

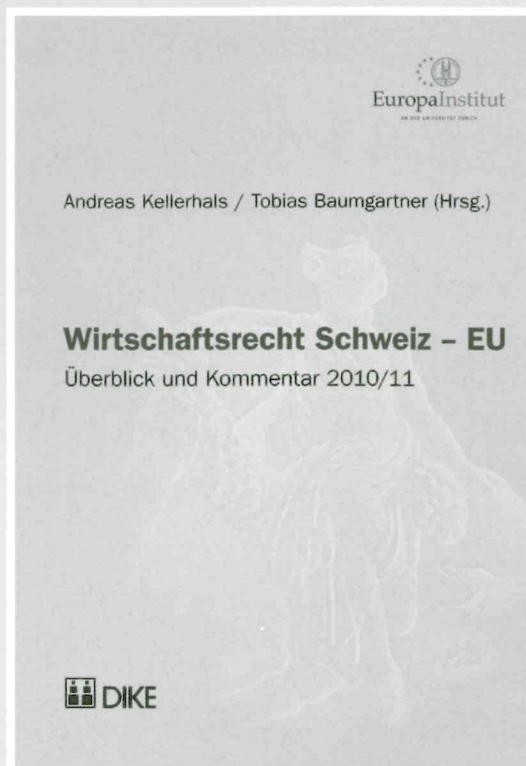
Andreas Kellerhals / Tobias Baumgartner (Hrsg.)

Wirtschaftsrecht Schweiz – EU

Überblick und Kommentar 2010/11

2011. X, 360 Seiten, broschiert, CHF 59.– (ISBN 978-3-03751-363-7)

Der sechste Band der Jahresreihe «Wirtschaftsrecht Schweiz – EU» bietet einen Überblick über die Entwicklungen im Wirtschaftsrecht der EU im Jahre 2010 sowie deren Bedeutung für die Schweiz. In kurzer und konziser Form werden die wichtigsten Rechtsakte der Unionsorgane und Urteile des EuGH zusammengefasst und aus schweizerischer Perspektive kommentiert. Gegenstand der Kommentierung sind die korrespondierenden Rechtsentwicklungen



in der Schweiz, deren Europakompatibilität sowie die Notwendigkeit und Bedeutung einer allfälligen Übernahme des Unionsrechts. Angesprochen sind insbesondere Rechtsanwälte sowie Wirtschafts- und Verwaltungsjuristen, denen die Reihe als kompakte Informationsquelle und Nachschlagewerk dienen soll.

Der Jahresband 2010/11 berücksichtigt die relevanten Entwicklungen in folgenden Rechtsgebieten:

Banken- und Kapitalmarktrecht, Versicherungsrecht, Gesellschaftsrecht, Kommunikation und Medien, Wettbewerbsrecht, Arbeitsrecht, Personenfreizügigkeit, Öffentliches Auftragswesen, Technische Vorschriften, Energie, Steuerrecht, Immaterialgüterrecht, Vertragsrecht, Verbraucherrecht, Internationales Zivilverfahrensrecht/Internationales Privatrecht.

Mit Beiträgen von:

Dr. TOBIAS BAUMGARTNER • Dr. JÜRGEN BORER • PD Dr. ALEXANDER BRUNNER • Prof. Dr. THEODOR BÜHLER • lic. rer. soc. STEFAN DÄPP • Prof. Dr. THOMAS GEISER • lic. iur. MARIE-NOËLLE GOBET • PD Dr. PASCAL GROLIMUND • lic. iur. DIETER GROSSEN • Prof. Dr. RETO M. HILTY • Prof. Dr. CLAIRE HUGUENIN • RA MARKUS KAEMPF • lic. iur. ESTELLE KELLER LEUTHARDT • Dr. BRIGITTA KRATZ • Dr. URS LANDOLF • RA DAVID MAMANE • lic. iur. BARBARA MEISE • RA PETER RECHSTEINER • Dr. BERTRAND G. SCHOTT • Prof. Dr. Dr. h.c. KURT SIEHR • Dr. STEFAN SULZER • RA IN WESSELINA UEBE • Prof. Dr. ROLF H. WEBER • ANNA-MARIA WIDRIG-GIALLOURAKI

Weitere lieferbare Bände:

2006 ISBN 978-3-905455-82-3
2006/07 ISBN 978-3-03751-022-3
2007/08 ISBN 978-3-03751-096-4
2008/09 ISBN 978-3-03751-181-7
2009/10 ISBN 978-3-03751-260-9



Dike Verlag AG

Weinbergstrasse 41, 8006 Zürich, Tel. 044 251 58 30, Fax 044 251 58 29, www.dike.ch

Inhaltsübersicht

COUNSEL'S PAGE

Christopher C. King, Das Agentenproblem der Anwälte in der Verhandlung komplexer Verträge **129**

AUFSÄTZE

Jean-Luc Chenaux, Les comités d'actionnaires **135**
Ramon Mabillard / Matthias Ammann, Kursrelevanz zwischen ökonomischer Beobachtung und rechtlicher Steuerung **155**
Frank Gerhard / Alexander Nikitine, Fusion – Angebotspflicht – Opting-out **173**

KURZBEITRÄGE

Theodor Härtsch, Contingent Convertibles **193**
Urs P. Gnos / Lucas Hänni, Acquisitions on the verge of Swiss takeover rules **205**

DEAL WATCH

Rolf Watter, Wie viele Hüte kann eine Investmentbank gleichzeitig tragen? Lehren aus dem Fall Del Monte Foods **213**

NEUES RECHT

Thomas Goossens / Lucien Feniello, Les prestataires de services financiers suisses face à la Convention de Lugano révisée **217**

