, das Vertrauen in den Anwalt losgelöst von einer Rechtsdienstleistung als Legitimation für berufsrechtliche Eingriffe zu betrachten. Auch aus systematischer Sicht und dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung rechtfertigt es sich nicht, unterschiedliche Kriterien für die berufsrechtliche Unterstellung eines Anwalts anzuwenden, je nachdem, ob eine Verletzung des Berufsgeheimnisses nach Art. 13 BGFA oder einer allgemeinen Sorgfaltspflichtverletzung nach Art. 12 lit. a BGFA zur Diskussion steht, konkret also, im Fall des in einer Scharnierfunktion tätigen Anwalts als Treuhänder, die Unterwerfung unter Art. 13 BGFA abzulehnen, jedoch eine solche unter die Sorgfaltsregelung gemäss Art. 12 lit. a BGFA anzunehmen.

## B. Aufklärungspflicht des Anwalts als Anknüpfungspunkt der Disziplinierung

Anwälte sind einerseits gestützt auf die Pflicht zur sorgfältigen Berufsausübung gemäss Art. 12 lit. a BGFA und andererseits aufgrund des Auftragsrechts zur Rechenschaft gegenüber ihren Klienten verpflichtet<sup>30</sup>. Die Rechenschaftspflicht gilt bereits vor dem Abschluss des Mandatsvertrags und gründet auf dem Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben<sup>31</sup>. *Chappuis* auferlegt dem Anwalt als Spezialisten eine allgemeine Informationspflicht über

sämtliche Aspekte, die für den Klienten von Bedeutung sind<sup>32</sup>.

Gestützt auf diese Informationspflicht muss der Anwalt den Klienten darüber informieren, falls gewisse von ihm erbrachte Tätigkeiten nicht unter den Schutz der Berufsregeln fallen<sup>33</sup>. Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben verpflichtet einen Anwalt, seinen Klienten darauf hinzuweisen, dass keine Rechtsdienstleistungen begehrt werden und demzufolge der Anwalt nicht in seiner Funktion als Rechtsanwalt tätig sein wird. *Fellmann* verweist in diesem Zusammenhang auf die allgemeine Pflicht des Anwalts, klare Rechtsverhältnisse zu schaffen<sup>34</sup>; eine Pflicht, die in verschiedenen Ständeregeln Niederschlag gefunden hat<sup>35</sup>. Diese Pflicht gilt nicht nur während der Mandatsausführung, d.h. bei der eigentlichen Erbringung der Rechtsdienstleistungen, sondern muss sich auch auf die Pflicht zur vorvertraglichen Aufklärung über die Grundlagen der Mandatsausführung erstrecken. Das öffentliche Interesse<sup>36</sup> erfordert nicht nur die getreue und sorgfältige *Ausführung* von Anwaltsmandaten<sup>37</sup>, sondern ebenso Klarstellung im Einzelfall, ob eine bestimmte Tätigkeit eines Anwalts in den Anwendungsbereich der Berufsregeln fällt.

Erweckt – wie im vorliegend besprochenen Entscheid der Aufsichtskommission des Kantons Zürich – ein Anwalt das Vertrauen Dritter, anwaltlich tätig zu werden oder eine Anwaltstätigkeit auszuüben, besteht eine Pflicht zur Aufklärung, deren Verletzung einen Disziplinartatbestand darstellen kann<sup>38</sup>. Dieser Pflicht ist der beschuldigte Anwalt im vorliegend referierten Entscheid offensichtlich nicht nachgekommen. Aus diesem Grund halten wir den Entscheid der Aufsichtskommission im Ergebnis für richtig.

<sup>30</sup> *Fellmann* (Fn. 10) BGFA 12 N 29; *Alain B. Lévy*, Le devoir d'information de l'avocat, Anwaltsrevue 6-7 2010 265 ff., 265 f.; *Benoît Chappuis*, La profession d'avocat, Tome II, Genf/Zürich/Basel 2013, 144.

<sup>31</sup> *Lévy* (Fn. 30) 269; *Bohnet/Martenet* (Fn. 5) N 2780 m.w.H., insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

<sup>32</sup> *Chappuis* (Fn. 30) 144 mit Verweis auf BGer 4C.251/2000 vom 29. November 2000, E. 2b.

<sup>33</sup> *Schiller* (Fn. 1) N 364 f.

<sup>34</sup> *Fellmann* (Fn. 10) BGFA 12 N 29 und N 36; so auch *Schiller* (Fn. 1) N 1586.

<sup>35</sup> Vgl. beispielsweise Art. 2 Abs. 1 der Schweizerischen Ständeregeln; vgl. zudem *Fellmann* (Fn. 10) BGFA 12 N 36 m.w.H.

<sup>36</sup> Botschaft zum BGFA, BBl 1999 6013 ff., 6053 (Ziff. 233.1); *Fellmann* (Fn. 10) BGFA 12 N 2; *Bohnet/Martenet* (Fn. 5) N 1109.

<sup>37</sup> *Fellmann* (Fn. 10) BGFA 12 N 9.

<sup>38</sup> So auch *Schiller* (Fn. 1), N 1485 f.; ähnlich BGer 2A.177/2005 vom 24. Februar 2006, E. 3.2, wo ein Anwalt und Notar das in ihn gesetzte öffentliche Vertrauen enttäuscht hatte, da er sich ungerechtfertigterweise als Notar und Urkundsperson bezeichnete.

## Entscheidungen / Jurisprudence

### ***Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung / Jurisprudence récente du Tribunal fédéral***

(bearbeitet durch lic. iur. Markus Felber, Alpnach/Lausanne)

#### Verfahrensrecht / Droit de procédure

34

***In getrennt geführten Verfahren kommt den Beschuldigten im jeweils andern Verfahren keine Parteistellung zu. Sofern sich indes die Strafverfolgungsbehörden auf Aussagen eines Beschuldigten aus einem getrennt geführten Verfahren abstützen, ist dem Konfrontationsrecht Rechnung zu tragen.***

***Lors de procédures menées séparément, le prévenu ne se voit pas reconnaître la qualité de partie dans la procédure parallèle. Néanmoins, dès lors que les autorités de poursuite pénale s'appuient sur des dépositions du prévenu issues d'une autre procédure, le droit du prévenu d'être confronté à celles-ci doit être respecté.*** P.P.

1) Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO statuiert den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Beweiserhebungen im Untersuchungsverfahren sowie im Hauptverfahren. «Demnach haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Dieses spezifische Teilnahme- und Mitwirkungsrecht fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO). Es kann nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. Art. 108, Art. 146 Abs. 4 und Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO; s. auch Art. 101 Abs. 1 StPO) eingeschränkt werden (vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1187 f. Ziff. 2.4.1.3). Beweise, die in Verletzung von Art. 147 Abs. 1 StPO erhoben worden sind, dürfen nicht zulasten der Partei verwertet werden, die nicht anwesend war (Art. 147 Abs. 4 StPO; vgl. zum Ganzen BGE 139 IV 25 E. 4.2 S. 29 f.; Urteil 1B\_404/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1.2).

Das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen, setzt Parteistellung voraus (vgl. Art. 147 Abs. 1 StPO). Parteien sind die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft sowie im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren die Staatsanwaltschaft (Art. 104 Abs. 1 StPO). Die Beschränkung der Teilnahmerechte auf die Parteien war bereits im Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung vom Juni 2001 (VE-StPO) und im Entwurf zu einer Schweizerischen Strafpro-

zessordnung vom 21. Dezember 2005 (E-StPO; BBl 2006 1431) vorgesehen (Art. 158 und 159 VE-StPO; Art. 144 E-StPO).

