

Recueils
de textes

Vers les sommets du droit

Liber amicorum pour Henry Peter

Édité par
Rita Trigo Trindade
Rashid Bahar
Giulia Neri-Castracane



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

GG
Collection
Genevoise

Vers les sommets du droit

Liber amicorum pour Henry Peter

Édité par
Rita Trigo Trindade
Rashid Bahar
Giulia Neri-Castracane



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2019

Citation suggérée de l'ouvrage: TRIGO TRINDADE/BAHAR/NERI-CASTRACANE (éds), Vers les sommets du droit : *liber amicorum* pour Henry Peter, Genève / Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8749-0

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Table des matières

Avant-proposV

I. Droit commercial, exécution forcée, arbitrage

Athletes & Social Media : What constitutes Ambush Marketing in the Digital Age ? The Case of Rule 40 of the Olympic Charter.....3

DE WERRA, JACQUES

Assainissement des particuliers : état des lieux et perspectives25

JEANDIN, NICOLAS / RAMELET-TELQIU, ALISA

Atteintes à la santé, prescription des créances et fonds d'indemnisation47

JUNOD, VALÉRIE

La mise en gage d'actions représentées par des jetons numériques (tokens).....67

LEIBENSON, JOËL / BÉTRISEY, FRÉDÉRIC

Le trust et les huissiers85

MARCHAND, SYLVAIN

A Wig for Arbitrators: What Does It Add?105

SCHULTZ, THOMAS / BACHMANN, CLÉMENT

II. Droit des sociétés

La diffusion de la notion d'ayant droit économique en droit suisse des sociétés	123
BERISHA, ELMA	
Suspendierung von Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle	143
BERTSCHINGER, URS	
Prix d'émission et exercice mesuré des droits	161
CHENAUX, JEAN-LUC / BEROU, GUY	
Shaping Takeover Law : Die personelle Zusammensetzung der UEK und ihrer Vorgängerorganisation	177
EMMENEGGER, SUSAN / BIGLER, ANDREA	
Conflit d'intérêts et carence dans l'organisation	191
MUSTAKI, GUY	
Le dommage, talon d'Achille de l'action en responsabilité des administrateurs de sociétés en faillite ?	207
SAUERWEIN, NINA	
Le dommage direct du créancier dans la responsabilité des organes : un cadeau empoisonné ?	223
STOFFEL, WALTER A. / CONSTANTIN, ARNAUD	
La transmission d'entreprise au moyen d'un trust suisse	239
THÉVENOZ, LUC	
Quand l'annulation est une sanction excessive	251
TRIGO TRINDADE, RITA	

Die Kommunikation der Aktiengesellschaft mit den Aktionären.....265
VON DER CRONE, HANS CASPAR / BAUMGARTNER, FLEUR

Proxy Advisors – wie weiter?283
VON PLANTA, ANDREAS

III. Responsabilité sociétale des entreprises

Les valeurs communes au cœur d’un écheveau pluri-actoriel.....297
BOISSON DE CHAZOURNES, LAURENCE

**Responsabilité sociale des entreprises : responsabilité de la
société mère ou de son conseil d’administration ?.....**309
CHABLOZ, ISABELLE / PERRIARD, JULIE

**Les standards internationaux en matière de finance durable:
interactions entre démarches volontaires et exigences légales.....**329
DARBELLAY, ALINE / STOYANOVA, HRISTINA

**Réflexions sur l’usage stratégique du droit des sociétés et les
quotas de genre dans les organes dirigeants.....**345
DE ROSSA GISIMUNDO, FEDERICA / CAVADINI-BIRCHLER, FRANCESCA

The Role of Pension Funds in the Low-carbon Transition365
KARAMETAXAS, XENIA

The Place of Non-Trade Concerns in International Trade379
MARCEAU, GABRIELLE / MARQUET, CLÉMENT

Finance for society : The rise of social impact investing.....391
MAXIMILIAN MARTIN

**La diligence en matière de droits de l’homme des principes
Ruggie en Suisse.....**411
NERI-CASTRACANE, GIULIA

La gestion sociale et environnementale, un devoir des dirigeants sociaux427

PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE

How High can the Bird Fly – Human Rights Compliance in Businesses443

WEBER, ROLF

IV. Philanthropie

Philanthropie et but lucratif : la quadrature du cercle ?459

BAHAR, RASHID

La philanthropie : une affaire genevoise ?481

DERMANGE, FRANÇOIS

Businessmen ou philanthropes ? Réflexions sur la rémunération des membres de l'organe supérieur de direction d'organisations à but non lucratif493

JACQUEMET, GUILLAUME

Philanthropie et sport : l'incohérence de la lutte contre le dopage515

KUHN, ANDRÉ / SERRANO, SOPHIE

An Act of Love? Tax Aspects of Corporate Philanthropy.....529

LIEDEIKYTE HUBER, GIEDRE

P comme Peter et...Philanthropie À propos de quelques précurseurs de la philanthropie du droit international541

MBENGUE, MAKANE MOÏSE

L'imposition des prestations philanthropiques transfrontalières - L'apport potentiel des normes de droit fiscal international, notamment des conventions de double imposition557

OBERSON, XAVIER

Shaping Takeover Law : Die personelle Zusammensetzung der UEK und ihrer Vorgängerorganisation

Inhaltsverzeichnis	Seite
Einleitung	178
I. Le vide juridique (bis 1989)	178
II. Die Kommission für Regulierungsfragen (1989 bis 1998).....	179
A. Die Arbeitsgruppe für den Übernahmekodex	179
B. Die Kommissionsmitglieder	180
III. Die Übernahmekommission (ab 1998)	182
A. Die Verabschiedung des Börsengesetzes	182
B. Die Schweizerische Übernahmekommission	183
1. Formelle Kriterien für die Mitgliedschaft	183
2. Law in Action.....	185
Vivat.....	187
Literaturverzeichnis.....	188

* Susan Emmenegger ist Professorin für Privatrecht und Bankrecht und Direktorin des Instituts für Bankrecht an der Universität Bern. Sie war von 2005 bis 2017 (31.08.) Mitglied der Übernahmekommission (ab 2015 als Vizepräsidentin). Andrea Bigler, MLaw, ist Doktorandin am Institut für Bankrecht der Universität Bern.

