

<b>I. Alemania</b> 1. Derecho Societario	<b>II. Austria</b> 1. Derecho Societario  <b>III. Schweiz</b> 1. Derecho de la Competencia  2. Derecho Societario	<b>IV. España</b> 1. Derecho Comercial y Financiero	<b>I. Deutschland</b> 1. Gesellschaftsrecht	<b>II. Österreich</b> 1. Gesellschaftsrecht  <b>III. Schweiz</b> 1. Wettbewerbsrecht  2. Gesellschaftsrecht	<b>IV. Spanien</b> 1. Handels- und Finanzrecht
---	---	--	--	---	---

## I. Alemania



### 1. Derecho Societario

#### **Tribunal Federal Supremo Alemán: Negativa al tratamiento privilegiado de cash pooling**

Como ya se señaló en la anterior edición de esta revista, el Tribunal Superior de Justicia Alemán ("BGH") se posicionó el 16 de enero de 2006 mediante dos decisiones paralelas (II. ZR 75/04 y II. ZR 76/04) acerca de sistemas de cash pool en las GmbHs (sociedad de responsabilidad limitada) alemanas. Entretanto dichas sentencias han sido publicadas en su totalidad y como anunciábamos en el número anterior serán presentadas a continuación.

Resumiendo se puede en principio afirmar, que el BGH ha negado de hecho cualquier tipo de tratamiento privilegiado de cash pool, de manera que tanto la constitución como el mantenimiento de cash pools en el caso de la GmbH alemana siguen siendo problemáticos.

## I. Deutschland



### 1. Gesellschaftsrecht

#### **Bundesgerichtshof: Keine Privilegierung von Cash Pools**

Wie in der letzten Ausgabe dieses Newsletters bereits besprochen, hat der BGH am 16. Januar 2006 in zwei parallelen Entscheidungen (II. ZR 75/04 und II. ZR 76/04) Stellung zu Cash Pools bei der deutschen GmbH genommen. Zwischenzeitlich wurden diese Urteile vollumfänglich veröffentlicht und werden nun, wie in der letzten Ausgabe angekündigt dargestellt.

Zusammenfassend lässt sich bereits vorweg festhalten, dass der BGH in der Tat jeglicher Privilegierung eine Absage erteilt hat, so dass das Einrichten und Unterhalten eines Cash Pools bei der deutschen GmbH nach wie vor höchst problematisch bleibt.

---

## El supuesto de hecho

En las sentencias concernientes a este supuesto de hecho, el BGH se tuvo que enfrentar a la resolución de la cuestión acerca de si en el marco de un aumento de capital dinerario, la aportación se ha realizado de manera efectiva en los casos en que el importe del aumento de capital se ingrese en un principio y hasta el momento de su registro en una cuenta bancaria especialmente constituida para la sociedad y después dicho importe sea transferido a una cuenta subsidiaria, la cual a su vez está involucrada en un sistema de cash pool.

## La decisión del BGH

El BGH afirmó en esta decisión la existencia de una aportación in natura oculta.

De acuerdo con la jurisprudencia permanente del BGH, existe una aportación in natura oculta, cuando la aplicación de las normas relativas a la aportación in natura intentan ser burladas, y este es el caso cuando habiéndose acordado un depósito bancario sin embargo lo que la sociedad recibe es - desde el punto de vista económico y como consecuencia de un acuerdo verbal tomado en relación con la absorción- una aportación in natura. Se presume la existencia de un acuerdo verbal semejante cuando entre la imposición del importe de la aportación y la acción en contrario existe una conexión objetiva y temporal.

Del mismo modo puede existir una aportación in natura oculta, cuando terceros desde el punto de vista de la sociedad o del depositante, estén involucrados. Concretamente no se requiere la identidad personal entre el depositante y el receptor del depósito. Es suficiente con que el favorecimiento del depositante -mediante la prestación del tercero o al tercero- sea comparable con la prestación indirecta al depositante. Este es el caso cuando la aportación se realiza en favor de la sociedad controlada por el depositante, con independencia de que la sociedad sea controlada conjuntamente por más de un depositante.

Tomando en consideración estas condiciones, el BGH afirma la existencia de una aportación in natura oculta. Dinero, que es ingresado en una cuenta bancaria especialmente abierta para el aumento de capital de la GmbH y sólo apenas un mes después es transferido a su cuenta comercial,

## Der Sachverhalt

In dem den Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalt musste sich der BGH mit der Frage beschäftigen, ob im Rahmen einer Barkapitalerhöhung die Einlage wirksam geleistet worden ist, wenn der Kapitalerhöhungsbetrag bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung zunächst auf einem für die Gesellschaft errichteten Sonderkonto einbezahlt wird, der Betrag jedoch später auf ein Nebenkonto überwiesen wird, das seinerseits wiederum in ein Cash Pool System einbezogen ist.

## Die Entscheidung des BGH

Der BGH bejaht in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt eine verdeckte Sacheinlage.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH liegt eine verdeckte Sacheinlage vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bankeinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme getroffene Absprache einen Sachwert erhalten soll. Eine solche Absprache wird dabei vermutet, wenn zwischen der Einzahlung des Einlagebetrages und dem Gegengeschäft ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht.

Eine verdeckte Sacheinlage kann dabei auch dann vorliegen, wenn Dritte auf Seiten der Gesellschaft oder des Einlegenden beteiligt sind. Insbesondere ist personelle Identität zwischen Einleger und Auszahlungsempfänger nicht erforderlich. Es reicht vielmehr aus, dass die dem Einlegenden durch die Leistung des Dritten bzw. an den Dritten vermittelte Begünstigung vergleichbar ist mit der unmittelbaren Leistung an den Einleger. Das ist stets bei Leistungen an die vom Einlegenden beherrschte Gesellschaft der Fall, und zwar selbst dann, wenn die Gesellschaft durch mehrere Inferenten gemeinsam beherrscht wird.

Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen bejaht der BGH das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage. Gelder, die einer GmbH zum Zweck einer Barkapitalerhöhung zufließen und nur knapp einen Monat später von einem zum Zwecke der Kapitalaufbringung eingerichteten Sonderkonto

desde la cual el montante total de la aportación –en base a un acuerdo de cash pool existente-, se pasa al crédito de la cuenta bancaria de la central de la sociedad de financiación dominada por el depositante, no ha sido puesto a la libre disposición de la administración de la GmbH. Sino que lo que ha recibido la GmbH considerándolo desde un punto de vista económico es la liberación de una deuda que la GmbH tenía frente a la sociedad de financiación. Por lo que en consecuencia lo que hay es un ir y venir de ingresos del importe en efectivo y la GmbH en vez de recibir una aportación dineraria lo que recibe es la liberación de la obligación de pago de una deuda de empréstito como aportación in natura oculta.

La consecuencia jurídica de una aportación in natura oculta es, tanto para el negocio jurídico obligatorio como para el negocio jurídico de carácter real - llevado a cabo en relación con la prestación de la aportación- de acuerdo con la aplicación analógica del art. 27 párr. 3 de la Ley de sociedades anónimas alemana (AktG), la nulidad.

En esta situación jurídica no cambia nada el hecho de que la aportación de capital en relación con el aumento de capital haya tenido lugar en el marco de un sistema de cash pool. También las sociedades de responsabilidad limitada involucradas en un sistema de cash pool tienen que atenerse, tanto en su constitución como cuando sufran un aumento de capital, a las disposiciones reguladoras de aportaciones de capital contenidas en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada alemana (“GmbHG”) así como a los principios jurisprudenciales desarrollados en las altas esferas judiciales.

Tampoco se deriva un enjuiciamiento distinto en base a la posibilidad que tienen las GmbHs involucradas en un cash pool de exigir el retorno parcial de sus deudas de empréstito en el caso de sufrir saldos negativos. Debido a que tampoco este acuerdo cambia en absoluto el hecho de que los administradores de la GmbH no han tenido a su plena disposición el importe del aumento de capital.

### La valoración de la decisión

Mediante esta decisión el BGH ha contradicho las voces en la literatura que pretenden no aplicar las reglas generales sobre aportaciones y mantenimiento de capital en casos de cash pool

der GmbH auf deren Geschäftskonto weitergeleitet werden, von wo aus die gesamte Einlage auf Grund der bestehenden Cash Pool Abrede dem Zielkonto der von den Einlegern beherrschten zentralen Finanzierungsgesellschaft gutgeschrieben wird, wurden der Geschäftsführung der GmbH nicht zur freien Verfügung überlassen. Vielmehr sei an die GmbH bei wirtschaftlicher Betrachtung nur die Befreiung von der gegenüber der Finanzierungsgesellschaft bestehenden Darlehensschuld geleistet worden, mit der Folge, dass hier ein Hin- und Herzahlen des Bareinlagebetrags vorliege und der GmbH anstelle einer Geldeinlage die Befreiung von einer Darlehensverbindlichkeit als verdeckte Sacheinlage zugeflossen sei.

Die Rechtsfolge einer verdeckten Sacheinlage ist, dass sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungs- als auch das dingliche Erfüllungsgeschäft bezüglich der Einlageleistung analog § 27 Abs. 3 AktG nichtig ist.

An dieser Rechtslage ändere sich auch nichts dadurch, weil der Kapitalaufbringungs Vorgang bei der Kapitalerhöhung im Rahmen eines Cash Pool Systems stattgefunden habe. Auch die in ein Cash Pool System einbezogenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung unterliegen – ohne das ein Sonderrecht für diese Art der Finanzierung anerkannt werden könnte – bei der Gründung und der Kapitalerhöhung den Kapitalaufbringungs-vorschriften des GmbH Gesetz und den dazu von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.

Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht dadurch, dass die GmbH auf Grund der Cash Pool Vereinbarungen die Möglichkeit hat, im Falle eines negativen Saldos die partielle Rückführung ihrer Darlehensverbindlichkeit zu verlangen. Denn auch diese Vereinbarung ändere nichts daran, dass eine uneingeschränkte und endgültige freie Verfügungsmacht der Geschäftsführer der GmbH über die Kapitalerhöhung nicht bestehe.

### Die Bewertung der Entscheidung

Mit dieser Entscheidung hat der BGH Stimmen in der Literatur, die beim Cash Pools die allgemeinen Regeln über Kapitalaufbringung- und Erhaltung

(privilegio de cash pool). De acuerdo con esta decisión del BGH del año 2006 no cabe duda alguna de que las normas sobre aportaciones y mantenimiento de capital también tienen que ser aplicadas en casos de cash pooling. Para poder incluir en un sistema de cash pooling sociedades alemanas pertenecientes a un consorcio sobre el trasfondo de las normas de la GmbHG y de la jurisprudencia del BGH, se precisa un considerable asesoramiento jurídico, como ya se señaló en el último número. Para reducir casos de riesgos de responsabilidad por parte de socios y de administradores, es por ello necesario, que:

- la administración de la GmbH alemana tenga frente a su holding así como frente a la sociedad que conduce el cash pool (en caso de ser diferentes) un extenso derecho de información sobre el status financiero;
- la administración de la GmbH, se retire del cash pool tan pronto sospeche o perciba, mediante el ejercicio de su derecho de información, el peligro de aparición de una situación de riesgo financiero;
- los derechos de crédito de la GmbH participante frente al cash pool mantengan su valor realizable;
- que la GmbH participante en el cash pool cierre un contrato de dominación de grupo con su holding (un contrato de comunidad de resultados no es suficiente);
- en el marco de un aumento de capital dinerario, el capital en efectivo esté a la libre disposición de los administradores.