Der gesetzliche Anspruch auf Teilnahme an den Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren gilt grundsätzlich auch für die Einvernahme von Mitbeschuldigten (BGE 139 IV 25 E. 5.1–5.3 S. 30 ff.; Urteil 1B\_404/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1). Separate (nicht parteiöffentliche) polizeiliche Befragungen sind im Ermittlungsverfahren möglich, wenn die Polizei im Rahmen ihrer selbstständigen Ermittlungstätigkeit Befragungen von tatverdächtigen Personen durchführt (Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO; BGE 139 IV 25 E. 5.4.3 S. 35). Art. 159 Abs. 3 VE-StPO hatte noch vorgesehen, dass Aussagen von Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren nur als Beweismittel verwertet werden können, wenn die Beschuldigten und die Verteidigung während des Verfahrens mindestens einmal mit diesen Mitbeschuldigten und deren Aussagen konfrontiert wurden. Diese Regelung wurde allerdings weder in den bundesrätlichen Entwurf (Art. 144 E-StPO) noch in die vom Parlament verabschiedete einschlägige Version von Art. 147 StPO übernommen. Die im Vorentwurf zur StPO vorgesehene und auf zwei Artikel aufgeteilte restriktivere Ausgestaltung der Teilnahmerechte (vgl. Art. 158 und 159 VE-StPO) wurde in einem Artikel zusammengefasst, wobei ein umfassendes Teilnahmerecht der Parteien statuiert wurde.

In getrennt geführten Verfahren kommt den Beschuldigten im jeweils andern Verfahren keine Parteistellung zu. Ein gesetzlicher Anspruch auf Teilnahme an den Beweiserhebungen im eigenständigen Untersuchungs- und Hauptverfahren der andern beschuldigten Person besteht folglich nicht (Art. 147 Abs. 1 StPO e contrario). Die Einschränkung der Teilnahmerechte von Beschuldigten in getrennten Verfahren im Vergleich zu Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren ist vom Gesetzgeber implizit vorgesehen und hinzunehmen.

Sofern sich die Strafverfolgungsbehörden auf Aussagen eines Beschuldigten aus einem getrennt geführten Verfahren abstützen, ist dem Konfrontationsrecht Rechnung zu tragen. Diese können nur verwertet werden, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, die ihn belastenden Aussagen in

Zweifel zu ziehen und Fragen an den Beschuldigten im getrennten Verfahren zu stellen (vgl. BGE 133 I 33 E. 2.2 S. 37 f.; 131 I 476 E. 2.2 S. 480 f.; 129 I 151 E. 3.1 S. 153 f. und E. 4.2 S. 157; 125 I 127 E. 6b S. 132 f. und 6c/aa S. 134; je mit Hinweisen). Gemäss Art. 178 lit. f StPO ist der Beschuldigte aus einem andern Verfahren als Auskunftsperson einzuvernehmen. Die Bestimmung erfasst Mittäter oder Teilnehmer der abzuklärenden Tat, die in einem andern Verfahren beurteilt werden. Der Fall, dass in den beiden Verfahren nicht gleiche, aber konnexe Straftaten verfolgt werden, fällt ebenfalls darunter (siehe BBl 2006 1208 f. Ziff. 2.4.4).

Der Beschwerdeführerin kam im getrennt geführten Verfahren gegen A. keine Parteistellung zu. Sie brauchte daher nicht über die Einvernahmeterminen orientiert zu werden, da sie kein Teilnahmerecht hatte. Art. 147 Abs. 1 StPO ist vorliegend nicht anwendbar. Die Rüge, die Einvernahme von A. einen Tag vor der

Konfrontationseinvernahme verstosse gegen Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV, ist unbegründet, soweit sie überhaupt den qualifizierten Begründungsanforderungen genügt (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG). A. hat sich an der Konfrontationseinvernahme nochmals zur Sache geäussert, sodass die Beschwerdeführerin ihr Fragerecht tatsächlich ausüben konnte (vgl. Urteil 6B\_369/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 2.3.3). Davon hat sie indes keinen Gebrauch gemacht. Ob die Tatsache, dass ihr das Einvernahmeprotokoll der tags zuvor erfolgten Befragung erst eine Stunde vor Beginn der Konfrontationseinvernahme ausgehändigt wurde, eine seriöse Vorbereitung verhindert oder allenfalls beeinträchtigt hat, kann dahingestellt bleiben, da die Beschwerdeführerin dies nicht rechtzeitig rügte (vgl. BGE 135 III 334 E. 2.2 S. 336 mit Hinweisen; Urteil 6B\_1071/2013 vom 11. April 2014 E. 1.2.)» (Urteil 6B\_280/2014 vom 1. September 2014)

## Zivilgesetzbuch / Code civil

***Wird die Lebenshaltung nicht konkret berechnet, sondern auf die Methode des um gewisse Positionen erweiterten Existenzminimums mit Überschussverteilung zurückgegriffen, erweckt die Berücksichtigung einer angeblichen Sparquote im Lichte von Art. 9 BV Bedenken.***

***Lorsque le niveau de vie n'est pas calculé de manière concrète, mais en se fondant sur la méthode du minimum vital élargi à certains postes avec répartition des excédents, la prise en compte d'un taux d'épargne présumé pose problème au regard de l'art. 9 Cst. P.P.***

2) Im Streit um vorsorgliche Massnahmen im Rahmen der Ehescheidung hatte die Beschwerde führende Ehefrau vor Bundesgericht einzig beanstandet, die Berücksichtigung einer Sparquote sei willkürlich (Art. 9 BV) bzw. verstosse gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 8 Abs. 1 BV). Im Wesentlichen machte sie geltend, beide kantonalen Instanzen hätten sich bei der Unterhaltsbemessung richtigerweise für die Methode des betriebsrechtlichen Existenzminimums mit Überschussverteilung entschieden. Der Beschwerdegegner habe im Verfahren nie eine Sparquote behauptet, geschweige denn eine solche nachgewiesen. Der Ehemann und Beschwerdegegner brachte im Wesentlichen vor, die Sparquote sei in dem Sinne rechtsgenügend behauptet und belegt worden, als seitens beider Parteien sämtliche Einkommens- und Bedarfspositionen dargelegt worden seien. Erst basierend darauf könne die Sparquote ermittelt werden.

«Der Unterhalt, um den es hier geht, knüpft an den in der Ehe zuletzt, bis zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts gelebten Standard an, auf dessen Fortführung bei genügenden Mitteln beide Ehegatten Anspruch haben (BGE 119 II 314 E. 4b/aa S. 318).

Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom gebührenden Unterhalt. Was sodann die Bemessung des elterlichen Unterhaltsbeitrages betrifft, sind die Grundsätze im Kindesrecht geregelt. Der Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen (Art. 285 Abs. 1 ZGB; BGE 137 III 59 E. 4.2.1 S. 62).

Das Gesetz schreibt keine bestimmten Methoden für die Berechnung von Unterhaltsbeiträgen vor. Ausgangspunkt ist indes der gebührende Unterhalt der unterhaltsberechtigten Person, auf den sie bei genügenden Mitteln Anspruch hat. Der Unterhaltsbeiträge beanspruchende Ehegatte muss sich sodann anrechnen lassen, was er mit eigenen Einkünften selber zu decken in der Lage ist (sog. «Eigenversorgungskapazität»). Verbleibt eine Differenz, wird der Unterhaltsbeitrag nach Massgabe der Leistungsfähigkeit der unterhaltsverpflichteten Person festgesetzt. Der so ermittelte Beitrag stellt die Obergrenze des Unterhaltsanspruchs dar. Aus den soeben dargelegten Grundsätzen folgt, dass der jeweilige Bedarf grundsätzlich konkret, das heisst, anhand der tatsächlich getätigten Ausgaben zu ermitteln ist (vgl. für den nahehelichen Unterhalt im Sinne von Art. 125 ZGB: BGE 134 III 145 E. 4 S. 146 f.). Indessen hat das Bundesgericht präzisiert, dass die Methode der Existenzminimumsberechnung mit (allfälliger) Überschussverteilung (auch zweistufige Methode genannt) jedenfalls dann zulässige Ergebnisse gestatte, wenn die Ehegatten – gegebenenfalls trotz guter finanzieller Verhältnisse – nichts angespart haben oder aber die bisherige Sparquote durch die trennungsbedingten Mehrkosten aufgebraucht wird (BGE 137 III 102 E. 4.2.1.1 S. 106 f.; 134 III 577 E. 3 S. 578). Der Unterhalts-