Einleitung

« La machine législative suisse est déjà en marche dans le but de déterminer si une intervention législative est nécessaire dans le domaine des bourses et des transferts de participations de sociétés publiques et, le cas échéant, de proposer les dispositions opportunes. » Dies schrieb der Jubilar in einem SZW-Beitrag zu den öffentlichen Kaufangeboten in der Schweiz im Jahr 1990.¹ Darin setzte er sich in gewohnt ausgewogener Manier mit den inhaltlichen und institutionellen Entwicklungen des schweizerischen Übernahmerechts auseinander. Im Jahr 2004 wurde er zum Mitglied der schweizerischen Übernahmekommission ernannt. Die « machine legislative »² hatte sich in der Zwischenzeit in Gang gesetzt !

Der Jubilar hat nicht nur als Autor des ersten Grundlagenwerks zu den öffentlichen Kaufangeboten in französischer Sprache,³ sondern auch als direkter Entscheidungsträger die Weiterentwicklung des Übernahmerechts geprägt. Seine Ausführungen zu den Akteuren des Übernahmerechts in der frühen Entstehungsphase im oben genannten Fachbeitrag geben Anlass, den Blick auf mögliche Kontinuitäten und Disruptionen zu richten. Anders gefragt : Wer waren und sind in personeller Hinsicht die regulatorischen Market-shapers im Übernahmerecht der Schweiz ?

I. Le vide juridique (bis 1989)

In Genf wurde im Jahr 1850 die erste Schweizer Wertpapierbörse eröffnet,⁴ das Schweizer Parlament verabschiedete 1881 ein erstes gesamtschweizerisches Obligationenrecht unter Einschluss des Handelsrechts.⁵ Trotzdem sollte es noch über hundert Jahre dauern, bis es erste Ansätze einer Regulierung gab, die sich

¹ PETER, HENRY, SZW 1990, 166.

² Das neue Börsengesetz, auf dessen Grundlage die Übernahmekommission tätig ist, wurde am 24. März 1995 vom Parlament verabschiedet (Ablauf der Referendumsfrist am 3. Juli 1995, BBl 1995 II 435, Inkrafttreten am 1. Februar 1997, AS 1997, 84). Die gesetzlichen Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote traten erst per 1. Februar 1998 in Kraft, siehe Verordnung des Bundesrates vom 13. August 1997 über die vollständige Inkraftsetzung des Börsengesetzes und der Börsenverordnung, AS 1997, 2044. Zu den Einzelheiten siehe BERNET, ROBERT, S. 69 ff.

³ PETER, HENRY/BOVEY, PASCAL, *passim*.

⁴ HUNOLD, ALBERT, S. 22. Der Effektenbörsenverein Zürich wurde demgegenüber erst 1876 gegründet, siehe DERS., 7.

⁵ BBl 1881 III 109 (Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881).

spezifisch mit der Übernahmethematik beschäftigte.⁶ Weder das Verwaltungsrecht noch das Handelsrecht enthielten Bestimmungen über den einmaligen oder sukzessiven Kontrollerwerb. Das Aktienrecht seinerseits bot mit der Möglichkeit der Vinkulierung ein scheinbar unüberwindbares Hindernis für feindliche Übernahmen von Schweizer Gesellschaften.⁷ Entsprechend gab es auch keine Kontrollinstanz für Übernahmen.

II. Die Kommission für Regulierungsfragen (1989 bis 1998)

A. Die Arbeitsgruppe für den Übernahmekodex

Dass die Finanzmarktregulierung stark krisengetrieben ist, hat sich auch im Übernahmekontext bewahrheitet. Im Jahr 1988 waren zwei grosse Schweizer Gesellschaften (« La Suisse » Lebensversicherung, Publicitas SA) Gegenstand von feindlichen Übernahmeangeboten ;⁸ der « vide juridique » untergrub die Glaubwürdigkeit des Börsenplatzes Schweiz.⁹ Die Vereinigung der Schweizer Börsen¹⁰ rief noch im selben Jahr eine Arbeitsgruppe ins Leben, um einen Vorschlag für einen Übernahmekodex zu erarbeiten. 1989 wurde von der Arbeitsgruppe der Übernahmekodex präsentiert, der am ersten September in Kraft trat.¹¹ Der Kodex selbst war als Selbstregulierungswerk konzipiert.

Die Arbeitsgruppe bestand aus sechs Personen : Dr. Thomas Bechtler, Industrieller (Hesta AG) und Verwaltungsrat in zahlreichen Unternehmen (später u.a. Bank Leu, Credit Suisse Group, Swiss Re, Sika) ; Prof. Niklaus Blattner, Professor für Nationalökonomie an der Universität Basel, Mitglied der Geschäftsleitung der schweizerischen Bankiervereinigung (später u.a. Vize-Präsident der Schweizerischen Nationalbank) ; Jean-Paul Chapuis, Direktor der

⁶ Zur Rechtslage vor 1989 siehe PETER, HENRY, SZW 1990, S. 155 : « *[D]u point de vue légal, la Suisse se caractérise en la matière par un libéralisme absolu ou, selon les points de vue, par un regrettable vide juridique* ».