ENTSCHEIDBESPRECHUNGEN

Hans-Ueli Vogt / Anna Peter, Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr **228**
Manuel Arroyo / Till Spillmann, Art. 62 Abs. 2 des SIX-Kotierungsreglements vermag eine Schiedsvereinbarung nicht zu ersetzen **245**
Lorenzo Olgiati / Nadin Schwibs, Parteistellung und Urteilswirkung im übernahmerechtlichen Beschwerdeverfahren **252**
Christoph Heiz / Lukas Wiget, SIX: Stärkung der Verfahrensrechte der Emittenten bei Einigungen mit SIX Exchange Regulation **262**
Simon Schären, Das Bundesgericht konkretisiert den Begriff der öffentlichen Werbung im Sinne des KAG **267**

ENTSCHEIDÜBERSICHT

273

DISSERTATIONEN

Adrian Bieri / Eva Bilek **279**

SIX SWISS EXCHANGE

282

EIDGENÖSSISCHE FINANZMARKTAUFSICHT (FINMA)

284

ÜBERNAHMEKOMMISSION (UEK)

288

BERICHTERSTATTUNG ZUR AKTIENRECHTSREVISION

292

RECHTSETZUNGS- UND REGULIERUNGSVORHABEN

294

LITERATURÜBERSICHT

307

gemäss an, dann stellt das Handeln in einem solchen Interessenkonflikt unter anderem dann keine Treuepflichtverletzung dar, wenn für die Gesellschaft keine Gefahr einer Benachteiligung bestand.¹⁴¹ In diesem Zusammenhang fällt, was die Kapitalerhöhung betrifft, als Argument gegen eine Treuepflichtverletzung ins Gewicht, dass neben C. und der G. AG zwei weitere Personen an der Kapitalerhöhung teilgenommen haben.¹⁴² Und was die Erfüllung der Forderungen angeht, so hat die X. AG neben den Forderungen von C. und der G. AG auch andere Forderungen im Rahmen der Sanierung erfüllt.¹⁴³ Demgegenüber überzeugt das vom Bundesgericht angeführte Argument, die Erfüllung der Forderungen sei Teil der mit den Banken vereinbarten Sanierungsmassnahmen gewesen,¹⁴⁴ nur beschränkt, hatten seitens der Gesellschaft doch gerade B. und C. massgeblichen Einfluss auf die Vereinbarung mit den Banken. Immerhin kann man in der Zustimmung der Banken in gewisser Hinsicht eine Referenz für Marktkonformität sehen, was indiziert, dass die Interessen der Gesellschaft im Rahmen der Sanierung und eben auch bei der Erfüllung der Forderungen von C. und der G. AG gewahrt wurden und B. und C. ihre Treuepflicht nicht verletzen.

¹⁴¹ Siehe zu den hier angesprochenen Grundsätzen über die Rechtswirksamkeit von Insiggeschäften etwa BGE 127 III 332 E. 2a, S. 333 f.; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 27), Art. 717 N 17. – Nach diesen Grundsätzen bedeutet das Handeln eines Organs in einem Interessenkonflikt, der nach seiner Struktur und Intensität einem Selbstkontrahieren entspricht, auch dann keine Treuepflichtverletzung, wenn ein zuständiges über- oder nebengeordnetes Gesellschaftsorgan zu diesem Handeln ermächtigt oder es genehmigt hat (BGE a.a.O.). Diese Voraussetzung ist im Prinzip namentlich dann erfüllt, wenn das Organ, das im Interessenkonflikt handelt, dies mit dem Einverständnis des Alleinaktionärs tut (vgl. BGE 131 III 640 E. 4.2.1, S. 644). Das kann jedoch in der Nähe der Überschuldung nicht vorbehaltlos gelten, weil dann sowohl die Sorgfalts- als auch die Treuepflicht insbesondere im Lichte der Gläubigerinteressen zu konkretisieren sind (vgl. vorn III.2.3); über sie kann sich auch der Alleinaktionär nicht hinwegsetzen.

¹⁴² Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.c. Sollten diese beiden Aktienzeichner dem C. nahe gestanden haben, fällt das Argument allerdings dahin. Zudem sind ihnen gegenüber, soweit ersichtlich, im Anschluss an die Kapitalerhöhung keine Forderungen erfüllt worden, sodass sich ihre Position nicht ohne Weiteres mit derjenigen von C. und der G. AG vergleichen lässt.

¹⁴³ Vgl. das Urteil ZBO.2009.14 des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 13. April 2010, Ergebnis 1c. Der Vorbehalt gemäss der vorangehenden Fussnote gilt sinngemäss auch hier.

¹⁴⁴ Urteil 4A_496/2010, E. 3.4.

Manuel Arroyo / Till Spillmann*

Art. 62 Abs. 2 des SIX-Kotierungsreglements vermag eine Schiedsvereinbarung nicht zu ersetzen

Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37 ff.)

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen und Entscheid
 1. Erwägungen des Bundesgerichts
 - 1.1. Keine normative Geltung von Art. 62 Abs. 2 KR gegenüber jedermann
 - 1.2. Fehlen einer gültigen Schiedsabrede
 - 1.3. Keine Rechte aufgrund fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung
 2. Entscheid des Bundesgerichts
- III. Bedeutung für die Praxis