## Resumen

Tras esta sentencia del BGH concerniente al aumento de capital dinerario en el marco de un sistema de cash pool no puede recomendarse – como ya se afirmó en el último número –, la ignorancia de las estrictas medidas de protección previstas para las GmbHs. La constitución y el mantenimiento de un cash pool siguen estando repletos de exigencias y de riesgos de responsabilidad.

nicht anwenden wollen (Privilegierung des Cash Pools) eine Absage erteilt. Nach dieser Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2006 kann es keinen Zweifel mehr geben, Kapitalerhaltungs- und Kapitalaufbringungsregelungen auch und gerade beim Cash Pooling anwendbar sind. Um vor dem Hintergrund der Regelungen des GmbH Gesetzes und der Rechtsprechung des BGH bei einem Konzern auch deutsche Gesellschaften in das Cash Pooling einbeziehen zu können, ergibt sich beim Cash Pooling ein erheblicher Rechtsberatungsbedarf, wie bereits in der letzten Ausgabe dargestellt worden ist. Um Haftungsrisiken der Gesellschafter und der Geschäftsführer zu reduzieren, ist es daher notwendig, dass:

- die Geschäftsführung der deutschen GmbH gegenüber ihrer Holding sowie gegenüber der dem Cash Pool führenden Gesellschaft (falls verschieden) umfassende Informationsrechte über den Finanzstatus hat;
- die Geschäftsführung der GmbH, sobald sie durch Ausübung dieser Informationsrechte den Eindruck gewinnt, dass eine finanzielle Schieflage eintritt, sofort aus dem Cash pool austritt;
- die Forderungen der teilnehmenden GmbH gegen den Cash Pool stets werthaltig sind;
- die am Cash Pool teilnehmende GmbH einen Beherrschungsvertrag mit ihrer Holding abschließt (ein Ergebnisabführungsvertrag ist nicht ausreichend);
- im Rahmen einer Barkapitalerhöhung das Barkapital den Geschäftsführern ständig zur freien Verfügung steht.

## Ausblick

Nach diesem neuen Urteil des BGH zur Barkapitalerhöhung im Cash Pool kann – wie bereits in unserer letzten Ausgabe hin erwähnt – nicht empfohlen werden, von den strengen Schutzmaßnahmen für die GmbH abzuweichen; das Einrichten und Unterhalten eines Cash Pools bleibt anspruchsvoll und haftungsträchtig für alle Beteiligten.

## II. Austria



### 1. Derecho Societario

**Reforma de la Ley austriaca sobre ofertas públicas de adquisición. Nueva Ley acerca del derecho de venta forzosa de los socios minoritarios.**

#### A. Reforma de la Ley austriaca sobre ofertas públicas de adquisición

En base a la Directiva Europea 2004/25/CE relativa a las ofertas públicas de adquisición ("Directiva") ha sido recientemente reformada la Ley austriaca sobre ofertas públicas de adquisición. Las reformas han entrado en vigor el 20 de mayo de 2006.

#### Cambios en la Ley austriaca de ofertas públicas de adquisición.

##### 1. Delimitación de "porcentaje de control"

Dentro de la reforma se incorpora a la Ley de ofertas públicas una definición del término "porcentaje de control". Se supone (suposición refutable) que existe un porcentaje de control cuando una misma persona física o jurídica posee directa o indirectamente valores de una sociedad que le confieren más del 30% de los derechos de voto de esa sociedad. La posesión de un porcentaje de control obliga a su titular a presentar una oferta. La adquisición de valores de una sociedad que le confieran menos del 30% de los derechos de voto de esa sociedad no obligará a su titular, en ningún caso, a presentar una oferta ("safe harbor"). No obstante hay que tener en cuenta que la adquisición de valores de una sociedad que confieran a su titular más del 26% de los derechos de voto de esa sociedad (aunque menos del 30%) conlleva a la automática suspensión de los derechos de voto, que sobrepasen el límite del 26%. Esta suspensión podrá ser levantada por la Comisión supervisora de la oferta pública a solicitud del interesado.

##### 2. Adquisición pasiva de control

En caso de que la adquisición del control sea pasiva no será obligatoria la presentación de una oferta. Una adquisición pasiva de control se

## II. Österreich



### 1. Gesellschaftsrecht

**Änderung des österreichischen Übernahmegesetzes. Neues Gesetz zum Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern**

#### A. Änderung des österreichischen Übernahmegesetzes

Auf der Grundlage der Europäischen Richtlinie 2004/25/EG zu Übernahmeangeboten ("Richtlinie") wurde das Übernahmegesetz kürzlich geändert. Die Änderungen sind am 20. Mai 2006 in Kraft getreten.

#### Änderungen am Übernahmegesetz

##### 1. Definition der "kontrollierenden Beteiligung"

Durch die Änderung wurde nunmehr eine Definition des Begriffs "kontrollierende Beteiligung" aufgenommen. Eine kontrollierende Beteiligung liegt demnach vor (widerlegbare Vermutung), wenn mehr als 30% der stimmberechtigten Aktien einer Zielgesellschaft direkt oder indirekt von einer natürlichen oder juristischen Person gehalten werden, d.h. das Überschreiten von 30 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft löst ein Pflichtangebot aus. Der Erwerb von Stimmrechten unterhalb der 30% Grenze löst in keinem Fall ein Pflichtangebot aus ("safe harbor"). Zu beachten ist jedoch, dass der Erwerb von Stimmrechten an der Zielgesellschaft von mehr als 26 % (jedoch weniger als 30%) zu einer automatischen Suspendierung derjenigen Stimmrechte führt, die die Grenze von 26% überschreiten. Auf Antrag kann diese Suspendierung durch die Übernahmekommission aufgehoben werden.