⁷ Siehe dazu STEINMANN, MARKUS, S. 60 ff. ; TSCHÄNI, RUDOLF, S. 237 ff.

⁸ Siehe hierzu PETER, HENRY / BOVEY, PASCAL, Rn. 7 ff.

⁹ So PETER, HENRY SZW 1990, S. 157.

¹⁰ Die Vereinigung umfasste die damals existierenden Börsen der Schweiz : Genf, Basel, Lausanne, Zürich, Neuchâtel, Bern, St. Gallen und die Soffex Zürich. Von diesen Börsen bestehen heute noch die SIX Swiss Exchange (Zürich) und die BX Swiss (ehemals Bern, heute in Zürich). Siehe hierzu PETER, HENRY / BOVEY, PASCAL, Rn. 10 Fn. 9.

¹¹ PETER, HENRY, SZW 1990, S. 157.

Schweizerischen Bankiervereinigung ; Prof. Peter Forstmoser, Professor für Privat, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich und Verwaltungsrat in zahlreichen Unternehmen (später u.a. Verwaltungsratspräsident der Swiss Re) ; Prof. Alain Hirsch, Professor für Handelsrecht an der Universität Genf und Mitglied der eidgenössischen Bankenkommission (später u.a. Verwaltungsratspräsident der Waadtländer Kantonalbank) ; Dr. Dieter Siegrist (Sekretär der Vereinigung der Schweizer Börsen).¹²

Als Gesamtbild ergibt sich eine starke wissenschaftliche Verankerung der Arbeitsgruppe, bei gleichzeitiger intensiver Vernetzung im Banken- und Versicherungsbereich.

B. Die Kommissionsmitglieder

Beim Übernahmekodex vom 1. September 1989 handelte es sich um eine privatrechtliche Vereinbarung zwischen den beteiligten Börsen.¹³ Eingebunden waren zudem die Banken. Sie hatten in der Arbeitsgruppe mitgewirkt¹⁴ und sie wurden im Rahmen eines Rundschreibens der Bankiervereinigung zur Einhaltung des Kodex aufgefordert.¹⁵ Damit bestand auch der Hebel für die Einhaltung des Kodex durch die eigentlichen Akteure, also die Anbieter- und Zielgesellschaften. Für sie konnte der Kodex keine direkte Verpflichtung schaffen, hingegen wurden die Banken in ihrer Funktion als Börsenmitglieder im Kodex dazu angehalten, an keiner Übernahme mitzuwirken, die dem Kodex nicht entsprach.¹⁶

Der im Kodex vorgesehenen Kommission für Regulierungsfragen kam die Aufgabe zu, im Falle eines öffentlichen Kaufangebots die Einhaltung der Kodexbestimmungen zu überwachen. Ihre Bemerkungen, Empfehlungen und Entscheidungen richtete sie an die Anbieterin, die Zielgesellschaft, die Börsen und

¹² Zur Zusammensetzung siehe PETER, HENRY, SZW 1990, 157 Fn. 14.

¹³ Siehe dazu HARIRI, Übernahmerecht, 314; HIRSCH, ALAIN, S. 71 ; SENN, MYRIAM, S. 1177 ; TSCHÄNI, RUDOLF /DIEM, HANS-JAKOB /WOLF, MATTHIAS, S 87.

¹⁴ Das Mitglied der Arbeitsgruppe, JEAN-PAUL CHAPUIS, war Direktor der Schweizerischen Bankiervereinigung.

¹⁵ Rundschreiben Nr. 890 vom 19. Oktober 1989, siehe dazu auch PETER, HENRY, SZW 1990, S. 158.

¹⁶ Art. 7 Übernahmekodex 1989.

deren Mitglieder. Zudem wurden ihre Entscheidungen in der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (SZW) publiziert.¹⁷

Der Kodex enthielt keine Bestimmung über die personelle Zusammensetzung der Kommission. Ihr Präsident wurde Prof. Alain Hirsch von der Universität Genf. Vize-Präsident wurde Jean-Paul Chapuis, Direktor der Schweizerischen Bankiervereinigung (Basel) und Delegierter von deren Verwaltungsrat. Als weiteres Mitglied, das bereits in der Arbeitsgruppe mitgewirkt hatte, wurde Prof. Peter Forstmoser von der Universität Zürich ernannt. Die anderen Mitglieder waren : Rolf Haenggi, stellvertretender Direktor der Generaldirektion der Zürich Versicherungen ; Alexander Jetzer, Mitglied der Geschäftsleitung und CFO der Sandoz-Gruppe ; Pierre Lardy, Partner der Privatbank Pictet & Cie ; Günther Schultz, Delegierter des Verwaltungsrats der KPMG Fides Peat.¹⁸