Kernsätze

1. Selbst wenn es sich bei den übrigen Bestimmungen des Kotierungsreglements der SIX Swiss Exchange um Bundesrecht handeln würde, käme Art. 62 Abs. 2 KR keine normative Geltung gegenüber jedermann zu, da Art. 9 Abs. 3 BEHG den Rechtsweg abschliessend regelt und damit der Börse in diesem Bereich keine Regelungskompetenz zukommt.
2. Art. 9 Abs. 3 BEHG statuiert die Zuständigkeit des Zivilrichters und regelt den Rechtsweg im Zusammenhang mit der Kotierung (bzw. Dekotierung) von Effekten in Art. 9 BEHG abschliessend. Art. 62 Abs. 2 KR vermag den nach Art. 9 Abs. 3 BEHG gesetzlich vorgesehenen Rechtsweg nicht zu ändern und kann daher auch den Abschluss einer schriftlichen Schiedsvereinbarung im Sinne von Art. 4 und Art. 6 Abs. 1 KSG nicht ersetzen.
3. Eine analoge Anwendung von Art. 6 Abs. 2 KSG (nach dem sich eine formgültige Schiedsabrede aus einer schriftlichen Erklärung des Beitritts zu einer juristischen Person ergeben kann, sofern diese Erklärung ausdrücklich auf die in den Statuten oder in einem sich auf diese stützenden Reglement enthaltene Schiedsklausel Bezug nimmt) kommt in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht in Frage, da der Aktionär eines Emittenten selber in keinem Mitgliedsverhältnis mit der SIX Swiss Exchange steht.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 7. Mai 2009 bewilligte die SIX Swiss Exchange AG, Zürich (nachfolgend SIX), beziehungsweise ihr Regulatory Board ein Gesuch der X. AG um Dekotierung. Gegen diesen Bewilligungsentscheid erhob A., der an der X. AG mit über 3 % des Aktienkapitals beteiligt ist, eine Beschwerde bei der internen Beschwerdeinstanz der SIX. Mit Entscheid vom 31. August 2009 wurde die Beschwerde abgewiesen. Im abschlägigen Beschwerdeentscheid wurde als Rechtsmittelinstanz das in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der SIX vorgesehene Schiedsgericht (nachfolgend SIX-Schiedsgericht) genannt.¹

Mit Schreiben vom 28. September 2009 leitete A. beim SIX-Schiedsgericht ein Schiedsverfahren ein. Da die SIX sich in der Folge weigerte, die von A. vorgeschlagene Schiedsvereinbarung zu unterzeichnen und auch nicht bereit war, sich auf das eingeleitete Schiedsverfahren einzulassen, beschränkte das angerufene SIX-Schiedsgericht das Verfahren auf die Frage seiner Zuständigkeit. Mit Zwischenentscheid vom 11. März 2010 bejahte das SIX-Schiedsgericht seine Zuständigkeit.²

Dagegen erhob die SIX am 12. April 2010 Nichtigkeitsbeschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Die SIX beantragte im Wesentlichen, es sei der Zwischenentscheid vom 11. März 2010 aufzuheben und die Unzuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts bezüglich der vorliegenden Streitigkeit festzustellen. Mit Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 18. August 2010 wies das Obergericht des Kantons Zürich die Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat.³ Darauf erhob die SIX Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Die SIX beantragte vor Bundesgericht, es sei der Zir-

¹ Unklar ist, warum die AGBs in casu einschlägig sein sollen, da die AGBs der Börse, welche zwischenzeitlich durch das Handelsreglement ersetzt wurden, das Verhältnis zwischen Teilnehmern (und deren Händler) und der SIX regelten und nicht dasjenige zwischen den Emittenten und der SIX.

² Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), Sachverhalt, lit. A.b.

³ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), Sachverhalt, lit. B.

* RA Dr. Manuel Arroyo und RA Dr. Till Spillmann, beide Bär & Karrer AG, Zürich.

kular-Erledigungsbeschluss vom 18. August 2010 aufzuheben und die Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts zu verneinen.⁴

II. Erwägungen und Entscheid

1. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht rief zunächst in Erinnerung, dass es im Beschwerdeverfahren nur den Entscheid der Kassationsinstanz, nicht auch den Schiedsspruch selbst prüfe.⁵ Ein Entscheid in der Sache selbst gemäss Art. 107 BGG komme unter anderem in Betracht, wenn die Beschwerde wegen Unzuständigkeit des Schiedsgerichts (vgl. Art. 36 lit. b des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit,⁶ nachfolgend KSG) gutgeheissen werde.⁷

Darauf gab das Bundesgericht die von der SIX erhobenen Rügen wieder und fasste die rechtlichen Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich (nachfolgend Vorinstanz) wie folgt zusammen:

1.1. Keine normative Geltung von Art. 62 Abs. 2 KR gegenüber jedermann

Die SIX rügte bezüglich der von der Vorinstanz bejahten Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts unter anderem eine Verletzung von Art. 164 BV sowie Art. 8 und 9 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, nachfolgend BEHG). Ausserdem rügte die SIX einen Verstoß gegen Art. 4 und 6 KSG.⁸

Die Vorinstanz bestätigte die Erwägung des SIX-Schiedsgerichts, wonach das Kotierungsreglement (nachfolgend KR) von der SIX auf Grundlage einer vom Bund delegierten Rechtsetzungskompetenz in Anwendung von Art. 8 BEHG erlassen worden sei. Nach dieser Bestimmung sei die SIX berechtigt und verpflichtet, im öffentlichen Interesse bestimmte Vorschriften über die Kotierung bzw. Dekotierung zu erlassen und gegenüber jedermann gleich anzuwenden. Entsprechend sei das Kotierungsreglement öffentlich-rechtlicher Natur und weise zumindest in Bezug auf Fragen der (De-)Kotie-

rung Rechtssatzcharakter auf. Weiter legte die Vorinstanz Art. 62 Abs. 2 des geltenden Kotierungsreglements der SIX aus, der Folgendes statuiert:

«Entscheide und Vorentscheide des Regulatory Board können innert 20 Börsentagen nach Zustellung oder Veröffentlichung an die Beschwerdeinstanz weitergezogen werden.»