##### 2. Passive Kontrollerrlangung

Im Falle einer passiven Kontrollerrlangung besteht keine Verpflichtung, ein Pflichtangebot abzugeben, wenn der Übernehmende zum

produce cuando en el momento de la adquisición, el adquirente no puede razonablemente esperar obtener el control. Sin embargo, dicha adquisición de control deberá ser notificada a la Comisión supervisora de la oferta pública. Además no podrán ser en principio ejercitados los derechos de voto fundamentados en un porcentaje de capital superior al 26%. Dicha restricción al derecho de voto podrá ser suprimida mediante la presentación de una oferta así como mediante la presentación de una solicitud ante la Comisión para la sustitución de la supresión del ejercicio del derecho de voto por la imposición de requisitos y condiciones.

### 3. Precio equitativo

El precio mínimo por acción de la sociedad afectada en una oferta orientada a la adquisición de porcentaje de control ya sea voluntaria o forzosa, deberá ascender a (i) el precio medio cotizado en bolsa dentro de los últimos 6 meses inmediatamente precedentes a la adquisición del porcentaje de control, o (ii) el precio más alto que los oferentes hubiesen pagado en el plazo de los últimos 12 meses (precio de oferta mínimo), dependiendo de la alternativa de la que resulte el precio más alto. Con anterioridad a la reforma, el precio de la oferta podía ser reducido en un 15%. Con la transposición de la Directiva al derecho austriaco interno se prohíben este tipo de reducciones en orden a cumplimentar el principio de igual tratamiento de todos los accionistas.

### 4. Código de práctica requerido por la empresa afectada

A partir del momento en el que la sociedad afectada tiene conocimiento de la intención del oferente de presentar una oferta pública y hasta el momento de la publicación de la oferta, en caso de efectuar la adquisición hasta la ejecución de la oferta, los órganos de administración o dirección de sociedad afectada requerirán la autorización de la junta general para llevar a cabo cualquier tipo de medida que pudiese poner en peligro o perjudicar el éxito de la oferta. No obstante se permite la búsqueda de ofertas públicas competitivas obrando en interés de la sociedad. Además el órgano de administración o dirección de la sociedad deberá presentar inmediatamente tras la presentación de la oferta un dictamen relativo a las repercusiones de la aplicación de la oferta en la sociedad. Dicho dictamen podrá incluir razones para denegar la

Zeitpunkt des Erwerbs der Beteiligung vernünftigerweise nicht damit rechnen musste, die Kontrolle zu erlangen. Nichtsdestotrotz muss die Übernahmekommission über die passive Kontrollerlangung in Kenntnis gesetzt werden. Stimmrechte, die über eine Beteiligung von 26% hinausgehen, können grundsätzlich nicht ausgeübt werden. Diese Stimmrechtsbeschränkung kann nach Abwicklung eines Angebots oder wenn sie auf Antrag des Beteiligten von der Übernahmekommission aufgehoben und stattdessen Bedingungen und Auflagen festgelegt werden, entfallen.

### 3. Mindestpreis

Der Mindestpreis für Anteile der Zielgesellschaft im Rahmen eines obligatorischen oder freiwilligen Angebots, gerichtet auf den Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung, entspricht entweder (i) dem durchschnittlichen an der Börse innerhalb der letzten 6 Monate, die der Übernahme des kontrollierenden Beteiligung unmittelbar vorausgehen, gehandelten Aktienkurs oder (ii) dem höchsten vom Bieter innerhalb der letzten 12 Monate bezahlten Preis ("Mindestangebotspreis"), je nachdem welche Alternative den höheren Preis ergibt. Vor der Änderung konnte dieser Mindestangebotspreis um 15% herabgesetzt werden. Nach der Umsetzung der Richtlinie in österreichisches Recht sind solche Herabsetzungen verboten, um dem Prinzip der Gleichbehandlung von Anteilsinhabern zu genügen.

### 4. Verhaltenspflichten der Zielgesellschaft

Ab dem Zeitpunkt, zu dem der Zielgesellschaft die Absicht des Bieters, ein Angebot abzugeben, bekannt wird, bis zur Veröffentlichung des Ergebnisses, bei Zustandekommen der Übernahme bis zur Durchführung des Angebots, benötigen Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft für alle Maßnahmen, durch die das Angebot verhindert werden könnte, der Zustimmung der Hauptversammlung zu der konkreten Maßnahme. Ausgenommen hiervon ist die Suche nach konkurrierenden Angeboten. Darüber hinaus sind Vorstand und Aufsichtsrat verpflichtet, unverzüglich nach der Veröffentlichung der Angebotsunterlage eine mit Gründen versehene Stellungnahme zu dem Angebot zu verfassen. Diese Stellungnahme kann auch Argumente für die Ablehnung des Angebots anführen.

oferta presentada.

De acuerdo con el artículo 12 de la Directiva Europea, los estados miembros tendrán la posibilidad de tomar las medidas necesarias para hacer inefectivas las restricciones a la transferencia de acciones, que se estableciesen en los estatutos de la sociedad afectada inmediatamente después de la publicación de la oferta. Esta posibilidad no ha sido aplicada en Austria, por lo que las sociedades austriacas tienen todavía la posibilidad de incluir este tipo de restricciones en sus estatutos. Los estatutos de la sociedad podrán disponer la facultad del oferente para convocar una junta general de socios, tras la presentación de una oferta, en la cual el oferente podrá despedir a los miembros del órgano de dirección y nombrar nuevos miembros. Requisito de dicha potestad es que el oferente posea valores en esa sociedad que le confieran un 75% de los derechos de voto de esta.