Damit ergibt sich bereits ein relativ klares Bild über die gestaltenden Kräfte der Frühphasen eines schweizerischen Übernahmerechts. Mit Ausnahme der beiden Professoren aus Zürich und Genf, die ihrerseits in der schweizerischen Wirtschaftswelt stark vernetzt – recht eigentliche Schwergewichte im übertragenen Sinn – waren, gab es eine klare Zuordnung zu den Interessengruppen. Vertreten waren die Banken als Mitglieder der Börsen und mithin in ihrer Funktion als Effekthändler (Chapuis, Lardy). Vertreten waren zudem die kotierten Gesellschaften, die ihrerseits die starken Wirtschaftszweige der Schweiz repräsentierten, nämlich die Versicherungen (Haenggi) und die Pharma-Industrie (Jetzer). Vertreten waren zudem die Treuhandgesellschaften (Schultz), die gemäss Übernahmekodex die Einhaltung des Kodex während der Dauer eines Angebots zu überwachen und in einem entsprechenden Bericht zuhänden der Regulierungskommission zu bestätigen hatten.¹⁹ Geographisch wurden damit auch die drei Wirtschaftszentren der Schweiz abgebildet, nämlich (in alphabetischer Reihenfolge) Basel, Genf und Zürich.²⁰

¹⁷ Entscheidungspublikationen in der SZW 1990, S. 207 ff. ; SZW 1992, S. 37 ff. ; SZW 1993, S. 68 ff. ; SZW 1994, S. 130 ff. ; SZW 1995, S. 186 ff. ; SZW 1996, S. 181 ff. ; SZW 1997, S. 109 ff. In ihrer Tätigkeitszeit hat die Kommission über sechzig Übernahmeangebote geprüft, siehe HIRSCH, ALAIN, S. 72.

¹⁸ Zur personellen Zusammensetzung siehe auch PETER, HENRY, SZW 1990, S. 158 Fn. 22.

¹⁹ Art. 5.2 und 5.3 Übernahmekodex.

²⁰ Jetzer (Pharma, Basel) ; Chapuis (Bankiervereinigung, Basel) ; Lardy (Privatbank, Genf) ; Hirsch (Universität, Genf) ; Haenggi (Versicherung, Zürich) ; Forstmoser (Universität, Zürich) ; Schultz (Prüfwesen, Zürich).

III. Die Übernahmekommission (ab 1998)

A. Die Verabschiedung des Börsengesetzes

Im Bericht vom 22. Dezember 1989 hat die durch das Eidgenössische Finanzdepartement beauftragte Studiengruppe zur Prüfung der Struktur und der Regulierung des schweizerischen Effektenmarktes empfohlen, ein eidgenössisches Börsengesetz zu schaffen.²¹ Die Empfehlung resultierte in einem durch eine Expertengruppe ausgearbeiteten und im Juni 1991 in die Vernehmlassung geschickten Entwurf zu einem Bundesgesetz über Börsen und Effektenhandel.²² Nicht vorgesehen war die Schaffung einer Kommission für öffentliche Kaufangebote. Ursprünglich wäre es demnach die Aufgabe der Aufsichtsbehörde (Eidgenössische Bankenkommission, EBK) gewesen, die Einhaltung der Übernahmevorschriften im Börsengesetz zu überwachen und bei Verstössen gegen das Übernahmerecht einzuschreiten.²³ Erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen haben Wirtschaftskreise vorgeschlagen, zu diesem Zweck eine eigenes Gremium zu bestimmen.²⁴ Der Ständerat fügte in der Folge eine neue Bestimmung in den Entwurf des Börsengesetzes ein, welche die Überprüfung der Übernahmefälle an eine neu zu schaffende Übernahmekommission übertrug.²⁵ Die Bestimmungen zu den Meldepflichten und Übernahmeangeboten des BEHG

²¹ BOTSCHAFT BEHG, BBI 1993 I 1370, S. 1374 f.

²² BOTSCHAFT BEHG, BBI 1993 I 1375 ff. ; WEBER, ROLF H., Einleitung zum Börsenrecht N 4 ; ZOBEL, DIETER, Einleitung N 8 f. Als Vorbild für das schweizerische Übernahmerecht fungierte der britische Takeover Code, siehe BOTSCHAFT BEHG, BBI 1993 I 1389.

²³ BOTSCHAFT BEHG, BBI 1993 I 1380 f., 1391, S. 1413 ; HIRSCH, ALAIN, S. 73; SENN, MYRIAM, S. 1177. Siehe auch Art. 24 des Entwurfs zum Börsengesetz vom 24. Februar 1993, in : BOTSCHAFT BEHG, BBI 1993 I 1453.

²⁴ Der entsprechende Vorschlag kam aus dem Vorort des Schweizerischen Handels- und Industrie-Vereins und von der Schweizerischen Bankiervereinigung, die bereits im Rahmen der Vorarbeiten zum Börsengesetz ein ähnliches Begehren eingereicht hatten, vgl. HIRSCH, ALAIN, 72 ; SENN, MYRIAM, S. 1177 Fn. 4.