Die Entscheidungen der Beschwerdeinstanz können ihrerseits innert 20 Börsentagen an das Schiedsgericht der SIX Swiss Exchange weitergezogen werden.»

Die Vorinstanz untersuchte, ob das SIX-Schiedsgericht in korrekter Auslegung von Art. 62 Abs. 2 KR gefolgert habe, dass sich auch A. an das SIX-Schiedsgericht wenden könne. Dies, so die Vorinstanz, sei zu bejahen, womit diese Bestimmung als höherrangiges Bundesrecht dem KSG, das dem kantonalen Recht angehört, vorgehe. Eine schriftliche Schiedsvereinbarung nach Art. 4 und Art. 6 KSG werde damit entbehrlich, da Art. 62 Abs. 2 KR eine solche Vereinbarung ersetze. Aus diesem Grund bejahte die Vorinstanz die Zuständigkeit des von A. angerufenen SIX-Schiedsgerichts.⁹

Das Bundesgericht erwog, dass die SIX mit ihrem Kotierungsreglement nach Art. 8 Abs. 1 BEHG Vorschriften über die Zulassung von Effekten zum Handel erlassen habe und diese reglementarischen Bestimmungen einen wichtigen Teil der börslichen Selbstregulierung darstellten, die gemäss Art. 4 Abs. 2 BEHG der Genehmigung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) bedürften.¹⁰

Weiter stellte das Bundesgericht unter Bezugnahme auf die einschlägige Lehre fest, dass die Rechtsnatur des Kotierungsreglements umstritten sei. Während ein Teil der Lehre das Kotierungsreglement als eine privatrechtliche Vereinbarung (bzw. teilweise als ein privates Reglement eigener Art) betrachte, die (bzw. das) nur zwischen den Teilnehmern der Börse wirke, halte ein anderer Teil der Lehre dafür, dass es sich um Rechtsnormen handle, die von der Börse im Rahmen einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen erlassen werden.¹¹ Das SIX-Schiedsgericht und die Vorinstanz (d.h. das Obergericht

des Kantons Zürich) hatten den Rechtsnormcharakter des Kotierungsreglements ebenfalls bejaht.¹²

Das Bundesgericht hielt in diesem Zusammenhang fest, dass selbst wenn die Ansicht des SIX-Schiedsgerichts sowie der Vorinstanz zutreffen sollte, wonach es sich beim Kotierungsreglement der SIX (das in Art. 62 Abs. 2 für die Anfechtung von Entscheiden der internen Beschwerdeinstanz die Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts vorsieht) grundsätzlich um Normen des Bundesrechts handelt, so wäre eine normative Geltung von Art. 62 Abs. 2 KR gegenüber jedermann von vornherein nur denkbar, sofern bei dessen Erlass die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation eingehalten wurden. Nach Art. 164 Abs. 2 BV wäre für eine auf diese Weise statuierte Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts auf jeden Fall erforderlich, dass sich die Übertragung der Rechtsetzungsbefugnis an die SIX auf eine Grundlage in einem Erlass, der Gesetzesrang genießt, stützen liesse.¹³

Die Vorinstanz leitete die Kompetenz der SIX zum Erlass von Vorschriften über die Voraussetzungen sowie das Verfahren der Kotierung (bzw. Dekotierung) aus Art. 8 BEHG ab. Diese Bestimmung sieht insbesondere vor, dass die Börse ein Reglement über die Zulassung von Effekten zum Handel erlässt (Abs. 1), das bestimmte Vorschriften zu enthalten (Abs. 2) und international anerkannten Standards Rechnung zu tragen hat (Abs. 3). Die Vorinstanz ging davon aus, dass Art. 8 BEHG die Übertragung einer Rechtsetzungsbefugnis zur Einsetzung eines Schiedsverfahrens einschliesse. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass die Vorinstanz – wie die SIX zutreffend vorbringe – dabei unberücksichtigt lasse, dass der Rechtsweg im Zusammenhang mit der Kotierung (bzw. Dekotierung) von Effekten in Art. 9 BEHG gesetzlich abschliessend geregelt sei. Art. 9 Abs. 1 BEHG sehe vor, dass die Börse eine unabhängige Beschwerdeinstanz zu bestellen hat, die unter anderem bei Verweigerung sowie bei Widerruf der Effektenzulassung angerufen werden könne. Dabei regle die Börse die Organisation und das Verfahren dieser unabhängigen Beschwerdeinstanz, wobei die Organisationsstruktur, die Verfahrensvorschriften und die Ernennung der Mitglieder der Genehmigung durch die FINMA bedürften (Art. 9 Abs. 2 BEHG). Gemäss Art. 9 Abs. 3 BEHG stehe nach Durchführung des Beschwerdeverfahrens die Klage beim Zivilrichter offen.¹⁴ Im Unterschied zum Beschwerdeverfahren sehe das Ge-

setz für das Verfahren vor dem Zivilrichter also keine Regelungskompetenz der Börse vor.¹⁵

Gestützt auf diese Erwägungen schloss das Bundesgericht, dass damit der Rechtsweg nach Durchführung des börseninternen Beschwerdeverfahrens (das nach Art. 9 Abs. 3 BEHG einen bundesrechtlichen Eingriff in das kantonale Zivilprozessrecht im Sinne einer Prozessvoraussetzung darstellt) abschliessend geregelt sei. Eine Befugnis der Börse zur Abänderung des gesetzlich vorgesehenen Rechtswegs lasse sich der Bestimmung (entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners) nicht entnehmen; und mangels Rechtsetzungskompetenz für diesen Bereich könne Art. 62 Abs. 2 KR, der für die Anfechtung nach Ausschöpfung des internen Instanzenzugs generell die Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts vorsieht, von vornherein keine normative Geltung gegenüber jedermann und unabhängig von einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung zukommen.¹⁶