schuldner, der eine Sparquote behauptet, trägt hierfür die Behauptungs- und Beweislast. Dass der Sachrichter den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 277 Abs. 3 ZPO) oder gegebenenfalls zu erforschen hat (Art. 296 ZPO), enthebt den Unterhaltsschuldner zwar von der subjektiven Beweislast oder Beweisführungslast, ändert aber nichts an seiner Mitwirkungspflicht, aufgrund derer die Sparquote behauptet, beziffert und soweit möglich belegt werden muss (vgl. dazu: BGE 130 I 180 E. 3.2 S. 183 f.; 128 III 411 E. 3.2.1 S. 413; *Hausheer und Andere*, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl. 2010, N 05.173 S. 332). Es handelt sich um einen klaren Rechtsgrundsatz, dessen Missachtung Willkür in der Rechtsanwendung darstellt (zum Begriff vgl. BGE 140 III 16 E. 2.1; 138 I 49 E. 7.1). Damit ist gleichzeitig gesagt, dass es, anders als wovon der Beschwerdegegner auszugehen scheint, weder vom Ermessen des Sachrichters noch von Billigkeitsgesichtspunkten abhängt, ob eine Sparquote zu berücksichtigen ist oder nicht.

Die kantonalen Instanzen haben für die Ermittlung des Bedarfs der beiden Haushalte nicht ausschliesslich auf die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums nach Art. 93 SchKG abgestellt. Vielmehr haben sie angesichts der guten finanziellen Verhältnisse weitere Positionen wie Ausgaben für die Telecom und Mobiliarversicherung sowie für ein Auto ohne Kompetenzcharakter und für eine Garage angerechnet. Sodann wurde im Bedarf der Beschwerdeführerin und der Kinder ein Betrag von CHF 1000.– für Ferien und Soziales hinzugezählt. Auf den ersten Blick scheint somit die konkrete Lebenshaltung der beiden Haushalte während des Getrenntlebens ermittelt worden zu sein. Nicht konkret berechnet wurden indes die persönlichen Bedürfnisse der Parteien, zumal die kantonalen Instanzen diesbezüglich den Grundbetrag (CHF 1200.– beim Beschwerdegegner und CHF 1350.– bei der Beschwerdeführerin als Alleinerziehende) der betriebsrechtlichen Richtlinien zu Art. 93 SchKG übernommen haben, ohne dass mit Bezug auf diese Position der konkrete, während der Ehe gelebte Standard der Ehegatten ermittelt worden wäre. Daran vermag nichts zu ändern, dass beim Bedarf der Beschwerdeführerin ein relativ hoher Betrag (CHF 1000.–) für Ferien und Soziales eingesetzt worden ist. Als Zwischenergebnis gilt somit, dass die Vorinstanzen – entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners – nicht bzw. nicht ausschliesslich von der konkreten Lebenshaltung zur Ermittlung des Unterhaltsbedarfs ausgegangen sind.

Dem angefochtenen Entscheid kann nicht entnommen werden, warum die kantonalen Instanzen angesichts des überdurchschnittlichen Einkommens des Beschwerdegegners nicht die konkrete Lebenshaltung ermittelt, sondern sich der Methode des um gewisse Positionen erweiterten Existenzminimums mit Überschussverteilung bedient haben. Die Parteien haben indes die

Anwendung der Methode nicht als unzulässig bzw. willkürlich angefochten. Mit dieser Feststellung hat es diesbezüglich sein Bewenden, und es erübrigen sich weitere Ausführungen.

Wird indes die Lebenshaltung nicht konkret berechnet, sondern auf die vorgenannte Methode zurückgegriffen, erweckt allein schon die Berücksichtigung einer angeblichen Sparquote im Lichte von Art. 9 BV Bedenken: Es vermag angesichts der aufgezeigten Grundsätze nicht einzuleuchten, inwiefern aus einem nicht konkret berechneten Bedarf des Haushalts während des gemeinsamen Zusammenlebens bzw. der beiden Haushalte nach Aufhebung des gemeinsamen ehelichen Haushaltes auf eine konkrete Sparquote geschlossen werden kann. Ein überdurchschnittliches Einkommen kann höchstens ein Indiz sein dafür, dass eine Sparquote verbleiben sollte. Mit Blick auf die Verhältnisse des konkreten Falles ist dies jedoch keinesfalls zwingend (*Hausheer und Andere*, a.a.O., N 02.61c S. 74). Um auf eine Sparquote schliessen zu können, braucht es also mehr als die Höhe des Einkommens des Ehemannes. Nun lässt sich den Akten nicht entnehmen, dass der Beschwerdegegner als Unterhaltsschuldner die vom Obergericht angenommene Sparquote beziffert und belegt hätte. Dass darüber anlässlich der Verhandlung vor dem erstinstanzlichen Richter diskutiert worden, die Sparquote somit entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin thematisiert worden ist, genügt nicht.

Das Obergericht hat auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen – die Höhe des Einkommens des Beschwerdegegners – eine unhaltbare Schlussfolgerung – nämlich das Vorhandensein einer Sparquote – gezogen, und ist damit bei der Sachverhaltsfeststellung in Willkür verfallen. Damit erweist sich auch der Abzug einer weder dem Grundsatz nach noch betragsmässig glaubhaft gemachten Sparquote von einem anhand der zweistufigen Methode errechneten Überschuss als willkürlich. Nichts Gegenteiliges lässt sich der vom Beschwerdegegner angegebenen Literaturstelle im Handbuch des Unterhaltsrechts ableiten. Im Gegenteil: Auch diese Autoren vertreten die Auffassung, dass eine Sparquote nicht etwa aus einem überdurchschnittlichen Einkommen abgeleitet werden könne; vielmehr erfordere auch die Abgrenzung zwischen der dem naheheiligen Unterhalt zugänglichen bisherigen Sparquote und der unantastbaren Vermögensumteilung letztlich eine «quantitative» Grenzziehung und «einen entsprechenden Nachweis oder zumindest Glaubhaftmachung durch den Unterhaltsverpflichteten» (*Hausheer und Andere*, a.a.O., S. 74 N 02.61c). Damit hat das Obergericht den Grundsätzen für die Berechnung des ehelichen Bedarfs nach Aufhebung des gemeinsamen ehelichen Haushalts – soweit hier rechtsgenügend beanstandet – in unhaltbarer Weise nicht Rechnung getragen.»

Schliesslich rechnet das Bundesgericht vor, dass das angefochtene Urteil auch im Ergebnis willkürlich ist: «Ausgehend vom

berechneten Überschuss von CHF 2593.– (15242.– ./ 5339.– ./ CHF 7310.–) beträgt der Anteil der Beschwerdeführerin und der Kinder somit rund CHF 1730.– (rund  $\frac{2}{3}$ ; vgl. BGE 126 III 8) und verbleiben dem Beschwerdegegner rund CHF 863.–.

Damit ergibt sich für die Beschwerdeführerin (inkl. Kinder) ein Gesamtunterhalt von CHF 9040.– (CHF 7310.– + CHF 1730.–). Nach Abzug des Unterhaltsbedarfs der drei Töchter von CHF 5250.– (je Fr. 1750.–) verbleibt ein Bedarf der Beschwerdeführe-

rin von CHF 3790.– (CHF 9040.– ./ CHF 5250.–). Im Verhältnis zum vorinstanzlich zugesprochenen Unterhaltsbeitrag von CHF 2575.– besteht eine Differenz von CHF 1215.–. Mit anderen Worten macht der vom Obergericht zugesprochene Unterhaltsbeitrag knapp zwei Drittel dessen aus, worauf die Beschwerdeführerin Anspruch hat. Die Kürzung um knapp ein Drittel ist unter allen Titeln offensichtlich unhaltbar.» (Urteil 5A\_798/2013 vom 21. August 2014)

## Literatur / Bibliographie

### Neuerscheinungen / Publications récentes

#### 1. Allgemeine Jurisprudenz, Rechtsgeschichte

##### 1.1 Aktualität, Allgemeine Jurisprudenz

**Du Pasquier, Shelby/Oberson, Xavier/Fischer, Philipp: Transmission d'informations à l'étranger.** Coopération ou soumission? Un état des lieux. 116 p. (Bâle 2014. Helbing Lichtenhahn). Broché. CHF 48.00.