²⁵ Art. 22^{bis} (neu) des Entwurfs zum Börsengesetz vom 24. Februar 1993, in : Bulletin SR, 1993, 1006 f. Siehe auch Diskussion der Ständeräte COTTIER (Berichterstatter), SCHMID und Bundesrat STICH, in : Bulletin SR, 1993, 1008. Die Einführung einer Kommission eigens für die Überwachung der Einhaltung des Übernahmerechts hatte zum Ziel, mehr Marktnähe und eine grössere Fachkompetenz bereitzustellen, als die EBK bzw. später die FINMA für die Beurteilung der Übernahmefälle aufzubringen in der Lage gewesen wäre, siehe BARTHOLD BEAT M / ISLER, MARTINA, N 2 zu Art. 126 FinfraG ; WEBER, ROLF H., N 1 zu Art. 23 BEHG. Vgl. auch SENN, MYRIAM, S. 1177. Einfluss auf die Entscheidung hatte sicherlich auch die Tatsache, dass die Regelung der öffentlichen Kaufangebote im Börsengesetz umstritten war, vgl. BOTSCHAFT BEHG, BBI 1993 I 1380, S. 1389 f. Siehe hierzu auch GERICKE, DIETER / WIEDMER, KARIN, N 1 zu Art. 1 UEV ; SENN, MYRIAM, S. 1177.

wurden per 1. Januar 1998 in Kraft gesetzt. Gleichzeitig nahm die UEK gestützt auf Art. 23 BEHG (1995) ihre Tätigkeit auf und löste damit die Kommission für Regulierungsfragen der Vereinigung der Schweizer Börsen ab.²⁶

B. Die Schweizerische Übernahmekommission

1. Formelle Kriterien für die Mitgliedschaft

Mit dem BEHG (1995) wurden erstmals auch formelle Kriterien für die Mitgliedschaft in der Übernahmekommission statuiert. Art. 23 Abs. 1 BEHG sah vor, dass sich die Übernahmekommission aus sachverständigen Vertretern der Effektenhändler, der kotierten Gesellschaften und der Anleger zusammensetzt, die nach Anhörung der Börsen durch die Aufsichtsbehörde bestellt werden.²⁷ Daran hat sich auch mit der Überführung des Übernahmerechts in das Finanzmarktinfrakstrukturgesetz von 19. Juni 2015 (FinfraG) nichts geändert ; Anpassungen erfolgten lediglich im Hinblick auf eine genderechte Sprache und die namentliche Bezeichnung der FINMA als Bestellungsorgan.²⁸

Dem Gesetzeswortlaut zufolge ist die Mitgliedschaft seit der Schaffung der UEK an zwei kumulative Kriterien geknüpft : Zugehörigkeit und Sachverstand. Richtet man den Blick auf die personelle Zusammensetzung der Kommission für Regulierungsfragen, so zeigt sich, dass die gesetzlichen Vorgaben nicht einfach die damaligen personellen Verhältnisse abbildeten. Die Kommission für Regulierungsfragen bestand aus Vertretern von Banken bzw. Effekthändlern (Chapuis, Lardy), kotierten Gesellschaften (Haenggi, Jetzer), Prüfungsgesellschaften (Schultz) und der Wissenschaft (Hirsch, Forstmoser). Die letzten beiden Expertengruppen wurden im neu geschaffenen Börsengesetz allerdings nicht erwähnt. Ausdrücklich genannt wurden demgegenüber die Anleger, was der Zielsetzung der Regulierung entspricht und deshalb nicht weiter erstaunt. Unklar ist hingegen, warum die Prüfungsgesellschaften, denen im Übernahmekontext eine

²⁶ GERICKE DIETER / WIEDMER, KARIN, N 1 f. zu Art. 1 UEV ; SENN, MYRIAM, S. 1177. Zur Organisation und den Aufgaben der UEK im Zeitpunkt der Gründung der Kommission siehe BERNET, ROBERT, S. 123 ff. ; HIRSCH, Alain, S. 72 ff. ; SENN, MYRIAM, S. 1180 ff.

²⁷ Art. 23 Abs. 1 aBEHG (1995).

²⁸ Art. 126 Abs. 1 FinfraG im Wortlaut : « Die FINMA bestellt nach Anhörung der Börsen eine Kommission für öffentliche Kaufangebote (Übernahmekommission). Diese Kommission setzt sich aus sachverständigen Vertreterinnen und Vertretern der Effekthändler, der kotierten Gesellschaften und der Anlegerinnen und Anleger zusammen. Organisation und Verfahren der Übernahmekommission sind der FINMA zur Genehmigung zu unterbreiten ».

wichtige Rolle zukommt, nicht aufgenommen wurden. Auch die Wissenschaft wird nicht namentlich genannt.

Zusätzlich zu den Erfordernissen gemäss Art. 126 Abs. 1 FinfraG kommen seit der Aufwertung der UEK zur Behördenkommission nach Art. 6 Abs. 1 Bst. e RVOV per 1. Januar 2009 die allgemeinen Anforderungen an die Mitgliedschaft in ausserparlamentarischen Kommissionen gemäss der RVOV zur Anwendung.²⁹ Dazu gehört auch die Vorgabe, dass Männer und Frauen mit je mindestens 30% in der Kommission vertreten sein sollten.³⁰

Kein Kriterium bei der Wahl der UEK-Mitglieder bildet die Unabhängigkeit.³¹ Im Unterschied zu FINMA-Verwaltungsratsmitgliedern³² können UEK-Mitglieder gleichzeitig eine Tätigkeit als Geschäftsleitungsmitglieder, Verwaltungsratspräsidentinnen von Banken, Effekthändlern oder Publikumsgesellschaften ausüben.³³ Eine gewisse Verflechtung zwischen der Kommission und den durch sie überprüften Wirtschaftskreisen ist gemäss dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes gewollt.³⁴

Schliesslich enthält das Gesetz keine Vorgaben über das genaue Sitzverhältnis unter den gesetzlich vorgesehenen Stakeholder; generell geht man davon aus, dass ein Anspruch auf einen Sitz besteht.³⁵ Zur Mitgliederanzahl äussert sich das Gesetz nicht, jedoch schreibt das UEK-Reglement vor, dass die Kommission aus sieben bis elf Mitgliedern (Präsidentin oder Präsident, Vizepräsidentin oder Vizepräsident sowie fünf bis neun weitere Mitglieder) besteht.³⁶

²⁹ Art. 8a ff. RVOV ; TSCHÄNI, RUDOLF / IFFLAND, JACQUES / DIEM, HANS-JAKOB, N 3 zu Art. 126 FinfraG.