#### **B. Nueva Ley reguladora de la exclusión de accionistas minoritarios**

En el curso de la transposición al derecho interno austriaco de la nombrada Directiva se promulgó una Ley reguladora de la expulsión de los socios minoritarios. La nueva Ley entró en vigor el 20 de mayo de 2006.

De acuerdo con la nueva Ley un socio mayoritario que posea por lo menos el 90% de las acciones de la sociedad, tiene el derecho de excluir a los socios minoritarios ofreciendo como contrapartida una compensación dineraria adecuada. El derecho de exclusión tiene una vigencia general y no resulta limitado – tal y como se prevé en la Directiva – en un principio, por un deber de presentación de una oferta de adquisición por parte del socio mayoritario frente a los socios minoritarios. Los socios minoritarios no estarán habilitados para bloquear dicha exclusión, si bien tienen el derecho de que un órgano judicial independiente examine si el montante de la compensación ofrecida es adecuado. En el caso de que una expulsión vaya precedida por una oferta de adquisición, se presumirá, que la contraprestación dispuesta en la oferta de adquisición es adecuada, cuando en caso de aceptación de la oferta el oferente adquiriese una participación que represente al menos el 90% del capital de la sociedad afectada.

Artikel 12 der Richtlinie räumt den Mitgliedsstaaten das Recht ein, anzuordnen, dass alle Einschränkungen hinsichtlich der Übertragung von Anteilen, die in der Satzung der Gesellschaften enthalten sind, unwirksam werden, sobald das Übernahmeangebot veröffentlicht wird. Österreich hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Österreichische Gesellschaften haben weiterhin die Möglichkeit, Einschränkungen bezüglich der Übertragung von Anteilen in ihre Satzung aufzunehmen. Darüber hinaus kann der Bieter, falls die Satzung dies vorsieht, im Anschluss an die Bekanntgabe eines Übernahmeangebots, bei dem der Bieter 75% oder mehr der Stimmrechte der Zielgesellschaft innehat, eine Hauptversammlung einberufen, in der er das Recht hat, Mitglieder des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans zu ernennen oder abzuberufen.

#### **B. Neues Gesetz zum Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern**

Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie wurde auch ein neues Gesetz über den Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern erlassen. Das neue Gesetz ist am 20. Mai 2006 in Kraft getreten.

Nach dem neuen Gesetz hat ein Gesellschafter, der mindestens 90% der Anteile der Gesellschaft innehat, das Recht, die verbleibenden Anteilsinhaber gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung auszuschließen. Das Ausschlussrecht gilt generell und wird nicht dadurch eingeschränkt, dass – wie in der Richtlinie vorgesehen – den Minderheitsgesellschaftern zunächst ein Übernahmeangebot unterbreitet werden müsste. Die Minderheitsgesellschafter haben keine rechtliche Möglichkeit, den Ausschluss zu verhindern. Sie haben aber das Recht, die Angemessenheit der für ihre Anteile gewährten Barabfindung gerichtlich überprüfen zu lassen. Für den Fall, dass einem Übernahmeangebot ein Anschluss nachfolgt, wird vermutet, dass die im Übernahmeangebot festgelegte Gegenleistung angemessen ist, wenn bei Annahme des Angebotes der Bieter Anteile erhält, die nicht weniger als 90% des Kapitals der Zielgesellschaft ausmachen.

### III. Suiza



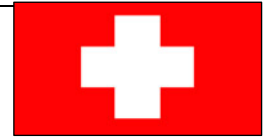
#### 1. Derecho de la Competencia

##### Soborno – Reforma en la Ley federal contra la competencia desleal

Suiza ha ratificado la Convención de derecho penal sobre la corrupción aprobada por el Consejo de Europa el 27 de enero de 1999. Como consecuencia de esta ratificación se han producido determinados cambios en la Ley federal contra la competencia desleal (“UWG”):

- El art. 4 letra b de la UWG ha sido derogado.
- Nueva regulación del art. 4a UWG sobre el soborno activo y pasivo en el tráfico jurídico de carácter privado. En este sentido, actúa deslealmente quien ofrezca, prometa o garantice a un empleado, un socio, un representante u otros colaboradores de un tercero la obtención de una ventaja inapropiada a cambio de una acción u omisión en contra de sus obligaciones o potestades discrecionales en relación con su servicio o actividad profesional en el sector privado que le beneficie a él o a un tercero (soborno activo).
- Del mismo modo actúa deslealmente, aquel que como empleado, socio, representante o como otro tipo de colaborador de un tercero en el sector privado exige, se deja prometer o acepta la obtención de una ventaja inapropiada para él o para un tercero a cambio de una acción u omisión contraria a sus obligaciones o potestades discrecionales en relación con su servicio o actividad profesional (soborno pasivo).
- No se entenderán como ventajas inapropiadas aquellas que hubiesen sido autorizadas contractualmente por terceros así como aquellas ventajas usuales insignificantes.
- De acuerdo con el art. 23 párr. 1 UWG el soborno activo o pasivo en el tráfico privado se persigue -previa demanda del interesado- también como delito penal pudiendo su autor

### III. Schweiz



#### 1. Wettbewerbsrecht

##### Privatbestechung - Änderungen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Die Schweiz hat das Strafrechtsübereinkommen des Europarates vom 27. Januar 1999 über Korruption genehmigt. Als Folge dieser Genehmigung hat auch das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb („UWG“) gewisse Änderungen erfahren:

- Art. 4 lit. b UWG wurde aufgehoben.
- Neu regelt Art. 4a UWG die aktive und die passive Bestechung im Privatverkehr. Demnach handelt unlauter, wer einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zugunsten eines Dritten, einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt (aktive Bestechung).
- Ebenfalls unlauter handelt, wer als Arbeitnehmer, als Gesellschafter, als Beauftragter oder als andere Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit seiner dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt (passive Bestechung).
- Vertraglich von Dritten genehmigte sowie geringfügige, sozial übliche Vorteile stellen keine nicht gebührenden Vorteile dar.
- Nach Art. 23 Abs. 1 UWG gilt die aktive oder passive Bestechung im Privatverkehr auf Antrag auch als Straftatbestand, der mit Gefängnis oder mit Busse bis zu 100.000

ser condenado con una pena privativa de libertad o con una multa de hasta 100.000 francos suizos.

- La penalidad de empresas se ha extendido al soborno activo en el sector privado. De acuerdo con esto una empresa podrá ser penada con una multa de hasta 5 millones de francos suizos, cuando uno de sus empleados cometa un delito de soborno y la empresa no pueda probar, que ella había tomado todas las medidas necesarias y exigibles para impedir la comisión de dicho delito

La reforma legal entró en vigor el 1 de julio de 2006.

## 2. Derecho Societario

### Convocatoria judicial de la junta general de un sociedad anónima

De acuerdo con el art. 699 párr. 4 del derecho de obligaciones suizo, el juez tiene que convocar la junta general de una sociedad anónima, cuando un socio facultado para ello lo solicite.

Hasta ahora se discutía si era el juez mismo quien tenía que convocar la junta o si este debía dar las instrucciones correspondientes al administrador de la sociedad para que este procediese a convocar.

En una decisión de 30 de mayo de 2006 el Tribunal Federal de Suiza ha declarado, que el derecho regulador de la sociedad anónima persigue, garantizar los intereses de la sociedad y de la totalidad de sus miembros, teniendo el interés general preferencia con respecto a los intereses individuales. De este modo cuando el consejo de administración a pesar de la orden del juez no actúa pretendiendo así obtener una ventaja mediante el bloqueo temporal del funcionamiento de la sociedad, provoca un resultado no deseado por el legislador. En consecuencia el tribunal ha decidido que el juez podrá, a solicitud de un socio con autoridad para ello, convocar él mismo la junta general de la sociedad.

Franken bestraft werden kann.

- Die Strafbarkeit von Unternehmen ist neu auch auf die aktive Privatbestechung ausgedehnt worden. Demnach kann ein Unternehmen mit einer Busse von bis zu CHF 5 Mio. bestraft werden, wenn ein Angestellter eine Privatbestechung begangen hat und das Unternehmen nicht nachweisen kann, dass es alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

Die Gesetzesänderungen sind am 1. Juli 2006 in Kraft getreten.

## 2. Gesellschaftsrecht

### Einberufung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft durch den Richter

Gemäß Art. 699 Abs. 4 des Schweizer Obligationenrechtes hat der Richter die Einberufung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft anzuordnen, wenn dies von einem dazu berechtigten Aktionär beantragt wird.

Bis anhin strittig war die Frage, ob der Richter selber die Generalversammlung einberufen kann, oder er dem Verwaltungsrat der Gesellschaft Anweisung geben muss, die entsprechenden Schritte zur Einberufung einzuleiten.

In einem Entscheid vom 30. Mai 2006 hat das Schweizer Bundesgericht nunmehr festgehalten, dass das Aktienrecht als Ganzes bezwecke, den Interessen der Gesellschaft und der Gesamtheit ihrer Mitglieder den Vorrang vor den Interessen Einzelner zu sichern. Wenn der Verwaltungsrat trotz der Anordnung des Richters untätig bleibe, weil er sich dadurch einen Vorteil verschaffen möchte, so könne dies zu einer vorübergehenden Blockierung sämtlicher Aktivitäten der Gesellschaft führen. Ein solches Ergebnis sei vom Gesetzgeber nicht gewollt. Daher dürfe der Richter auf Antrag eines berechtigten Aktionärs selber eine Generalversammlung der Gesellschaft einberufen.



## IV. España

### 1. Derecho Comercial y Financiero

#### **Proyecto de Ley sobre comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores**

Se completa la incorporación a la normativa española de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la cual ya había sido transpuesta parcialmente mediante la ley 4/2003 de 4 de noviembre.

El Consejo de Ministros aprobó el pasado 21 de julio la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley sobre comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores.

El objetivo principal de este Proyecto de Ley es ofrecer una mayor protección a los consumidores de servicios financieros a distancia.

Su ámbito de aplicación material se extiende a los contratos de servicios financieros, entendiéndose por los mismos a los efectos de este Proyecto: los servicios bancarios, de crédito o de pago, de inversión, seguros privados, planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros; cuando estos fuesen llevados a cabo mediante todo tipo de comunicación la cual carezca de la presencia física simultánea de las partes, pudiendo ser esta telemática, electrónica, telefónica, mediante el envío de faxes o similares.

El presente Proyecto de Ley también será aplicable a aquellos proveedores extranjeros, que presten sus servicios en España interviniendo bien por cuenta propia o bien como intermediarios, mediante sucursales inscritas en algunos de los registros administrativos españoles o mediante establecimiento permanente situado en España.



## IV. Spanien

### 1. Handels- und Finanzrecht

#### **Gesetzentwurf über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher an das Parlament**

Die Umsetzung der Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher in spanisches Recht, die schon teilweise durch das Gesetz 4/2003 vom 4. November umgesetzt wurde, wird vervollständigt.