**Meier, Niklaus: Terminologie juridique allemande.** Collection neuchâteloise – Les abrégés. 230 p. (Bâle 2014. Helbing Lichtenhahn). Broché. CHF 48.00.

**Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat 2013.** 334 S. (Frauenfeld 2014. Obergericht des Kantons Thurgau). Brosch. Ohne Preisangabe.

**Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 2012 und 2013.** Hrsg. Obergericht des Kantons Uri. 186 S. (Altdorf 2014. ). Brosch. Ohne Preisangabe.

**Revue jurassienne de Jurisprudence 2013.** Publiée sous l'autorité du Tribunal cantonal jurassien. 160 p. (Porrentruy 2014. Chancellerie du Tribunal cantonal). Broché. CHF 40.00.

**Schweizerische Gesetze.** Sammlung des Zivil- Wirtschafts- und Strafrechts. 53. Ergänzungslieferung (Stand: 1. Januar 2014). Herausgeber: *Manfred Rehbinder* und *Roger Zäch* unter Mitarbeit von *Benedikt W. Czok*. 490 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn [Koedition mit C. H. Beck, München, und Stämpfli Verlag, Bern]). Loseblatt. CHF 76.00.

**TEXTO Öff. Recht I.** Textausgabe, 3., aktualisierte Auflage. Bundesverfassung, EMRK und Zusatzprotokolle, UNO-Pakte, Freizügigkeitsabkommen, Erlasse zum Staats-, Organisations- und Verfahrensrecht sowie Ausländer-, Sicherheits- und Finanzrecht. Herausgeber: *Peter Hänni, Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser*. 1100 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 39.00.

**TEXTO Öff. Recht II.** Textausgabe, 3., aktualisierte Auflage. Erlasse zum Raumplanungs-, Umwelt- und Infrastrukturrecht sowie zum Bildungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht. Herausgeber: *Tobias Jaag* und *Julia Hänni*. 1000 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 39.00.

##### 1.2 Rechtsgeschichte

**Ramelet, Denis: Le prêt à intérêt dans l'Antiquité préchrétienne: Jérusalem, Athènes, Rome.** Étude juridique, philosophique et historiographique. Recherches juridiques lausannoises, volume 58. 330 p. (Zurich 2014. Schulthess). Broché. CHF 60.00.

##### 1.4 Rechtsvergleichung

**Comparative Law and International Organisations.** Cooperation, Competition and Connections. *Colin Picker/Lukas Heckendorn Urscheler/Daria Solenik* (eds). Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Volume 70. 152 p. (Zurich 2014. Schulthess). Paperback. CHF 60.00.

**Rapports suisses présentés au XIX<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé / Swiss Reports Presented at the XIXth International Congress of Comparative Law.** Vienne, du 20 juillet au 26 juillet 2014. *Lukas Heckendorn Urscheler* (éd.). Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Volume 73. 402 p. (Zurich 2014. Schulthess). Broché. CHF 80.00.

#### 2. Zivilrecht

##### 2.1 Allgemeines Zivilrecht

**Parein-Reymond, Aude: La prescription extinctive.** Etude de droit romain et de droit suisse. Collection latine. 282 p. (Bâle 2014. Helbing Lichtenhahn). Broché. CHF 64.00.

**Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht ZGB/OR.** Textausgabe mit Anhängen, Querverweisen, Sachregister und Anmerkungen. Begründet von *Hugo Oser*, fortgesetzt von *Wilhelm Schönenberger*, herausgegeben von *Peter Gauch* und *Hubert Stöckli* in Zusammenarbeit mit *Daniela Gmünder Perrig*, 50. Auflage, Stand: 1. Juli 2014. 2268 S. (Zürich 2014. Schulthess). Geb. CHF 158.00.

**Schweizerisches Zivilgesetzbuch ZGB.** Textausgabe mit Anhängen, Querverweisen, Sachregister und Anmerkungen. Begründet von *Hugo Oser*, fortgesetzt von *Wilhelm Schönenberger*, herausgegeben von *Peter Gauch* und *Hubert Stöckli* in Zusammenarbeit mit *Daniela Gmünder Perrig*, 50. Auflage, Stand: 1. Juli 2014. 1052 S. (Zürich 2014. Schulthess). Geb. CHF 79.00.

## 2.2 Personen – und Familienrecht

**Dal diritto tutorio al diritto della protezione degli adulti.** Atti della giornata di studio dell'11 giugno 2012. A cura di: *Marco Borghi / Rocco Filippini*. Avec une contribution en français – Mit einem Beitrag auf Deutsch. 136 p. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brossura. CHF 45.00.

## 2.3 Erbrecht und Sachenrecht

**Die EU-Erbrechtsverordnung Nr. 650/2012 und deren Auswirkungen auf diverse Länder.** 50. Tagung der DACH in Dublin vom 29. bis 31. Mai 2014. Hrsg.: DACH Europäische Anwaltsvereinigung. DACH Schriftenreihe, Band 42. 198 S. (Zürich 2014. Schulthess [Koproduktion von DACH]). Brosch. CHF 78.00.

## 3. Obligationenrecht

### 3.1 Allgemeines Obligationenrecht

**Andregg, Mirco: Der Ersatz von Schadenabwehrkosten.** Eine Analyse zum Recht der unerlaubten Handlungen. Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg, Band 341. 242 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 70.00.

**Holtz-Maihold, Rahel Rabea: Obligationenrecht Allgemeiner Teil.** Fragen, Fälle und Lösungen zur Prüfungsvorbereitung, 2. Auflage. 200 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 48.00.

**Voser, Nathalie/Weber, Flavia: Übungen zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts und zum Kaufrecht.** 190 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 52.00.

**Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil.** Ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht. Begründet von *Peter Gauch* und *Walter R. Schlupe*, weitergeführt von *Jörg Schmid*, *Heinz Rey* und *Susan Emmenegger*. 10. Auflage ergänzt, verbessert und nachgeführt von *Jörg Schmid*, 2 Bde. cplt. 1114 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 109.00.

**Schweizerisches Obligationenrecht OR.** Textausgabe mit Anhängen, Querverweisen, Sachregister und Anmerkungen. Begründet von *Hugo Oser*, fortgesetzt von *Wilhelm Schönenberger*,

herausgegeben von *Peter Gauch* und *Hubert Stöckli* in Zusammenarbeit mit *Daniela Gmünder Perrig*, 50. Auflage, Stand: 1. Juli 2014. 1366 S. (Zürich 2014. Schulthess). Geb. CHF 79.00.

### 3.3 Arbeits- und Mietrecht

**Dietschy, Patricia: Le bail d'habitation des concubins.** Nouvelle littérature juridique. 184 p. (Bâle 2014. Helbing Lichtenhahn). Broché. CHF 48.00.

**Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2013.** Hrsg.: Arbeitsgericht Zürich. 58 S. (Zürich 2014. Buchmann Druck AG). Brosch. CHF 20.00.

## 4. Handels- und Wirtschaftsrecht

### 4.3 Übriges Gesellschaftsrecht

**Karathanassis, Dimitrios: Gehorsamstrukturen im Konzern.** Das Konzept der hierarchischen Heterarchie. Grundlegendes Recht, Band 22. 348 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 78.00.

### 4.4 Bank- und Kapitalmarktrecht

**Investmentrecht.** Handbuch zum Investmentrecht in Deutschland, Österreich, Schweiz, Luxemburg und Liechtenstein. Herausgegeben von *Thomas A. Jesch* und *Ulf Klebeck*. 1124 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn [Koedition mit C. H. Beck, München und Manz Verlag, Wien]). Brosch. CHF 228.00.