³⁰ Art. 8c RVOV.

³¹ BARTHOLD, BEAT M. / ISLER, MARTINA, N 8 zu Art. 126 FinfraG ; N 4 zu Art. 126 FinfraG ; WEBER, ROLF H., N 6 zu Art. 23 BEHG.

³² Art. 9 Abs. 2 FINMAG.

³³ BARTHOLD, BEAT M. / ISLER, MARTINA, N 8 zu Art. 126 FinfraG ; TSCHÄNI, RUDOLF / IFFLAND, JACQUES / DIEM, HANS-JAKOB, N. 4 zu Art. 126 FinfraG.

³⁴ BGE 130 II 530, E. 4.1.2 S. 539. Tritt hingegen ein Interessenskonflikt auf, hat das betreffende UEK-Mitglied in den Ausstand zu treten (Art. 139 Abs. 1 FinfraG i.V.m. Art. 10 VwVG), vgl. BARTHOLD, BEAT M. / ISLER, MARTINA, N 8 zu Art. 126 FinfraG ; TSCHÄNI, RUDOLF / IFFLAND, JACQUES / DIEM, HANS-JAKOB, N 10 zu Art. 126 FinfraG ; WEBER, ROLF H., N 14 zu Art. 23 BEHG. Eingehend zur Thematik der Interessenskonflikte SCHENKER, URS, S. 221.

³⁵ In der Doktrin ist man sich einig, dass keine Interessengruppe Anspruch auf mehr als einen Sitz in der UEK hat. Siehe BARTHOLD, BEAT M. / ISLER, MARTINA, N 4 zu Art. 126 FinfraG ; TSCHÄNI, RUDOLF / IFFLAND, JACQUES / DIEM, HANS-JAKOB, N 2 zu Art. 126 FinfraG ; WEBER, ROLF H., N 5 zu Art. 23 BEHG. Vgl. auch SENN, MYRIAM, S. 1178.

³⁶ Art. 3 Abs. 1 R-UEK. Bis zum Inkrafttreten des R-UEK per 1. Januar 2009 war dieselbe Mitgliederanzahl in Art. 12 des Reglements über die EBK (R-EBK) verankert.

2. Law in Action

Betrachtet man die personelle Zusammensetzung der UEK seit ihrer Gründung im Jahr 1998, so sticht eine Kontinuität besonders ins Auge : Professorinnen und Professoren bilden anzahlmässig die stärkste Gruppe ;³⁷ durchschnittlich haben sie im Zeitraum von 1998 bis 2019 mehr als einen Drittel der Sitze eingenommen, zu jeder Zeit waren sie im Präsidium (Präsident, Vize-PräsidentIn) vertreten, während fünfzehn Jahren stellten sie den Präsidenten.³⁸ Bemerkenswert ist dabei, dass die Sparte der Wissenschaft als Mitgliedschaftskriterium im Gesetz gar nicht vorgesehen ist. Gleichzeitig zeigt sich eine Kontinuität im Hinblick auf die damalige Kommission für Regulierungsfragen; sie zählt zwei Professoren, einer davon amtierte als Präsident.³⁹

Ein ähnliches Bild ergibt sich im Hinblick auf die Prüfgesellschaften. Sie sind – obwohl vom Gesetz nicht erwähnt – seit der erstmaligen Einsetzung der UEK durchgehend mit einem Mitglied vertreten.⁴⁰ So verhielt es sich bereits in der Zeit der Kommission für Regulierungsfragen.⁴¹ Fachnahe Verstärkung erhielt diese Sparte im Laufe der Zeit aus dem Bereich der Corporate Finance, insbesondere der Unternehmensbewertung.⁴² Auch diese Fachrichtung findet keine Erwähnung im Gesetz.

³⁷ Berechnet sind die Amtszeiten jeweils im Hinblick auf die Zusammensetzung der Kommission per 31.12., es zählen also nur die vollen Jahre. Daraus ergibt sich folgendes Bild : ALAIN HIRSCH (1998–1999) ; CLAIRE HUGUENIN (1998–2007) ; HANS CASPAR VON DER CRONE (1998–2004) ; LUC THÉVÉNOZ (1999–2001; 2008–2015) ; HENRY PETER (2004–2015) ; SUSAN EMMENEGGER (2005–2016) ; REGINA KIENER (2008–2013) ; FRANCA CONTRATTO (ab 2015) ; JEAN-LUC CHENAUX (ab 2015) ; MIRJAM EGGEN (ab 2017) ; ANNE HERITIER LACHAT (2000–2004), Richterin, Anwältin und spätere Professorin an der Universität Genf (und noch spätere Verwaltungsratspräsidentin der FINMA), wird hier dem professoralen Kreis zugerechnet.

³⁸ Präsidenten : ALAIN HIRSCH (1998) ; HANS CASPAR VON DER CRONE (1999–2004) ; LUC THÉVÉNOZ (2008–2015) ; Vize-Präsidentinnen : ANNE HÉRITIER LACHAT (2004) ; CLAIRE HUGUENIN (2005–2007) ; SUSAN EMMENEGGER (2014–2016) ; JEAN-LUC CHENAUX (ab 2017).