Das Bundesgericht präzierte, es sei in diesem Zusammenhang auch nicht massgeblich, dass eine Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts für die Zulassung und Dekotierung von Effekten nach Ansicht des Beschwerdegegners wünschbar wäre bzw. ihm durch die Möglichkeit, das Schiedsgericht anzurufen, kein Nachteil entstehen würde. Ebenfalls unerheblich sei für die Frage der allgemeinen Geltung der erwähnten reglementarischen Bestimmung, ob die Emittentenerklärung, mit der die Emittenten die Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts schriftlich anerkennen (vgl. Art. 45 Ziff. 4 KR), eine wirksame Schiedsvereinbarung darstelle. Das Bundesgericht schloss, dass selbst wenn (wie die Vorinstanz erwog) die übrigen Bestimmungen des Kotierungsreglements grundsätzlich als Rechtsnormen des Bundesrechts zu betrachten wären, Art. 62 Abs. 2 KR den nach Art. 9 Abs. 3 BEHG gesetzlich vorgesehenen Rechtsweg nicht abändern und daher auch den Abschluss einer Schiedsvereinbarung nicht ersetzen könne.¹⁷

1.2 Fehlen einer gültigen Schiedsabrede

Vor Bundesgericht brachte A. als Beschwerdegegner vor, dass auch wenn der im Kotierungsreglement der SIX vorgesehenen Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts keine materielle Gesetzeskraft zukäme, das angerufene Schiedsgericht gleichwohl aufgrund einer Schiedsabrede gemäss Art. 6 KSG zuständig sei.¹⁸ A. stellte sich auf den Standpunkt, dass Art. 6 Abs. 2 KSG, nach dem sich eine formgültige Schiedsabrede aus einer schriftlichen

⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), Sachverhalt, lit. C.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010, E. 1.2; vgl. auch BGE 133 III 634 E. 1.1.1.

⁶ Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, SR 279 (angenommen von der Konferenz kantonalen Justizdirektoren am 27. März 1969, vom Bundesrat genehmigt am 27. August 1969; zur übergangsrechtlichen Regelung mit Blick auf die Regelung der internen Schiedsgerichtsbarkeit im 3. Teil der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [ZPO (SR 272)] vgl. Art. 407 ZPO).

⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010, E. 1.2; vgl. auch BGE 133 III 634 E. 1.1.2.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 2.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 2.1.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 2.2.1, unter Bezugnahme auf MARK-OLIVER BAUMGARTEN/MARTIN LANZ BSK BEHG-Baumgarten/Lanz, N 1 zu Art. 8 BEHG; ROLF H. WEBER, Börsenrecht, 2001, N. 2 zu Art. 8 BEHG; ROLF WATTER/DIETER DUBS, Bedeutung und Zukunft der Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht, Der Schweizer Treuhänder, 79/2005 S. 746; PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl. 2010, § 10 Rz. 10 ff.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 2.2.1, mit zahlreichen Hinweisen auf die divergierenden Lehrmeinungen.

¹² Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 2.2.1.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 2.2.1, m.w.H.

¹⁴ Art. 9 Abs. 3 BEHG lautet wie folgt: «Vorbehalten bleibt, nach Durchführung des Beschwerdeverfahrens, die Klage beim Zivilrichter.»

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 2.2.2.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 2.2.2.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 2.2.2.

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 3.

Erklärung des Beitritts zu einer juristischen Person ergeben kann, sofern diese Erklärung ausdrücklich auf die in den Statuten oder in einem sich auf diese stützenden Reglement enthaltene Schiedsklausel Bezug nimmt, über seinen Wortlaut hinaus auch auf den vorliegenden Fall anwendbar sei. Die Bestimmung sei auch auf die zu beurteilende Konstellation zugeschnitten, zumal es der Börse nach Art. 8 Abs. 4 BEHG versagt sei, hinsichtlich der Zulassung von Effekten gesonderte Vereinbarungen abzuschliessen. Dem aufgrund von Art. 1 BEHG einzuhaltenden Grundsatz der Gleichbehandlung könne letztlich nur Nachachtung verschafft werden, indem nach Art. 8 Abs. 1 BEHG ein Reglement und darin das Schiedsgericht vorgesehen werde, «d.h. genau gleich wie bei einer juristischen Person, deren Statuten eine Schiedsklausel enthalten». Da auch A. als Anleger Adressat der entsprechenden Reglementsbestimmungen sei, habe er mit seiner Anrufung des Schiedsgerichts vom 28. September 2009 und seiner Eingabe vom 4. Dezember 2009 erklären dürfen, dass er diese Schiedsklausel akzeptiere.¹⁹

Ausserdem brachte A. vor, dass die Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts nicht nur infolge der entsprechenden Anwendung von Art. 6 Abs. 2 KSG gegeben sei, sondern auch aufgrund von Art. 6 Abs. 1 KSG, zumal nach Ziff. 2.3.2 der damals geltenden Geschäftsordnung der Zulassungsstelle der SIX, die für den Erlass des Kotierungsreglements zuständig gewesen sei, Beschlüsse hätten protokolliert und das Protokoll unterschrieben werden müssen, was auch nach den heute anwendbaren Bestimmungen gelte. Unter Art. 6 Abs. 1 KSG genüge es bereits, wenn die im Kotierungsreglement enthaltene Offerte zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung schriftlich angenommen werde. Seine Annahme der angeblichen Offerte sei auch in diesem Fall durch Anrufung des SIX-Schiedsgerichts erfolgt.²⁰