## 5. Immaterialgüter-, Kommunikations- und Wettbewerbsrecht

**Bieler, Brigitte: Die Übertragung des Urheberrechts.** In Konstellationen des Arbeits-, Auftrags-, Werkvertrags- und Produzentenverhältnisses sowie in ausgewählten Bereichen des Umstrukturierungsrechts. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 117. 304 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 68.00.

**Buser, Pia: Der Arbeitnehmerurheber im Kollisionsrecht.** Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Schriftenreihe für internationales Recht, Band 121. 474 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 84.00.

**Sigrist, Martin: Staatsschutz oder Datenschutz? Die Vereinbarkeit präventiver Datenbearbeitung zur Wahrung der inneren Sicherheit mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.** Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 219. 330 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 79.00.

**Weber, Rolf H.: Realizing a New Global Cyberspace Framework.** Normative Foundations and Guiding Principles. Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich ZIK, Band 60. 191 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 78.00.

**6. Internationales und ausländisches Privatrecht**

**Drobnjak, Sascha/Schneider, Denise:** *Repetitorium Internationales Privat- und Zivilprozessrecht*. 178 S. (Zürich 2014. Orell Füssli). Brosch. CHF 59.00.

**7. Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht****7.1 Zivilprozessrecht**

**Bohnet, François:** *La procédure civile en schémas*. Collection neuchâteloise – Les schémas. 352 p. (Bâle 2014. Helbing Lichtenhahn). Relié. CHF 78.00.

**Egli, Margareta/Brand, Anne-Banu:** *Repetitorium Zivilprozessrecht*. 2., überarbeitete Auflage. 220 S. (Zürich 2014. Orell Füssli). Brosch. CHF 60.00.

**Gut, Nicolas:** *Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 116. 299 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 68.00.

**Rétornaz, Valentin:** *L'interdiction du formalisme excessif en procédure civile*. Collection neuchâteloise. 860 p. (Bâle 2014. Helbing Lichtenhahn). Broché. CHF 98.00.

**7.4 Schiedsgerichtsbarkeit**

**Gut, Susanna:** *Schiedsgerichtsbarkeit: Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten*. Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, Band 116. 298 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 85.00.

**7.5 Allgemeines Verfahrensrecht**

**Fedi, Angelo/Meyer, Kilian/Müller, Dorian:** *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau*. 368 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Geb. CHF 198.00.

**PVG Praxis des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden 2013 / Pratica da la Dretgira administrativa dal chantun Grischun / Prassi del tribunale amministrativo dei Grigioni**. 226 S. (2014. ). Brosch. Ohne Preisangabe.

**9. Staats- und Verfassungsrecht**

**Schädler, Simon M.:** *Der Schutz des religiösen Friedens als Staatsaufgabe*. Eine juristische Untersuchung des öffentlichen Interesses am Frieden zwischen den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 220. 412 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 85.00.

**Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung**. Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG). **Martin Graf, Cornelia Theler, Moritz von Wyss** (Hrsg.). 1216 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Geb. CHF 178.00.

**10. Verwaltungsrecht****10.1 Allgemeines Verwaltungsrecht**

**Fässler, Stephanie:** *Das Recht auf sexuelle Orientierung und seine Bedeutung im Migrationsrecht*. Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 222. 412 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 85.00.

**Actualité du droit des étrangers – Jurisprudence et analyses**. 2014, volume I: du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2014. **Minh Son Nguyen** (éd.). *Actualité du droit des étrangers*. 286 p. (Bâle 2014. Helbing Lichtenhahn). Broché. CHF 65.00.

**10.2 Bau- und Umweltrecht**

**Klaber, Fabian:** *Öffentlichrechtliche Vorgaben für Windenergieanlagen*. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B: Öffentliches Recht, Band 87. 288 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 64.00.

**10.4 Steuerrecht**

**Cuccarède-Zenkhusen, Jasmin:** *Instrumente der steuerpflichtigen Person zur Änderung rechtskräftiger Verfügungen und Entscheide*. 140 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 38.00.

**Cywie, Arnaud:** *TVA et sponsoring*. Préface de Pierre-Marie Glauser. *La pratique du droit*. 108 p. (Zürich 2014. Schulthess). Broché. CHF 60.00.

**12. Privat- und Sozialversicherungsrecht**

**Kieser, Ueli/Riemer-Kafka, Gabriela/Frésard-Fellay, Ghislaine:** *Tables du droit suisse des assurances sociales*. Deuxième édition. 158 p. (Zürich 2014. Schulthess). Broché. CHF 78.00.

**Jahrbuch SGHVR 2014 – Annales SDRCA 2014**. Herausgeber: **Stephan Fuhrer**. HAVE. 162 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 64.00.

**Sozialversicherungsrecht Gesetzgebung**. 47. Ergänzungslieferung (Stand: 1. Juli 2014). Loseblatt-Textsammlung mit Sachregister und Verweisungen. Zusammengestellt von **Tristan Imhof**. 108 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Loseblatt. CHF 32.00.

**13. Strassenverkehrsrecht**

**Donatsch, Andreas/Schwarzenegger, Christian/Wohlens, Wolfgang:** *Strafprozessrecht*. 2. Auflage. Zürcher Grundrisse des Strafrechts. 424 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 88.00.

**Pieth, Mark/Eymann, Stephanie/Zerbes, Ingeborg:** *Fallsammlung Strafrecht BT*. Übungsfälle zum Besonderen Teil mit Lösungsvorschlägen, 2. Auflage. 292 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 48.00.

**Richner, Michelle:** *Heimtierhaltung aus tierschutzstrafrechtlicher Sicht*. Schriften zum Tier im Recht, Band 12. 326 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 89.00.

Troxler, Tizian: **Die Universalität von Rechtfertigungsgründen im Verhältnis von Straf- und Zivilrecht.** Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 115. 322 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 74.00.

**Geschworenengerichte – der unbequeme Mythos/Jurys populaires – le mythe inconfortable.** Zur Volksbeteiligung am Strafprozess/De la participation populaire au procès pénal. *Filippo Contarini/Ares Bernasconi* (éd.). Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 51. 250 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Brosch. CHF 68.00.

**Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO).** 2. Auflage. Herausgeber: *Andreas Donatsch, Thomas Hansjakob, Viktor Lieber.* Englischer Gesetzestext: *Sarah Summers.* 2636 S. (Zürich 2014. Schulthess). Geb. CHF 448.00.

**Sachverhaltsabklärung in der Sozialversicherung.** November-Tagung zum Sozialversicherungsrecht 2013. Herausgeber: *Ueli Kieser/Miriam Lendfers.* 182 S. (St. Gallen 2014. Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis). Brosch. CHF 79.20.

**Tafeln zum Militärstrafrecht.** 3. Auflage. Autoren: *Stefan Flachsmann, Patrick Fluri, Gerritt Görlich Käser, Bernhard Isenring* und *Stefan Wehrenberg.* 260 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 68.00.

#### 14. Völker- und Europarecht

**Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel: Europarecht.** 2. Auflage. 190 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn [Koedition mit Nomos Verlag, Baden-Baden]). Brosch. CHF 35.00.

**Grignon, Julia: L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire.** Collection Genevoise, Droit international. 504 p. (Zürich 2014. Schulthess [Coéditions avec L.G.D.J., Paris]). Broché. CHF 90.00.

**Peters, Anne/Stucki, Saskia: Tierversuchsrichtlinie 2010/63/EU: Rechtsgutachten zu ihrer Umsetzung in Deutschland.** Schriften zum Tier im Recht, Band 13. 200 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 69.00.

**Vianès, Emmanuel: Entre Guerre et Paix.** Les Administrations Internationales Post-Belligérantes. Collection de droit international public. 730 p. (Bâle 2014. Helbing Lichtenhahn [Coédition L.G.D.J., Paris]). Broché. CHF 98.00.

**Charta der Grundrechte der Europäischen Union.** Kommentar. 4. Auflage, herausgegeben von: *Jürgen Meyer.* 860 S. (Basel 2014. Helbing Lichtenhahn). Geb. CHF 173.00.