Der Ministerrat beschloss am 21. Juli dieses Jahres die Verweisung des Gesetzentwurfes über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher an das Parlament.

Der Hauptzweck dieses Gesetzentwurfes besteht darin, ein höheres Verbraucherschutzniveau bei Finanzdienstleistungen an Verbraucher zu gewährleisten.

Sein Anwendungsgebiet umfasst Verträge bezüglich Finanzdienstleistungen, d.h. – im Sinne dieses Gesetzentwurfes – jeder Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung oder Altersversorgung von Einzelpersonen und Dienstleistungen von Versicherungsagenten, wenn diese mittels eines Kommunikationsmittels ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Parteien, zum Beispiel telematisch, elektronisch, telefonisch oder durch die Sendung von Faxen oder in ähnlicher Weise abgeschlossen werden.

Das vorgelegte Gesetzesvorhaben wird auch bei ausländischen Anbietern Anwendung finden, die in Spanien ihre Leistungen auf eigene Rechnung oder als Vermittler mittels einer in Spanien registrierten Zweigniederlassung oder einer Niederlassung mit ständigem Sitz in Spanien erbringen.

Las principales novedades son las siguientes:

### 1. Derecho de información

El Proyecto de Ley establece una serie de condiciones mínimas de información en beneficio del consumidor, las cuales deberán ser cumplimentadas por el proveedor con carácter previo a la formalización del contrato. Dichas condiciones mínimas podrán ser ampliadas por la legislación financiera específica. De acuerdo con la normativa mínima, el proveedor deberá enviar en soporte papel u otro soporte duradero (por ejemplo, disquete informático, CD-ROM o correo electrónico), un proyecto de contrato que recoja todas las obligaciones contractuales. Dicha información deberá ser enviada con una antelación mínima de tres días a la celebración del contrato o a la aceptación de la oferta.

### 2. Derecho de desistimiento

El consumidor cuenta con un plazo general de 14 días naturales para desistir del contrato a distancia sin necesidad de justificación alguna y sin resultar por ello penalizado. Esta regla general cuenta con las siguientes excepciones:

- a) Ampliación del plazo de desistimiento a 30 días en relación con los contratos de seguros de vida.
- b) No aplicación del plazo de desistimiento en relación con los siguientes tipos de contratos financieros:
  - (i) Los contratos relativos a servicios financieros cuyo precio dependa de las fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, como es el caso, de las transacciones sobre las operaciones de cambio de divisas, los valores negociables, las participaciones en instituciones de inversión colectiva o los contratos referenciados a índice, precios o tipos de interés de mercado.
  - (ii) Los contratos de seguros en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, en los de viajes o equipaje de una duración inferior a un mes, en los planes de previsión asegurados y

Die wesentlichen Änderungen sind die folgenden:

### 1. Informationsrecht

Das Gesetzesvorhaben legt bestimmte Mindestinformationspflichten zugunsten des Verbrauchers fest, die vom Anbieter vor dem Vertragsabschluss erfüllt werden müssen. Diese Informationspflichten können durch besondere Finanzgesetze erweitert werden. Gemäß den im Gesetzesvorhaben vorgesehenen Mindestinformationspflichten muss der Anbieter einen Entwurf der Vertragsbedingungen in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger (z.B. Diskette, CD-ROM oder Email) übersenden. Diese Information muss wenigstens drei Tage vor dem Vertragsabschluss oder der Angebotsannahme geschickt werden.

### 2. Widerrufsrecht

Der Verbraucher kann innerhalb einer Frist von 14 Kalendertagen den Fernabsatzvertrag – ohne Gründe nennen oder eine Vertragsstrafe zahlen zu müssen – widerrufen. Hierzu bestehen folgende Ausnahmen:

- a) Verlängerung der Widerrufsfrist auf 30 Tage bei Fernabsatzverträgen über Lebensversicherungen.
- b) Die Widerrufsfrist wird bei den folgenden Arten von Verträgen, die eine Finanzdienstleistung zum Gegenstand haben, nicht angewendet:
  - (i) Verträge über Finanzdienstleistungen, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt, auf die der Anbieter keinen Einfluss hat, über Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Devisen, handelbaren Wertpapieren oder Anteilen an Anlagegesellschaften, sowie Verträge, die auf einen Preis-, Index- oder Zinsmarkt Bezug nehmen.
  - (ii) Versicherungsverträge, bei denen der Versicherungsnehmer das Investmentrisiko übernimmt, die Reise- und Gepäckversicherungspolizen mit einer Laufzeit von weniger als einem Monat

en los planes de pensiones, entre otros.

oder Rentenversicherungen zum Gegenstand haben und weitere Verträge.

### 3. Requisito de consentimiento previo

### 3. Voraussetzung einer vorherigen Einwilligung

Remitiéndose a lo dispuesto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en la Ley 34/2003, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Correo Electrónico, el presente Proyecto de Ley prohíbe las comunicaciones por vía telefónica, por fax o por vía electrónica, que no hubiesen sido previamente solicitadas por el consumidor. El uso de otras técnicas de comunicación distintas a las nombradas anteriormente podrá ser rechazado por el consumidor.

Unter Verweis Verweisung auf das Telekommunikationsgesetz 32/2003 von 3. November und das Gesetz 34/2003 vom 11. Juni über den Dienst der Kommunikationsgesellschaft und der elektronischen Post verbietet dieses Gesetzesvorhaben die Verwendung von telefonischer sowie Kommunikation per Telefax durch den Anbieter, wenn der Verbraucher nicht vorher seine Zustimmung erteilt hat. Die Verwendung anderer Kommunikationsmittel als derjenigen, denen der Verbraucher zugestimmt hat, kann der Verbraucher ablehnen.