Erwähnt sei an dieser Stelle, dass das SIX-Schiedsgericht ausführlich begründete, weshalb zwischen den Parteien keine nach dem KSG gültige Schiedsabrede zustande gekommen war, während die Vorinstanz das Vorliegen einer Schiedsabrede nicht geprüft hatte, da sie eine solche (nach Ansicht des Bundesgerichts zu Unrecht) für entbehrlich erachtete.²¹

Das Bundesgericht verwarf die von A. angeführten Argumente. Es erwog, dass eine analoge Anwendung von Art. 6 Abs. 2 KSG nicht in Frage komme, zumal die Einleitung des Schiedsverfahrens durch A. nicht mit der Erklärung des Beitritts zu einer juristischen Person vergleichbar sei, die der genannten Bestimmung zugrunde

liege. A. stehe als Aktionär der dekotierten Emittentin X. AG nicht in einem Mitgliedschaftsverhältnis zur SIX. Die Einleitung des Schiedsverfahrens bezweckte einzig die Beschreitung des Rechtswegs hinsichtlich der Dekotierung der X. AG und war in keiner Weise auf die Begründung einer Mitgliedschaft oder eines mitgliedschaftsähnlichen Verhältnisses zur SIX ausgerichtet. Inwiefern mit der Einleitung des Schiedsverfahrens ein über dasjenige zwischen Verfahrensparteien hinausgehendes besonderes Verhältnis zur SIX begründet worden wäre, das allenfalls eine analoge Anwendung von Art. 6 Abs. 2 KSG rechtfertigen könnte, sei nicht ersichtlich. Die blosse Einleitung des Schiedsverfahrens vermöchte demnach keinen Abschluss eines Schiedsvertrags über den zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden Rechtsstreit zwischen den Parteien zu bewirken.²²

A. hatte der SIX mit Brief vom 16. September 2009 den Abschluss einer Schiedsvereinbarung vorgeschlagen, was die SIX jedoch ablehnte. Das Schiedsverfahren wurde am 28. September 2009 eingeleitet. Nach Ansicht des Bundesgerichts hatte die SIX somit A. vor Einleitung des Schiedsverfahrens zu erkennen gegeben, mit ihm keine Schiedsvereinbarung in Bezug auf den bereits entstandenen Rechtsstreit abschliessen zu wollen, womit in diesem Zeitpunkt auch keine gegenüber A. bindende Offerte, die von ihm hätte angenommen werden können, bestand.²³

Letzteres, so das Bundesgericht weiter, gelte auch hinsichtlich der Behauptung von A., es sei eine Schiedsvereinbarung nach Art. 6 Abs. 1 KSG zustande gekommen. Das Bundesgericht erwog, dass angesichts der beschriebenen Umstände in den Bestimmungen des Kotierungsreglements, die eine Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts vorsehen, kein Angebot erblickt werden könne, den bereits entstandenen Rechtsstreit über die Dekotierung der X. AG dem SIX-Schiedsgericht zu unterbreiten, das A. mit der Einleitung des Schiedsverfahrens hätte annehmen können.²⁴

Zudem hatte das Schiedsgericht (nach Ansicht des Bundesgerichts zu Recht) ausgeführt, dass das Kotierungsreglement ohnehin die erforderliche Schriftform nach Art. 6 Abs. 1 KSG i.V.m. Art. 13 ff. OR nicht erfülle, da es diesem Dokument an der eigenhändigen Unterschrift der zeichnungsberechtigten Personen der SIX fehle. Daran, so das Bundesgericht, ändere auch das Vorbringen von A. nichts, dass nach den anwendbaren Verfahrensbestimmungen der SIX der Beschluss über den Erlass des Kotierungsreglements protokolliert und das Protokoll unterzeichnet worden sei, zumal sich die-

ses Protokoll selbst nach den Darlegungen von A. nicht an ihn als Erklärungsempfänger richtete. Weiter erwog das Bundesgericht, dass sich zugunsten von A. auch aus Art. 358 ZPO, der für die Schiedsvereinbarung neben der Schriftform eine andere Form genügen lässt, die den Nachweis durch Text ermöglicht, nichts ableiten lasse, zumal diese Bestimmung noch nicht in Kraft getreten sei.²⁵

1.3 Keine Rechte aufgrund fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung

Abschliessend erwog das Bundesgericht, dass sich auch aus der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung der internen Beschwerdeinstanz der SIX nichts zugunsten von A. ableiten lasse. Das SIX-Schiedsgericht hatte es als erstellt erachtet, dass der unzutreffende Hinweis im Entscheid der SIX-Beschwerdeinstanz vom 31. August 2009 im konkreten Fall bei A. keine entsprechenden Erwartungen erweckte. A. hatte mit Schreiben vom 16. September 2009 der SIX vielmehr den Abschluss einer Schiedsvereinbarung vorgeschlagen, was diese jedoch ablehnte. Berechtigte Erwartungen von A. hinsichtlich des Zustandekommens einer Schiedsvereinbarung liessen sich folglich nach Ansicht des Bundesgerichts auch nicht auf die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung stützen.²⁶

2. Entscheid des Bundesgerichts

Zusammenfassend entschied das Bundesgericht, dass die Zuständigkeit des SIX-Schiedsgerichts für die Streitigkeit zwischen A. und der SIX sich weder auf den Rechtssatzcharakter der entsprechenden Bestimmung des Kotierungsreglements noch auf eine gültige Schiedsvereinbarung stützen lasse. Nach Art. 9 Abs. 3 BEHG sei für die vorliegende Rechtsstreitigkeit vielmehr der Zivilrichter zuständig. Daher habe Vorinstanz die Nichtigkeitsbeschwerde der SIX zu Unrecht abgewiesen, womit deren Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben und das SIX-Schiedsgericht für unzuständig erklärt wurde.²⁷