**Le droit international de la migration.** Sous la direction de *Brian Opeskin, Richard Perruchoud* et *Jillyanne Redpath-Cross.* 592 p. (Zürich 2014. Schulthess [Coédition Éditions Yvon Blais, Montréal]). Relié. CHF 158.00.

#### 15. Medizin- und Gesundheitsrecht

**Büchler, Andrea/Michel, Margot: Medizin – Mensch – Recht.** Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz. 300 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 89.00.

**Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod.** Hrsg.: *Felix Hafner, Kurt Seelmann, Corinne Widmer Lüchinger.* Verlagsforum Gesundheitswesen. 181 S. (Zürich 2014. Schulthess). Brosch. CHF 95.00.

#### 17. Kunstrecht

**L'art a-t-il un prix? The Art of Pricing the Priceless.** L'évaluation des œuvres d'art, ses défis pratiques et juridiques. On the Valuation of Art, its Challenges and Liabilities. *Pierre Gabus/Anne Laure Bandle* (éds) Etudes en droit de l'art/Studies in art law, volume 25. 164 p. (Zürich 2014. Schulthess). Broché. CHF 75.00.

### Besprechung/Compte rendu

**Hurtado Pozo, José: Droit pénal général.** Théorie – Méthodologie de résolution de cas pratiques – Tableau synoptique – Répertoire alphabétique. 2<sup>e</sup> éd., 452 p. (Genève/Zürich/Bâle, 2013. Schulthess Editions Romandes). Broché. CHF 75.00.

L'ouvrage est une mise à jour de l'abrégé paru en 2011. Il consiste en un condensé des notions et des concepts fondamentaux du droit pénal général. Outre une présentation théorique, l'auteur synthétise la matière exposée sous forme de nombreux tableaux synoptiques, qui facilitent la compréhension et permettent d'avoir un aperçu rapide des éléments essentiels. S'y ajoutent une méthodologie de résolution des cas pratiques, notamment sous forme de check-list, ainsi qu'un répertoire alphabétique

permettant de retrouver la définition des principaux termes et expressions utilisés en droit pénal.

Dans la première partie, l'auteur expose les notions fondamentales qui régissent le droit pénal et donne un aperçu des disciplines pénales, telles la politique criminelle, la criminologie et la dogmatique pénale.

La deuxième partie de l'ouvrage traite de la loi pénale, soit ses sources, son interprétation et son application dans l'espace et dans le temps. Il est rappelé l'importance d'un grand principe, celui de la légalité. Selon l'auteur, le droit actuel des mesures paraît plus strict que l'ancien et il faut ainsi relativiser la conception selon laquelle le nouveau droit doit être considéré comme

plus opportun et d'application immédiate. Cette partie s'achève sur l'application de la loi pénale quant aux personnes et donc au principe d'égalité dans la loi et devant la loi.

La troisième partie de l'abrégé est consacrée à l'infraction punissable. Il y est exposé que l'activité punissable consiste en une action, par quoi il faut entendre tant les actes de commission que ceux d'omission et les actes intentionnels ou par négligence. L'auteur définit l'action comme une manifestation contraire à la sauvegarde des biens juridiques.

La quatrième partie étudie de manière approfondie l'infraction de commission intentionnelle. Après un rappel détaillé de la classification des infractions, l'auteur examine la question délicate de la causalité, tant naturelle qu'adéquate, et expose la théorie de l'imputation objective, dont une conception restrictive est largement acceptée en doctrine, en raison notamment du traitement que cette théorie accorde aux infractions par négligence et aux infractions d'omission impropre. La question délicate du consentement en tant que fait justificatif supra-légal, généralement distingué de l'accord, est également examinée. Contrairement à la conception défendue par le Tribunal fédéral et par une grande partie de la doctrine, l'auteur estime que le consentement, au même titre que l'accord, exclut la typicité. Les faits justificatifs sont aussi traités, en particulier la légitime défense et l'état de nécessité licite, à distinguer de l'état de nécessité excusable, qui est une circonstance d'exclusion ou d'atténuation de la culpabilité. L'auteur examine encore la problématique du consentement présumé lorsque la personne concernée n'est pas en mesure de l'exprimer elle-même du fait d'une situation particulière (état d'inconscience ou absence, par exemple). Le consentement présumé doit être distingué de la gestion d'affaires sans mandat, autre fait justificatif pouvant être invoqué.

Dans cette même partie, *M. Hurtado Pozo* examine la notion de culpabilité, l'auteur devant être capable d'agir de manière coupable au moment de la réalisation de l'infraction, ainsi que l'erreur sur l'illicéité. Les excuses absolutoires sont également traitées.

L'ouvrage fait ensuite place au processus d'exécution de l'infraction, soit aux actes préparatoires, qui échappent à la répression, sous réserve de l'art. 260<sup>bis</sup> CP, à la tentative et à la consommation. Le degré de participation à l'infraction est également développé, avec la théorie de la maîtrise de fait, qui ne fait

pas l'unanimité, et le critère du risque prôné par la doctrine et repris par la jurisprudence s'agissant de la délimitation de la complicité. L'auteur estime cependant que ce critère doit être appliqué avec mesure. Un chapitre de cette partie est encore consacré à la responsabilité pénale de l'entreprise, admise de manière restrictive. Une place particulière est accordée à la responsabilité des médias.

La cinquième partie de l'ouvrage traite de l'infraction d'omission intentionnelle, exceptionnellement sanctionnée par la loi pénale, qu'il s'agisse d'omission propre ou impropre.

Quant à la sixième partie, elle est consacrée à l'infraction par négligence, dont il est rappelé qu'elle fait l'objet d'un *numerus clausus*. Comme en matière d'infractions intentionnelles, le rapport de causalité est déterminé en particulier par les critères de l'imputation objective. Pour l'auteur, le critère proposé généralement pour déterminer si le résultat était prévisible, soit celui d'une personne moyenne, soucieuse et prudente, n'est pas acceptable. *M. Hurtado Pozo* estime qu'il est préférable de tenir compte de la capacité individuelle dès le moment de constater la typicité. Le critère de l'individualisation permet mieux de tenir compte des besoins de la justice.

Dans la septième partie, l'auteur traite de l'infraction de mise en danger, dont le rapport de causalité constitue un lien de pure probabilité entre la source de risque et le préjudice futur et incertain.

La huitième partie a, quant à elle, pour objet les régimes du concours de lois et d'infractions (concours idéal et réel).

Dans la neuvième partie, l'auteur examine le système dualiste et individualisant des sanctions pénales, dont il donne un large éventail.

Dans la dixième et dernière partie, ce sont les régimes de la prescription qui sont étudiés. L'ouvrage datant de 2013, il n'est pas fait état de l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 de l'augmentation de la prescription de l'action pénale de 7 à 10 ans pour les infractions passibles d'une peine privative de liberté de 3 ans.

L'ouvrage de *M. Hurtado Pozo*, s'il est certes un document de référence pour l'étudiant, permet également au praticien de trouver rapidement les réponses à des questions concrètes.

*Vanessa Chambour, Docteur en droit, Avocate au Barreau,  
Lausanne*

## Aktualitäten / Actualités

### Veranstaltungskalender / Calendrier des manifestations

3. Nov., 18.15 Uhr, Bern, Haus der Universität Bern, Bernischer Juristenverein: Hauptversammlung. Prof. Dr. Alexander Markus: «Die revidierte Europäische Gerichtsstandsverordnung und die Schweiz». [www.bernischerjuristenverein.ch](http://www.bernischerjuristenverein.ch).

4. Nov., 8.45 Uhr, Grand Casino Luzern, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Univ. St. Gallen, «1. St.Galler Haftpflicht- und Versicherungstagung: Arzthaftpflichtrecht». [www.irp.unisg.ch](http://www.irp.unisg.ch).

