

Lösungshinweise zur Probeklausur im Wirtschaftsrecht

FS 2010

Teil A (Kurzfälle)

1.a) Konkret müssen folgende Schritte unternommen werden:

Die bereits schriftlich abgefassten Statuten sind der Gründungsversammlung zur Beratung und Genehmigung vorzulegen (OR 834 I), was mangels Formvorschriften oder Fristen durch die Stammtischrunde geschehen kann. Schliesslich sind noch die Organe zu bestellen (834 III). Abschliessend müssen die Gründer die Genossenschaft im Handelsregister eintragen lassen (OR 835 I) damit diese die Rechtspersönlichkeit erwirbt (konstitutive Wirkung des Handelsregistereintrags) (OR 838 I).

(Überdies wäre ein schriftlicher Bericht der Gründer über allfällige Sacheinlagen und zu übernehmende Vermögenswerte der Versammlung bekannt zu geben und von ihr zu beraten (OR 834 II). Es bestehen jedoch keine Hinweise im Sachverhalt dass Sacheinlagen getätigt oder Vermögenswerte übernommen werden sollen.)

1.b) Über die Aufnahme neuer Mitglieder entscheidet grundsätzlich die Verwaltung, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen, wofür vorliegend keine Anhaltspunkte vorliegen (OR 840 III). Im Genossenschaftsrecht gilt der Grundsatz der offenen Tür, d.h. der Beitritt darf nicht übermässig erschwert werden (OR 839 II alternativ OR 839 I), wobei sich Beschränkungen aufgrund des Zwecks der Genossenschaft rechtfertigen können (BSK-Baudenbacher, N. 7 zu OR 828). Statutenbestimmungen mit Aussenwirkung, wie die hier fragliche, sind grundsätzlich wie ein Gesetz auszulegen, d.h. so, wie ein potentieller Genossenschafter sie verstehen darf (Böckli, §1 Rz 634, m.w.H.). Ergibt die Auslegung, dass weder Art. 5.1 der Statuten noch die Firma und die Labels sprechen für eine Beschränkung auf den *Kanton Jura* deuten, die Bezeichnungen „Jura“ und „Hügel“ auf eine bekannte Region hinweisen, zu der auch der Berner Jura gehört, darf die Verwaltung das Beitritts-gesuch nicht abweisen. (Alternativ: Ergibt die Auslegung, dass zwar in den Statuten nicht ausdrücklich vom Kanton Jura gesprochen wird, doch die Juraregion des Kantons Bern üblicherweise als *Berner Jura* bezeichnet wird, darf die Verwaltung das Beitritts-gesuch abweisen).

(Selbst wenn ein Beitritts-gesuch durch die Verwaltung zu Unrecht abgewiesen wird, besteht in der Regel kein klagbarer Aufnahmeanspruch, ein solcher kann höchstens aus gesetzlichen Sondervorschriften oder aus dem Persönlichkeitsrecht des Eintrittswilligen abgeleitet werden [BSK-BAUDENBACHER, N. 7 zu OR 828]).

2.) Es kommt ein squeeze out merger nach FusG in Frage. Gemäss 8 II FusG können die beteiligten Gesellschaften – also die Sorenta AG und eine Gesellschaft, von der die Sorenta AG absorbiert werden soll – statt Anteils- und Mitgliedschaftsrechte auch nur eine Abfindung vorsehen. Wird nur eine Abfindung vorgesehen, müssen 90% der stimmberechtigten Gesellschafter (nach h.L. 90% der Stimmrechte) der übertragenden Gesellschaft dem Fusionsbeschluss zustimmen (18 V FusG). Da die Renovest AG mehr als 90% an der übertragenden Sorenta AG hält, kann Lara Lästig mittels squeeze out merger aus dem Aktionariat entfernt werden.

3.a) Gemäss OR 727a II kann die Gesellschaft auf eine eingeschränkte Revision verzichten, wenn die Gesellschaft höchstens 10 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt beschäftigt. Voraussetzung ist, dass sämtliche Gesellschafter auf eine Prüfung ihrer Jahresrechnung verzichten.

3.b) Fuchs wird mit seinem Anliegen nicht durchdringen, da die „Happy Pet“ AG mittlerweile mehr als 10 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt beschäftigt (OR 727a II) und

weil Maus zudem gemäss Sachverhalt seine Einwilligung dazu nicht geben würde. Maus hingegen kann ein sogenanntes Opting-up erreichen, muss doch bei Aktiengesellschaften eine ordentliche Revision vorgenommen werden, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens 10 % des Aktienkapitals vertreten dies verlangen (OR 727 II). Maus hält gemäss Sachverhalt 33.3% der Stimmrechte, wird also mit seinem Begehren Erfolg haben.