### 4. Responsabilidades

### 4. Haftung

Asimismo, el Proyecto regula con precisión las responsabilidades que se derivan de las relaciones contractuales anteriores al desistimiento, de los pagos indebidos mediante tarjeta y de los servicios y de las comunicaciones no solicitadas. Por ejemplo, cuando se haya cargado de manera fraudulenta o indebida utilizando el número de una tarjeta de pago, el titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo.

Ebenso normiert das Gesetzesvorhaben detailliert die Haftung für eine vor Widerruf des Vertrags erbrachte Dienstleistung, für eine rechtsgrundlose Zahlung mittels Karte und für unaufgefordert erbrachte Dienstleistungen. So kann z.B. der Karteninhaber die Stornierung einer Zahlung verlangen, wenn von einer Zahlungskarte in betrügerischer Weise Gebrauch gemacht wurde oder bei unberechtigter Verwendung einer Zahlungskarte.

### 5. Procedimiento judicial

### 5. Gerichtsverfahren

Las partes podrán resolver sus conflictos sometiéndose al Sistema Arbitral del Consumo así como a otros sistemas de resolución judicial siempre que estos figuren en la lista pública de la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución. Dichos órganos arbitrales colaborarán entre si mediante la "Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros" cuando se presenten conflictos de carácter transfronterizo a nivel intracomunitario. La protección al consumidor se completa atribuyendo la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones al proveedor.

Die Parteien können ihre Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit für den Verbraucherschutz sowie anderen gerichtlichen Verfahrensarten unterstellen, wenn diese auf der entsprechenden öffentlichen Liste der Europäischen Kommission aufgeführt sind. Diese Organe der Schiedsgerichtsbarkeit werden über das "Grenzüberschreitende Netz für die außergerichtliche Beilegung von Streitigkeiten über Finanzdienstleistungen" in Streitigkeiten innerhalb der Europäischen Union, die einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen, zusammenarbeiten. Der Verbraucherschutz wird dadurch vervollständigt, dass dem Anbieter die Beweislast für die Beachtung seiner vertraglichen Verpflichtungen auferlegt wird.

**Barcelona**

Avenida Diagonal, 652  
Edif. D, 8th Floor  
08034 Barcelona  
Tel.: (34 93) 280 5900  
Fax: (34 93) 205 4959

**Düsseldorf**

Neuer Zollhof 2  
40221 Düsseldorf  
Tel.: +49 (0) 211 31 11 6 0  
Fax: +49 (0) 211 31 11 6 199

**Madrid**

Paseo de la Castellana, 92  
28046 Madrid  
Tel.: 34 91 230 45 00  
Fax: 34 91 391 51 45

**Wien**

Schubertring 2  
1010 Wien, Austria  
Tel.: +43 (1) 51 660  
Fax: +43 (1) 51 660 60

**Berlin**

Friedrichstrasse 79 - 80  
10117 Berlin  
Tel.: +49 (0) 30 20 38 7 600  
Fax: +49 (0) 30 20 38 7 699

**Frankfurt**

Bethmannstrasse 50-54  
60311 Frankfurt am Main  
Tel.: +49 (0) 69 2 99 08 0  
Fax: +49 (0) 69 2 99 08 108

**München**

Theatinerstrasse 23  
80333 München  
Tel.: +49 (0) 89 5 52 38 0  
Fax: +49 (0) 89 5 52 38 199

**Zürich**

Zollikerstrasse 225  
8034 Zürich  
Tel.: +41 (1) 384 14 14  
Fax: +41 (1) 384 12 84

**Persona de contacto |  
Ansprechpartner****Dr. Bernhard Trappehl**

Theatinerstrasse 23  
80333 München  
Tel.: +49 (0) 89 5 52 38 0  
Fax: +49 (0) 89 5 52 38 199

**Mag. Gerhard Eichberger**

Schubertring 2  
1010 Wien  
Tel.: +43 (1) 51 660  
Fax: +43 (1) 51 660 60

**Dr. Urs Zenhäusern**

Zollikerstrasse 225  
8034 Zürich  
Tel.: +41 (1) 384 14 14  
Fax: +41 (1) 384 12 84

**Norman Heckh**

Paseo de la Castellana, 92  
28046 Madrid  
Tel.: (34 91) 230 45 00  
Fax: (34 91) 391 51 45

Almaty | Amsterdam | Antwerpen | Bahrain | Baku | Bangkok | Barcelona | Berlin | Bogotá | Bologna | Brasília  
| Brüssel | Budapest | Buenos Aires | Calgary | Caracas | Chicago | Chihuahua | Dallas | Düsseldorf | Frankfurt am Main |  
Genf | Guadalajara | Hanoi | Ho-Chi-Minh-Stadt | Hongkong | Houston | Jakarta | Juárez | Kairo | Kuala Lumpur  
| Kiew | London | Madrid | Mailand | Manila | Melbourne | Mexiko-Stadt | Miami | Monterrey (Mexiko) |  
Moskau | München | New York | Palo Alto | Paris | Peking | Porto Alegre | Prag | Riad | Rio de Janeiro  
| Rom | San Diego | San Francisco | St. Petersburg | Santiago de Chile | São Paulo | Shanghai | Singapur | Stockholm |  
Sydney | Taipeh | Tijuana | Tokio | Toronto | Valencia (Venezuela) | Warschau | Washington D.C. | Wien | Zürich

Baker & McKenzie International ist ein Verein nach dem Recht der Schweiz. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker & McKenzie-Anwaltsgesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir die Kanzleistanorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.