4. Nov., 9.00 Uhr, Swissôtel Zürich, Institut für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht ISIS, Prof. Dr. oec. publ. Julia von Ah: «Aktuelles im schweizerischen Steuerrecht». [www.isistax.com](http://www.isistax.com).

6. Nov., 12.15 Uhr, Metropol, Zürich, Europa Institut an der Univ. Zürich: «The 11th Zurich Annual Conference on International Trust and Inheritance Law Practise. Nachlassplanung bei schwierigen Verhältnissen». [www.eiz.uzh.ch](http://www.eiz.uzh.ch).

7 nov., 8h15, Neuchâtel, Aula des Jeunes-Rives, Espace Louis-Agassiz 1, Journée de formation continue avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois: «La personne morale et l'entreprise en procédure. Les nouveautés pour le praticien». [www.publications-droit.ch](http://www.publications-droit.ch).

7 nov., 8h30, Genève, Université de Genève Uni Mail | Salle R380: «Journée de la responsabilité civile 2014: Responsabilité civile – Responsabilité pénale». [www.unige.ch/formcont/responsabilitecivile](http://www.unige.ch/formcont/responsabilitecivile).

8 nov., 7h30, Genève, Uni Mail, auditoire R380, Ordre des Avocats de Genève: «Demi-journée marathon de formation continue de l'Ordre des Avocats de Genève». [www.odaformationpermanente.net](http://www.odaformationpermanente.net).

10 nov., 18h30, Genève, Théâtre Les Salons, Société genevoise de droit et de législation, Prof. Benoît Chappuis: «L'influence de l'art. 397a CO sur l'activité bancaire».

12. Nov., 8.55 Uhr, Kongresshaus Zürich, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Univ. St. Gallen: «St. Galler Mietrechtstag». [www.irp.unisg.ch](http://www.irp.unisg.ch).

13. Nov., Zürich, 18.00 Uhr, Zunfthaus Kämbel zur Haue, Zürcherischer Juristenverein, Prof. Dr. Amédéo Wermelinger: «Stockwerkeigentum: gesetzgeberische Mogelpackungen mit Indikation für einen Psychotherapeuten?». [www.zjurv.ch](http://www.zjurv.ch).

13 et 18 nov., 8h30, Starling Geneva Hotel & Conference Center, Route François-Peyrot 34, 1218 Le Grand-Saconnex, Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance: «Séminaire LPP 2014. Actualité dans le domaine de la Prévoyance professionnelle». [www.asfip-ge.ch](http://www.asfip-ge.ch).

14. Nov., 9.15 Uhr, Zürich, Hotel Marriott, Neumühlequai 4, Schulthess kaps Weiterbildungs AG: «Professionelle Beendigung von Arbeitsverhältnissen». [www.kaps.ch](http://www.kaps.ch).

14 nov., 9h30, Neuchâtel, Beau-Rivage Hôtel, Esplanade du Mont-Blanc, University of Neuchâtel, Faculty of Law, Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits: «New developments in international commercial arbitration 2014». [www.publications-droit.ch](http://www.publications-droit.ch).

### Eile mit Weile

«Das vollständig ausgefüllte Beschwerdeformular und sämtliche notwendigen ergänzenden Unterlagen sind schnellstmöglich, spätestens jedoch binnen sechs Monaten ab Datum dieses Schreibens einzureichen.»

(Aus einer Eingangsanzeige der Cour Européenne des Droits de l'Homme.

In: M. Nägeli: *Perlen aus der Kuriositätensammlung eines Kanzleibeamten*)

### Vorschau

- Prof. Dr. R.H. Weber/Prof. Dr. R. Sethe: Äquivalenz als Rege-  
lungskriterium im Finanzmarktrecht
- Prof. Dr. A. Donatsch/Mlaw Sara Stoffel: Entwicklungen im  
Strafrecht/Le point sur le droit pénal



Institut für Rechtswissenschaft  
und Rechtspraxis  
**Universität St. Gallen**

### Intensivseminar

## Einführung in die Besonderheiten des Personenschadenrechts

Donnerstag, 20. November 2014  
Kursaal (Hotel Allegro), Bern

Donnerstag, 04. Dezember 2014  
Kongresshaus Zürich

www.irp.unisg.ch

Personenschaden bezieht sich auf den Menschen. Dieser wird «geschädigt», beispielsweise durch einen Verkehrsunfall oder einen Treppensturz. Solche Vorgänge werfen offensichtlich viele schwierige Fragen auf.

Das Intensivseminar zeigt auf, wie mit solchen Situationen umzugehen ist. Wann liegt eine Haftpflicht vor? Welche gesundheitlichen Einbußen führen zu (welchen) sozialversicherungsrechtlichen Leistungen? Welcher Unfallbegriff gilt im Privatversicherungsrecht? Wo steht die Adäquanzdiskussion? Wie werden Leistungen berechnet und koordiniert?

### Leitung des Intensivseminars

RA Ueli Kieser, Prof. Dr. iur.; Stephan Weber, Dr. h.c.;  
RA Volker Pribnow, Dr. iur.

### Programm

- Block 1: Blick auf das Sozialversicherungsrecht und das Privatversicherungsrecht
- Block 2: Der haftpflichtrechtliche Personenschaden
- Block 3: Koordination und Regress
- Block 4: Kausalität/Vorzustand/Unterschiede Sozialversicherungsrecht/Haftpflichtrecht

### Adressatenkreis

Anwältinnen und Anwälte, Juristinnen und Juristen aus Sozial-, Privat- und Haftpflichtversicherungen sowie Rechtsschutzversicherungen, Vertretungen von Zivil- und Sozialversicherungsgerichten und Personen aus dem Beratungsbereich.

An das Seminar werden höchstens 36 Teilnehmende zugelassen.

### Anmeldung | Informationen

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis  
(IRP-HSG)  
Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen  
Tel. +41 (0)71 224 24 24, Fax +41 (0)71 224 28 83  
irp@unisg.ch / www.irp.unisg.ch

49-800311



Institut für Rechtswissenschaft  
und Rechtspraxis  
**Universität St. Gallen**

## St. Galler Aktienrechtsforum 2014

Donnerstag, 20. November 2014  
Kongresshaus Zürich

www.irp.unisg.ch

### Programm

#### Aktionärsrechtliche Klagen

Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz

#### Gesellschaftsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit – ausgewählte Fragen

Prof. Dr. iur. Hans-Ueli Vogt

#### Aktienrechtliche Revisionsstelle und Corporate Governance

Prof. Dr. iur. Urs Bertschinger

#### Das neue Rechnungslegungsrecht: Was ändert sich ab dem 1. Januar 2015?

Prof. Dr. iur. Lukas Handschin

#### Sicherstellung der Compliance als Kernaufgabe des Verwaltungsrats

Prof. Dr. iur. Roland Müller

#### Proxy Advisors

Prof. Dr. iur. Peter Böckli

#### 10 Jahre Fusionsgesetz: Erfahrungen und Baustellen

Dr. iur. Alexander Vogel

#### Aktuelle Entwicklungen im Aktienrecht

Prof. Dr. iur. Lukas Glanzmann

### Anmeldung | Informationen

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis  
(IRP-HSG)  
Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen  
Tel. +41 (0)71 224 24 24, Fax +41 (0)71 224 28 83  
irp@unisg.ch / www.irp.unisg.ch

Lucerne University of  
Applied Sciences and Arts

**HOCHSCHULE  
LUZERN**

**Wirtschaft**  
Institut für Finanzdienstleistungen Zug  
IFZ

Certificate of Advanced Studies

## **CAS Finanz- und Rechnungswesen für Juristen**

Sind Sie im juristischen Berufsalltag mit bilanziellen oder bewertungs-technischen Aspekten konfrontiert? Erhöhen Sie Ihre Fachkompetenz und Ihr Selbstvertrauen im Umgang mit Themen aus den Bereichen Rechnungslegung, Buchführung, Unternehmensbewertung, Finanzierung sowie M&A und besuchen Sie die individuell wählbaren Vertiefungsseminare.