III. Bedeutung für die Praxis

Aus Sicht des Praktikers verspricht der vorliegende Entscheid mehr, als er letztlich für die Praxis an erhoffter Klärung bereit hält. Wer etwa darauf gehofft hatte, dass das Bundesgericht sich im Rahmen der vorliegenden

Rechtsstreitigkeit mit den verschiedenen offenen und in der Literatur kontrovers diskutierten Fragen im Zusammenhang mit der Rechtsnatur der Börsenreglemente (zumindest im Sinne eines *obiter dictum*) auseinandersetzen würde, wird enttäuscht. Dies ist keine Kritik am Bundesgericht, hat sich dieses doch verständlicherweise auf die Fragen konzentriert, die es zu beurteilen galt. Der besprochene Entscheid steht im Übrigen im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach nur unter besonderen Umständen eine Verhaltensweise nach Treu und Glauben die Einhaltung einer Formvorschrift ersetzen kann.²⁸ Vorliegend waren derartige Umstände, wie dargetan, nicht gegeben. Hinzu kam Art. 9 Abs. 3 BEHG, der in unmissverständlicher Weise die Zuständigkeit des Zivilrichters statuiert. Auch aus diesem Grunde ist der Bundesgerichtsentscheid nicht zu beanstanden, bezweckt doch der in Art. 6 KSG für den Abschluss der Schiedsvereinbarung vorgesehene Formzwang vornehmlich, die Prüfung zu ermöglichen, ob der Verzicht auf die ordentliche Gerichtsbarkeit von den Parteien tatsächlich gewollt war.²⁹

Letztlich hat das Bundesgericht lediglich entschieden, dass Art. 62 KR keine genügende Grundlage für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet, weil einerseits der Börse mangels Gesetzgebungsdelegation keine Rechtssetzungsbefugnis zur Festlegung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts mit Wirkung gegenüber jedermann zukommt (selbst wenn man die übrigen Bestimmungen des Kotierungsreglements grundsätzlich als Bundesrecht mit Wirkung gegenüber jedermann qualifizieren würde) und andererseits das blosse Anheben einer Beschwerde beim Schiedsgericht nicht zum Abschluss einer gültigen Schiedsvereinbarung führt bzw. nicht das Akzept der angeblich in Art. 62 KR aufgestellten Offerte darstellt, mit welcher die Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet werden könnte.

Das Bundesgericht hat sich somit, wie oben bereits erwähnt, nicht mit der Frage der Rechtsnatur des Kotierungsreglements auseinandergesetzt. Erwähnt sei immerhin, dass sowohl die Vorinstanz als auch das Schiedsgericht davon ausgegangen sind, dass es sich beim Kotierungsreglement um Bundesrecht mit Wirkung gegenüber jedermann handle. Das Bundesgericht hat des Weiteren auch nicht untersucht, ob der Beschwerdegegner (und Aktionär) aufgrund der bestehenden geltenden Börsenreglemente überhaupt zur Beschwerde bei der internen Beschwerdeinstanz aktivlegitimiert war (und somit danach zum Weiterzug an das Schiedsgericht) oder ob die Beschwerdeinstanz sachlich zuständig war. Während der Wortlaut von Art. 62 KR keine eindeutige Antwort bereithält (und die Antwort

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 3.1.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 3.1.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 3.1.

²² Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 3.2.1.

²³ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 3.2.1.

²⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 3.2.2.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 3.2.2.

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 3.2.2.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010 (BGE 137 III 37), E. 4; vgl. auch Urteil 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010, E. 5.

²⁸ Vgl. BGE 121 III 38 E. 3.

²⁹ Vgl. BERNHARD BERGER/FRANZ KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, N 390 *in fine*.

zur Frage mit der Kontroverse in Bezug auf die Rechtsnatur des Kotierungsreglements verknüpft ist), ist u.E. das Reglement für die Beschwerdeinstanz der SIX Swiss Exchange vom 17. Oktober 2008 («RBI») jedoch eindeutig: Dieses hat gemäss Ziff. 1 u.a. zur Aufgabe, Beschwerden von Emittenten (...) gegen Entscheide und Vorentscheide des Regulatory Board zu beurteilen.³⁰ Die weiteren Aufgabenbereiche sind *in casu* alle nicht einschlägig. Die interne Beschwerdeinstanz der SIX ist somit für Beschwerden von Aktionären von Emittenten u.E. gar nicht zuständig. Daran ändert auch nichts, dass in Ziff. 6.2 RBI zur Beschwerde *Adressaten eines Entscheides* legitimiert sind, die ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids haben. Der Kreis der Adressaten muss dergestalt sein, dass es sich um Personen handeln muss, deren Beschwerden zum Aufgabenbereich der Beschwerdeinstanz gehören. Diesen Kreis weiter zu ziehen, als es dem Aufgabenbereich der Beschwerdeinstanz bzw. ihrer sachlichen Zuständigkeit entspricht, wäre nicht sachlogisch. Die *ratio legis* von Ziff. 6.2 RBI ist es denn auch, die Aktivlegimitation innerhalb des Aufgabenbereichs der Beschwerdeinstanz auf solche Beschwerdeführer zu beschränken, die ein Rechtsschutzinteresse haben, und nicht etwa, eine Erweiterung der in Ziff. 1 festgelegten sachlichen Zuständigkeit via eine extensive Determinierung der Aktivlegimitation zu erreichen.³¹