4.a) Vorliegend besteht ein vertraglicher Zusammenschluss zwischen 2 Personen (Beck und Küchler). Der vertragliche Zusammenschluss dient der Erreichung eines gemeinsamen Zwecks (Produktion und Vertrieb von Lebkuchen), welchen die beiden mit gemeinsamen Mitteln (Beck stellt Backstube zur Verfügung, Küchler kauft günstig die Zutaten ein, den Stand betreiben sie gemeinsam) verfolgen (OR 530 I). Die beiden führen jedoch kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, weil keine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird, sondern nur ein Gelegenheitsgeschäft abgewickelt wird (HRegV 2 lit. b). Da die Voraussetzungen für eine andere Gesellschaftsform nicht erfüllt sind (OR 530 II), liegt eine einfache Gesellschaft vor.

4.b) *Hinweis: Die Arztkosten könnten sowohl ein Schaden aus rechtsgeschäftlichem wie auch aus deliktischem Handeln darstellen, entsprechende Kenntnisse des Haftpflichtrechts werden aber nicht vorausgesetzt.*

Für Schulden aus rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen für die Gesellschaft haften die Gesellschafter primär und ausschliesslich sowie solidarisch (OR 544 III OR).

Entsprechend kann Kunde König die Bezahlung der Arztrechnungen für seine Angehörigen bei Bäckermeister Beck mit Erfolg einfordern.

Alternativ: für deliktische Verpflichtungen besteht keine Haftung der Gesellschafter (OR 544 III e contrario). Entsprechend kann König die Bezahlung der Arztrechnung nur bei Küchler fordern.

5) Massgebend für die Verpflichtung zur Erstellung einer Konzernrechnung ist das Leitungsprinzip, welches aus OR 663e I hervorgeht. Vorliegend bestehen einzig Angaben über die Stimmbeteiligung; wobei die einheitliche Leitung auch bei einer (nur) 50 %-Beteiligung gewährleistet sein kann, etwa wenn sich die übrigen Aktien im Streubesitz befinden. Weitere Voraussetzung für die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung ist, dass kein Kleinkonzern vorliegt, denn Kleinkonzerne sind von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung ausgenommen (OR 663e II), wobei eine Gegen Ausnahme für Gesellschaften besteht, die sich über den Finanzmarkt finanzieren, wo es 10% der Gesellschafter verlangen oder wo eine Konzernrechnung für die Beurteilung der Vermögens und Ertragslage der Gesellschaft notwendig ist (OR 663e III).