- Berufsbegleitende Weiterbildung im Umfang von 16 Tagen
- Speziell für Juristinnen und Juristen konzipiert
- Basisausbildung und individuelle Vertiefung
- Leitung: Prof. Dr. Linard Nadig und Prof. Marco Fontana

**Start 11. Lehrgang:** 8. Mai 2015

**Info-Veranstaltung:** 7. Januar 2015, 18.15 Uhr, Brasserie Bahnhof, Basel

[www.hslu.ch/finanzwesen-juristen](http://www.hslu.ch/finanzwesen-juristen)

FH Zentralschweiz



SVIR - Schweizerische Vereinigung für Internationales Recht  
SSDI - Société Suisse de Droit International

# CISG Basel Conference 2015

29 and 30 January 2015, University of Basel, Switzerland

The University of Basel, SVIR/SSDI (Swiss Association for International Law) and UNCITRAL will host a Conference on

## **35 Years CISG and Beyond**

**Date:** 29 and 30 January 2015    **Venue:** University of Basel, Switzerland

The Conference will focus on open issues in regard to the CISG's application and on any possible further harmonization and unification of contract law. Speakers at the Conference include the world's leading scholars on the CISG and comparative law, among them the members and rapporteurs of the CISG Advisory Council. The CISG Advisory Council will hold its meeting on 31 January and 1 February 2015 in Basel.

Registration will be open as of 1 August 2014.

For further information please refer to the website [www.cisgbasel2015.com](http://www.cisgbasel2015.com)

JuraPlus 

Prozessfinanzierung

Erfolgsorientiert

**JuraPlus AG**

Tödistrasse 18  
CH-8002 Zürich

Telefon 044 480 03 11  
info@jura-plus.ch  
www.jura-plus.ch

**AISUF** Herausgegeben von  
**Prof. Peter Gauch**  
Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg

*Mirco Anderegg*

**Der Ersatz von Schaden-  
abwehrkosten**

**Eine Analyse zum Recht der unerlaubten  
Handlungen**

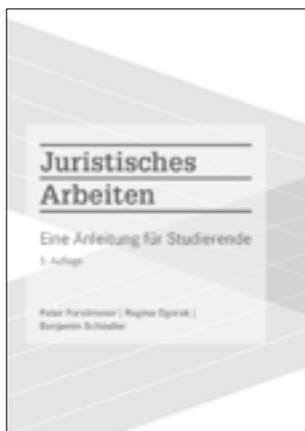
Band 341, 2014, 242 Seiten, broschiert, CHF 70.00  
(ISBN 978-3-7255-7115-4)

Schulthess



Schulthess Juristische Medien AG  
Postfach, 8022 Zürich  
Telefon 044 200 29 29  
Fax 044 200 29 28  
buch@schulthess.com, www.schulthess.com

## Neuerscheinung aus dem Schulthess Verlag



### Juristisches Arbeiten

**Eine Anleitung für Studierende**

**5. Auflage**

**Peter Forstmoser/Regina Ogorek/Benjamin Schindler**

Adressaten dieses Standardwerks sind in erster Linie Studierende der Rechtswissenschaft, die in das juristische Arbeiten eingeführt werden sollen: Wo und wie finden sich die einschlägigen Normtexte, Entscheide sowie die relevante Literatur? Wie geht man beim Verfassen einer schriftlichen Arbeit von der Fallbearbeitung über die Seminararbeit bis zur Dissertation vor? Was zeichnet die juristische Fachsprache aus? Welche formellen Gesichtspunkte sind etwa hinsichtlich Aufbau und Zitierweise zu beachten? Gleichzeitig soll das Werk praktisch und publizistisch tätige Juristinnen und Juristen bei ihrer täglichen Arbeit unterstützen. Es enthält eine Vielzahl von Informationen, wie ausführliche Abkürzungsverzeichnisse in den drei Amtssprachen oder Hinweise zur Vorbereitung eines Manuskripts für den Druck.

**Autoren:**

Prof. em. Dr. iur. Peter Forstmoser  
Prof. em. Dr. iur. Regina Ogorek  
Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler

September 2014
ISBN 978-3-7255-7057-7
500 Seiten, broschiert
CHF 59.00

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8022 Zürich/Switzerland  
Telefon +41 44 200 29 29, Fax +41 44 200 29 28  
buch@schulthess.com, www.schulthess.com

Schulthess 

**AI SUF****FRIBOURG • FREIBURG**

Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg Suisse

Publiés par **PETER GAUCH** professeur à l'Université de Fribourg**Volume 333***Stéphane Voisard***L'auxiliaire dans la surveillance administrative****Du droit bancaire et financier au droit administratif général**

2014. 901 pages, broché, CHF 132.00, 978-3-7255-6910-6

Sociétés d'audit, organismes d'évaluation de la conformité, liquidateurs, experts en tous genres, chargés d'enquête et bientôt chargés d'audit : la liste est longue des personnes et entités, qui interviennent, aux côtés des autorités de surveillance administrative – notamment en droit bancaire et financier.

Tradition bien établie en Suisse, le recours aux «auxiliaires de surveillance» va sans doute s'amplifier à l'avenir. Pourtant, leur statut, pouvoirs, obligations et responsabilité n'ont jusqu'ici été examinés que dans le cadre étroit d'un domaine technique ou d'un point de vue très général; nombre de questions sont restées sans réponse.

Aussi cette thèse fribourgeoise systématise-t-elle une casuistique, riche, mais éparse, et en induit un régime juridique cohérent qui veut fournir une «boîte à outils» aux praticiens.

**Volume 336***Raphaël Mahaim***Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire****Le mitage du territoire à l'épreuve du droit : utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir**

2014. 753 pages, broché, CHF 122.00, 978-3-7255-7038-6

La révision de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire est entrée en vigueur le 1er mai 2014. Les cantons doivent désormais définir dans leur plan directeur la dimension totale du territoire constructible ; le régime de dimensionnement des zones à bâtir s'en voit profondément modifié.

Cette thèse de doctorat de l'Université de Fribourg analyse le sens et la portée de l'art. 73 Cst. (développement durable), en particulier pour l'aménagement du territoire. Les instruments quantitatifs de maîtrise de l'urbanisation font l'objet d'une attention particulière. Elle comprend une analyse fouillée des plans directeurs cantonaux et des dispositions du nouveau droit.

L'ouvrage est une source d'informations précieuse pour tous les praticiens, juristes ou non-juristes, confrontés à la délicate question du dimensionnement des zones à bâtir.

# Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht

Begründet von  
Erwin Murer und Hans-Ulrich Stauffer



Herausgegeben von  
Hans-Ulrich Stauffer und Basile Cardinaux



Neu in  
3. Auflage



September 2014  
740 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-7255-7106-2  
CHF 188.00

Die Invalidenversicherung sorgt trotz der auf Rechtskontrolle beschränkten Kognition bei den sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts nach wie vor für die weitaus höchsten Fallzahlen aller Bereiche. In die 3. Auflage wurden daher über 500 neue Urteile eingearbeitet. Diese betreffen mitunter bereits die 2012 in Kraft getretene IV-Revision 6a, insbesondere deren Schlussbestimmungen.

Die Neuauflage erscheint in weit benutzerfreundlicherer Aufmachung: Der Text ist nun strukturiert mit kürzeren Absätzen und Hervorhebungen des Gegenstandes in Fettdruck. Randnoten erleichtern die Zitierung. Bei den ausserhalb der BGE publizierten Urteilen wird nunmehr auch die Fallnummer angegeben. Ein neu erarbeitetes, umfassendes Stichwortverzeichnis erschliesst den Text im Detail. Übersicht schafft schliesslich eine Chronik aller Gesetzesänderungen.



# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG



## Publikationen Die umfangreiche Reihe zum europäischen Wirtschaftsrecht



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Europa Institut an der Universität Zürich  
Hirschengraben 56, CH-8001 Zürich  
Telefon + 41 44 634 48 91  
eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch

Schulthess §

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, CH-8022 Zürich  
Telefon + 41 44 200 29 29  
buch@schulthess.com, www.schulthess.com