Offen gelassen hat das Bundesgericht auch, ob es überhaupt zulässig ist, in den Börsenreglementen in Abweichung von Art. 9 BEHG als Weiterzugsinstanz nicht den Zivilrichter, sondern bereits vor Entstehen eines Rechtstreites ein Schiedsgericht zu vereinbaren, wie die SIX dies im Rahmen der Emittentenerklärungen mit den Emittenten als Kotierungsvoraussetzung und im Rahmen von speziellen Vereinbarungen mit den Teilnehmern als Zulassungsvoraussetzung zu tun pflegt.³² Das Bundesgericht hat in einer Erwägung einzig klar gestellt, dass Art. 62 Abs. 2 KR Art. 9 Abs. 3 BEHG nicht abzuändern vermag, da der Rechtsweg aufgrund Art. 9 Abs. 3 BEHG durch Bundesrecht abschliessend geregelt sei.³³ Das Bundesgericht scheint aber immerhin implizit davon auszugehen, dass eine Schiedsvereinbarung möglich ist, wenn es in Erwägung E.2.2.2 festhält, dass «(s)elbst wenn die übrigen Bestimmungen des Kotierungsreglements grundsätzlich als Rechtsnormen des Bundesrechts einzuordnen wären, wie dies die Vorinstanz erwog, könnte Art. 62 Abs. 2 KR den nach Art. 9

³⁰ Ziff. 1 lit. c. Reglement für die Beschwerdeinstanz der SIX Swiss Exchange vom 17. Oktober 2008.

³¹ Vgl. Zur Zulässigkeit der Einschränkung auf direkt Betroffene wie Emittenten oder Teilnehmer etwa auch BSK BEHG-BAUMGARTEN/LANZ, Art. 9 N 6.

³² Für die Zulässigkeit sprechen sich u.a. Mark-Oliver Baumgarten und Martin Lanz aus (BSK BEHG-BAUMGARTEN/LANZ, Art. 9 N 10, m.w.H.).

³³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2010 vom 1. Dezember 2010, E. 2.2.2.

Abs. 3 BEHG gesetzlich vorgesehenen Rechtsweg nicht abändern und daher auch den Abschluss einer Schiedsvereinbarung nicht ersetzen». Unseres Erachtens spricht ebenfalls nichts dagegen, dass die SIX und ein Emittent eine Schiedsvereinbarung betreffend einer bestehenden Streitigkeit treffen.³⁴ Es erscheint aber zumindest fraglich, ob die Börse dies aufgrund dieses Entscheids weiterhin als Kotierungsvoraussetzung vorsehen kann, da damit praktisch ein (faktischer) Zwang besteht, eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen, obwohl das Bundesrecht einen anderen Rechtsweg vorsieht. Das Urteil könnte jedenfalls auch so interpretiert werden, dass die Festlegung eines von der gesetzlichen Regel abweichenden Rechtswegs in den Reglementen der Börse an sich nicht in der Kompetenz der Börse liegt.

Schliesslich stellt sich zudem aufgrund des Bundesgerichtsentscheids auch die Frage, was eigentlich gelten würde, wenn *in casu* eine gültige Schiedsvereinbarung vorliegen würde: Die interne Beschwerdeinstanz scheint, wie bereits ausgeführt, für die Beurteilung der Rechtsstreitigkeit jedenfalls sachlich nicht zuständig gewesen zu sein. Das Schiedsgericht hätte deshalb wohl den Entscheid der internen Beschwerdeinstanz mangels sachlicher Zuständigkeit derselben aufheben müssen.

Praktisch bedeutsam ist der Entscheid für die SIX selber insofern, als es sich wohl aufdrängt, die Reglemente in Bezug auf die offenen Fragen, insbesondere auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit der internen Beschwerdeinstanz und damit auch des Schiedsgerichts sowie die Aktivlegimitation von Anlegern bzw. Aktionären, eindeutig zu klären. Dabei ist u.E. davon auszugehen, dass die Beschwerdeinstanz und das Schiedsgericht nur für die Emittenten und Teilnehmer der Börse (sowie deren Händler) und die Börse selbst zuständig sein sollten. Jedenfalls ist nicht einzusehen, warum die Beschwerdeinstanz die Aktivlegimitation des Beschwerdegegners überhaupt bejahte und damit letztlich gesellschaftsinterne und somit gesellschaftsrechtliche Fragestellungen beurteilen soll. Eine Aktivlegimitation Dritter bzw. indirekt Betroffener der börseneigenen Rechtsprechungsinstanzen könnte allenfalls in Fällen gegeben sein, in denen der Beschwerdegrund nicht in einer gesellschaftsrechtlichen Fragestellung liegt, sondern bei denen es um die korrekte Anwendung der Börsenreglemente geht. Falls etwa das Regulatory Board einen Dekotierungsentscheid fällen würde, ohne dass die dafür aus börsenrechtlicher Sicht notwendigen Voraussetzungen gegeben sind. Aber auch bei einer solchen Konstellation vertreten wir die Ansicht, dass die Aktivlegimitation nicht ausgeweitet werden sollte. Es ist wiederum eine gesellschaftsinterne Angelegenheit, wie mit solchen (Fehl-)Entscheidungen verfahren werden soll. Gerade beim Dekotierungsentscheid, der gemäss der

³⁴ Gl.M. BSK BEHG-BAUMGARTEN/LANZ, Art. 9 N 10, m.w.H.

wohl herrschenden Lehre vom Verwaltungsrat zu fällen ist,³⁵ würde eine andere Ansicht letztlich dazu führen, dass ein solcher Entscheid von einem Aktionär auf dem Weg des Kotierungsreglements überprüft werden könnte, obwohl das Gesellschaftsrecht keine Anfechtungsmöglichkeit bereithält.³⁶

³⁵ Vgl. dazu etwa PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 7 22a ff. m.w.H.

³⁶ Verwaltungsratsbeschlüsse können nicht angefochten werden (vgl. statt aller BÖCKLI (FN 35), § 13 263 ff. Es steht lediglich die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von Beschlüssen offen. Unter Umständen kann der Aktionär den Verwaltungsrat aber im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit in die Pflicht nehmen.