³⁹ ALAIN HIRSCH als Präsident (im Jahr 1998 auch Präsident der UEK) ; PETER FORSTMOSER als Mitglied.

⁴⁰ GÜNTHER SCHULTZ, VRP KPMG Fides Peat Zürich (bis 1998 ; vorher schon Mitglied der Kommission für Regulierungsfragen) ; MAYA BAUER-BALMELLI (1999–2007) damals Partnerin bei der Prüfgesellschaft Arthur Anderson, ab 2003 Partnerin bei Pestalozzi Rechtsanwälte, Zürich; THOMAS RUFER (ab 2007), damals Vizepräsident der Revisionsaufsichtsbehörde (später Präsident der RAG und u.a. Verwaltungsrat der Berner Kantonalbank), vormals u.a. Partner und Delegierter des Verwaltungsrats der Prüfgesellschaft Arthur Anderson.

⁴¹ GÜNTHER SCHULTZ, Verwaltungsratspräsident der KPMP Fides Peat.

⁴² THOMAS VETTIGER (ab 2015), Managing Partner IFBC AG.

Auf der anderen Seite lässt sich nicht übersehen, dass der gesetzliche Auftrag zur Bestellung von Anleger-Vertretern mit einiger Verzögerung umgesetzt wurde. Eine Expertin aus dem Fachkreis der institutionellen Anleger wurde erstmals im Jahr 2008 ernannt ;⁴³ dabei ist es bislang geblieben. In der Kommission für Regulierungsfragen war diese Gruppe noch nicht vertreten.

Gesetzeskonformität ist hingegen bei den Banken (Effektenhändlern) gegeben. Sie stellten – mit einer Ausnahme⁴⁴ – von 1998 bis 2011 jeweils zwei Mitglieder.⁴⁵ Herausragend ist die Rolle der Genfer Privatbanken ; sie hatten bereits in der Kommission für Regulierungsfragen Einsitz.⁴⁶ Das ist heute noch so – wenn auch der Stab im Laufe der Zeit an eine andere Genfer Privatbank weitergegeben wurde.⁴⁷

Auch bei den kotierten Gesellschaften bildet die Realität den gesetzlichen Auftrag ab. Von 1998 bis 2007 stellten die Emittenten jeweils drei und einmal (2002) sogar vier Mitglieder, und zwar über all diese Jahre aus den Bereichen Pharma, Versicherungen und baunahe Industrie.⁴⁸ Ab 2008 stellten diese Industriezweige allerdings nur noch mit ein Mitglied⁴⁹ – die Globalisierung hinterlässt hier deutliche Spuren, längst nicht mehr sind die Führungsriege von Schweizer

⁴³ SUSAN HAURY VON SIEBENTHAL (ab 2008), damals Leiterin Asset Management und Geschäftsleitungsmitglied der Pensionskasse des Bundes Publica, später u.a. Verwaltungsrätin beim Vermögensverwalter Blackrock Schweiz.

⁴⁴ Im Jahr 2001 war einzig THIERRY DE MARIGNAC (2000-2011) als Bankenvertreter in der UEK tätig.

⁴⁵ 1998–1999 : JEAN-PAUL CHAPUIS, Delegierter der Schweizerischen Bankiervereinigung ; JEAN A. BONNA, Partner Lombard, Odier & Cie. 2000–2001 ; THIERRY DE MARIGNAC, Partner Mirabaud & Cie. 2002–2011 ; THIERRY DE MARIGNAC, Mirabaud & Cie ; WALTER KNABENHANS, Verwaltungsratspräsident Bellevue Group AG. Ab 2012 : LIONEL AESCHLIMANN, Partner Mirabaud & Cie ; THOMAS MÜLLER, CFO Bank J. Sarasin AG, ab 2016 CEO Bank BSI, ab 2018 Verwaltungsratsmitglied Raiffeisen Schweiz.

⁴⁶ PIERRE LARDY, Pictet & Cie.

⁴⁷ JEAN A. BONNA, Lombard, Odier & Cie (1998–1999) ; THIERRY DE MARIGNAC, Mirabaud & Cie (2000–2011) ; LIONEL ASCHLIMANN, Mirabaud & Cie (ab 2012).

⁴⁸ PETER HÜGLE (1998–2003), Geschäftsleitungsmitglied Swiss Re ; ALFRED SPÖRRI (1998–2007), Geschäftsleitungsmitglied und CFO Schindler Holding AG ; ULRICH OPPIKOFER (1998–2003), Konzern-Rechtsabteilung, Novartis AG ; überschneidend dazu RAYMUND BREU (2002–2013), Leiter Finanzen Konzern, Geschäftsleitungsmitglied, Novartis AG, später u.a. auch Verwaltungsratsmitglied der Swiss Re.

⁴⁹ RAYMUND BREU (2002–2013), Leiter Finanzen Konzern, Geschäftsleitungsmitglied, Novartis AG, später u.a. auch Verwaltungsratsmitglied der Swiss Re ; BEAT FELLMANN (ab 2014), damals CFO Implan AG. Mitglieder bei börsenkotierten Banken waren THOMAS MÜLLER (2012 bis 2015 bei der Bank J. Safra Sarasin AG) ; WALTER KNABENHANS (2002 bis 2011 bei der Bellevue Group AG).

Konzernen der Landessprache mächtig und mit dem Schweizer Milizsystem vertraut.