Teil B („Ahnungslose Architekten“)
Teil B / Frage 1
<p>Es liegt eine vertragsmässige Bindung von drei natürlichen Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, nämlich zur gemeinsamen Führung eines Architekturbüros, vor. Die Tatbestandsmerkmale von OR 530 I sind somit erfüllt und es liegt eine einfache Gesellschaft vor, es sei denn, die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft würden zutreffen (OR 530 II).</p> <p>Die Tätigkeit als Architekt gehört zu den sogenannten freien Berufen (artes liberales), welche <i>nicht</i> als kaufmännisches Unternehmen angesehen werden, es sei denn, Grösse und Organisation erfordern eine Behandlung als kaufmännisches Unternehmen.</p> <p>Aufgrund der Handelsregistereintragung kann es sich nicht um eine einfache Gesellschaft handeln (OR 553 i.V.m. OR 530 II), hingegen könnte eine nichtkaufmännische Kollektivgesellschaft vorliegen, für deren Entstehen der Handelsregistereintrag konstitutiv ist (OR 553).</p> <p>Die Firma weist ebenfalls auf eine Kollektivgesellschaft hin (OR 947 I). Aufgrund der Firma scheiden GmbH, AG und Genossenschaft zum Vornherein aus (OR 950).</p> <p>Überdies könnten die drei Gesellschafter Startkapital für eine GmbH und eine AG nicht einwerfen, da alle max. CHF 5'000.- zur Verfügung haben. Eine Genossenschaft kann bereits aufgrund der notwendigen Zahl von Gründungsmitgliedern (7) nicht vorliegen.</p> <p>Hinweise auf eine Haftungsbeschränkung, welche gegen aussen kundgetan wurde, bestehen nicht, weshalb es sich nicht um eine Kommanditgesellschaft handeln kann.</p> <p>Es liegt demnach eine Kollektivgesellschaft vor.</p>
Teil B / Frage 2
<p>Die Firma einer Kollektivgesellschaft muss entweder die Namen sämtlicher Gesellschafter enthalten, oder aber wenigstens den Familiennamen eines Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz enthalten (OR 947 I).</p> <p>„Müssig & Co.“ entspricht den Grundsätzen zur Firmenbildung einer Kollektivgesellschaft gemäss OR 947 I, da der Familienname eines Gesellschafters mit einem die Gesellschaft andeutenden Zusatz („& Co.“) enthalten ist.</p> <p>„Dusel, Fleissig, Müssig & Co.“ entspricht den Grundsätzen zur Firmenbildung einer Kollektivgesellschaft gemäss OR 947 I nicht, denn sind sämtliche Familiennamen der Gesellschafter im Firmennamen aufgeführt, darf kein die Gesellschaft andeutender Zusatz („& Co.“) enthalten sein. Ein solcher Zusatz wäre vielmehr täuschend (OR 944 I), da er auf das Vorhandensein von weiteren Gesellschaftern hindeutet.</p> <p>„Fleissiges Architekturbüro & Partner“ entspricht den firmenrechtlichen Grundsätzen von OR 947 I ebenfalls nicht. Zwar besteht ein zulässiger die Gesellschaft andeutender Zusatz („& Partner“), doch mangelt es an einem Familiennamen eines Gesellschafters.</p>
Teil B / Frage 3
<p>a) Gemäss OR 561 darf ein Gesellschafter ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter im Geschäftszweige der Gesellschaft nicht an einer Unternehmung als Kommanditär teilnehmen. Vorliegend ist aber die „Schön & Co.“ nicht im Umfeld Architekturdienstleistungen tätig, sondern im Kosmetikbereich. Die Geschäftszweige überschneiden sich nicht, weshalb der Beitritt von F als Kommanditär in Bezug auf das Konkurrenzverbot unbedenklich ist.</p>
<p>b) OR 561 statuiert kein Konkurrenzverbot betreffend das Halten von Aktien, selbst wenn es sich um Anteile an einer im gleichen Geschäftszweig tätigen AG handelt. Das Halten von Aktien durch F an der „Gross Architekten AG“ tangiert das Konkurrenzverbot gemäss OR 561 somit nicht.</p> <p>Anders verhält es sich betreffend die Stellung von F als Verwaltungsrat der Gross Architekten AG. So verbietet das Konkurrenzverbot den Abschluss von Geschäften auf eigene Rechnung oder auf Rechnung Dritter im gleichen Geschäftszweig wie der Kol-</p>

lektivgesellschaft (OR 561). Ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter dürfte F demnach für die Gross Architekten AG keine Geschäfte machen, was aber als Verwaltungsrat wohl zu seinem Aufgabenbereich gehören würde (vgl. OR 716b III). So oder so gilt nach h.L. das Konkurrenzverbot von OR 536 ebenfalls, so dass F für zweckwidriges oder zweckschädigendes Verhalten haftbar gemacht werden könnte.

Teil B / Frage 4

a) Grundsätzlich führt das Ausscheiden eines Kollektivgesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft (OR 574 i.V.m. OR 545 I Ziff. 6).

Gemäss OR 576 besteht die Gesellschaft indessen weiter, wenn alle Gesellschafter vor Auflösung übereingekommen sind, dass trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den Übrigen fortgesetzt werden soll. Vorliegend haben sich sämtliche Gesellschafter über die Fortführung der Gesellschaft geeinigt, so dass sie diese trotz des Austritts von Müssig mit allen Rechten und Verbindlichkeiten fortführen können. Mit anderen Worten hat der Austritt von Müssig keine Auswirkungen auf das Bestehen der Gesellschaft.

Der Neueintritt einer Gesellschafterin – Rita Reich - richtet sich nach den Regeln für die einfache Gesellschaft (OR 557 II). Gemäss OR 542 I ist der Beitritt einer neuen Gesellschafterin nur mit Zustimmung aller übrigen Gesellschafter möglich.