Umgesetzt wurde schliesslich der gesetzliche Auftrag zu einer angemessenen Vertretung der Geschlechter. Claire Huguenin, Professorin für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich, nahm 1998 bereits in der ersten Zusammensetzung der Kommission als Mitglied Einsitz.⁵⁰ Ab Anfang 2000 waren, bis auf eine Ausnahme,⁵¹ stets drei Frauen in der UEK vertreten.⁵² Was noch fehlt, ist eine feministische Analyse des Übernahmerechts !

Vivat

Vivat academia, vivat professors ! Der Jubilar hat während eines guten Jahrzehnts die Geschehnisse der öffentlichen Kaufangebote mitgestaltet. Nicht nur konnte mit seiner Person ein praktischer und wissenschaftlicher Experte im Börsen- und Gesellschaftsrecht gewonnen werden ;⁵³ als im Tessin wohnhafter Genfer gab er gleichzeitig mehrere Sprachregionen der Schweiz eine Stimme. Angefangen mit der Entscheidung Società Electtrica Sopraceneri vom 13. Mai 2004, hat er die wilden Jahre der feindlichen und der heimlichen Übernahmen erlebt und mitgeprägt, später dann den Übergang der UEK zu einer Behörde mit Verfügungskompetenz. Er war ein sprichwörtlicher Fels in der Brandung, der auch in Tagen und Nächten der Hektik den Blick für versteckte Details behielt und trotzdem nie den Überblick verlor. Mit dieser Festschrift wird er gefeiert, vivat Henry – semper sit in flore !

⁵⁰ CLAIRE HUGUENIN, Mitglied von 1998–2007.

⁵¹ Ausnahme bildet das Jahr 2014, als von acht Mitgliedern lediglich zwei Frauen waren.

⁵² Weibliche Mitglieder waren ab 2000 : CLAIRE HUGUENIN (1998–2007) ; MAJA BAUER-BALMELLI (1999–2007) ; ANNE HÉRITIER LCHAT (2000–2004) ; SUSAN EMMENEGGER (2005–2016) ; REGINA KIENER (2008–2013) ; SUSANNE HAURY VON SIEBENTHAL (ab 2008) ; FRANCA CONTRATTO (ab 2015) ; MIRJAM EGGEN (ab 2017).

⁵³ Der Jubilar war in seiner Zeit als UEK-Mitglied unter anderem auch Mitglied des Verwaltungsrats der Pensionskasse der Stadt Lugano (Anleger) und Mitglied des Verwaltungsrats der Swiss Life Holding (kotierte Gesellschaft).

Literaturverzeichnis

- BARTHOLD, BEAT M. / ISLER, MARTINA, Art. 126 FinfraG in : Kommentar zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz FinfraG, Zürich 2017
- BERNET, ROBERT, Die Regelung öffentlicher Kaufangebote im neuen Börsengesetz (BEHG), Eine Darstellung der Pflichten des Anbieters und des Verwaltungsrats der Zielgesellschaft unter Einschluss sämtlicher Verordnungen, Bern 1998
- GERICKE, DIETER / WIEDMER, KARIN, Kommentar Übernahmeverordnung (UEV), Kommentierung der Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. August 2008 (SR 954.195.1), Zürich 2011
- HARIRI, PUYA REZAI, Übernahmerecht und Aufsicht, Eine reformperspektivische Untersuchung unter Berücksichtigung der Aufsichtsstrukturen des Vereinigten Königreichs, Österreichs und der Schweiz, Berlin 2015
- HIRSCH, ALAIN, The Swiss Takeover Board, in : SZW Sondernummer 1997, S. 71-77
- HUNOLD, ALBERT, Die schweizerischen Effektenbörsen, Zürich 1949
- PETER, HENRY, Les Offres Publiques d'Achat en Suisse: Analyse et évolution, en particulier depuis l'entrée en vigueur du nouveau « Code Suisse des OPA », in : SZW 1990, S. 153-170
- PETER, HENRY/BOVEY PASCAL, Droit suisse des OPA, Bern 2013
- SCHENKER, URS, Schweizerisches Übernahmerecht, Bern 2009
- SENN, MYRIAM, Die Übernahmekommission nach dem Börsengesetz, in : AJP 1997, S. 1177-1184
- STEINMANN, MARKUS, Präventive Abwehrmassnahmen zur Verhinderung unfreundlicher Übernahmen mit Mitteln des Aktienrechtes, Grösch 1989
- TSCHÄNI, RUDOLF / DIEM, HANS-JAKOB / WOLF, MATTHIAS, Das revidierte Recht der öffentlichen Kaufangebote, in : GesKR 2009, S. 87-95
- TSCHÄNI, RUDOLF / IFFLAND, JACQUES / DIEM, HANS-JAKOB, Art. 138-140 FinfraG, in : Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz / Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2018
- TSCHÄNI, RUDOLF, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Basel 1991
- WEBER, ROLF H., Börsenrecht Kommentar, Börsengesetz (BEHG) mit weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2013
- ZOBEL, DIETER, in : Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000

Materialien

Amtliches Bulletin des Ständerats, Wintersession 1993, neunte Sitzung

Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I, S. 1369–1462

Bundesblatt Nr. 13 vom 4. April 1995, Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. März 1995, BBl 1995 II, S. 419–435.
Schweizerischer Übernahme-Kodex der Vereinigung der Schweizer Börsen vom 1. September 1989 (auch abgedruckt bei PETER, HENRY, SZW 1990, S. 167–169 ; Centre d'Etudes Juridiques Européennes de la Faculté de Droit de Genève, Colloque « Les prises de participations : l'exemple des offres publiques d'achat », Lausanne 1990, S. 720–723)