Zum Zeitpunkt des Eintritts von Reich ist Müssig nicht mehr Gesellschafter. Dass Müssig einem Beitritt von Reich nie zugestimmt hätte ist somit nicht relevant. Da Fleissig und Dusel Reich aufnehmen wollen, kann Reich der Gesellschaft beitreten. Der Eintritt hat somit keine Auswirkungen auf das Weiterbestehen der Gesellschaft.

Hinweis: Je nach Sachlage könnte aber auch eine Übernahme von Aktiven und Passiven durch die verbleibenden Gesellschafter im Sinne von OR 181 vorliegen, was insbesondere hinsichtlich der Haftung (unten) einschneidende Konsequenzen hätte, würde dieser Tatbestand doch der Auflösung gleichgestellt (BSK-Pestalozzi/Hettich, N. 23 zu OR 568).

b) Hinsichtlich des Eintritts von Reich gilt der Grundsatz von OR 947 II: Bei der Aufnahme weiterer Gesellschafter kann die Kollektivgesellschaft ihre Firma unverändert beibehalten. Vorliegend entspricht der in der Firma aufgeführte Familienname aber dem austretenden Gesellschafter. Gemäss OR 948 I darf die Firma auch dann nicht beibehalten werden, wenn wie vorliegend eine Person austritt, deren Familienname in der Firma einer Kollektivgesellschaft enthalten ist.

Teil B / Frage 5

a) Gemäss OR 568 III kann ein Gesellschafter (auch nach seinem Ausscheiden) erst dann persönlich belangt werden, wenn er selbst in Konkurs geraten oder wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist. Das Gesellschaftsvermögen ist mit anderen Worten primäres Haftungssubstrat für die Gläubiger der Gesellschaft (OR 570 I). Für Bissig bedeutet dies, dass er vorliegend nicht gegen Müssig oder Reich persönlich vorgehen kann, sondern seine Ansprüche gegenüber der Gesellschaft geltend machen muss.

b) Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt und solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen (OR 568 I). Voraussetzung für die persönliche Belangbarkeit ist jedoch, dass die Gesellschaft aufgelöst, in Konkurs geraten oder erfolglos betrieben wurde (OR 568 III). Gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter können im Falle einer erfolglosen Betreibung Forderungen innert höchstens fünf Jahren nach der Veröffentlichung des Ausscheidens im SHAB geltend gemacht werden (OR 591 I OR). Gehaftet wird dabei einzig für die bis zum Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden (BSK-Staehelin, N. 10 zu OR 576). Ein neu eintretender Gesellschafter haftet im Falle einer erfolgreichen Betreibung gemäss OR 569 I auch für die vor seinem Beitritt entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Vorliegend wurde die Gesellschaft aber erfolglos betrieben, Bissig kann sich zur Deckung seines Schadens auch an Müssig und Reich halten.

Teil C („Landwirtschaft mit biologischem Herz AG“)

Teil C / Frage 1

a) *Hinweis: Es kann angenommen werden, dass die LMBH AG nicht börsenkotiert ist.*
Gemäss OR 685a I können die Statuten bestimmen, dass (voll liberierte) Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen.

Eine nicht börsenkotierte Gesellschaft kann das Gesuch um Zustimmung ablehnen, wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekanntgibt (OR 685b I); als wichtige Gründe gelten Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens eine Verweigerung der Übertragung als gerechtfertigt erscheinen lassen (OR 685b II).

Die LMBH AG bezweckt die Produktion von hochwertigen biologischen Landwirtschaftserzeugnissen. Das Anliegen der Gesellschaft, das Aktionariat auf überzeugte Biobauern zu beschränken, ist angesichts der Zweckbestimmung legitim und genügt als wichtiger Grund gemäss OR 685b II.

b) Beim Erwerb der Aktien durch Erbgang kann die Gesellschaft ein Gesuch des Erwerbers um Eintragung im Aktienbuch nur ablehnen, wenn die Gesellschaft dem Erwerber die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anbietet (OR 685b IV).

Aus OR 685b VI ergibt sich, dass der Erwerber das Übernahmeangebot innerhalb eines Monats nach dessen Erhalt ablehnen kann. Tut er dies, so fallen Mitgliedschafts- und Vermögensrechte auseinander (OR 685c II).

Macht die Gesellschaft B ein Übernahmeangebot zum wirklichen Wert, so kann sie ihm auch im Falle des Erbgangs die Aufnahme verweigern. Lehnt B das Angebot ab, kann er sich zwar nicht die Mitgliedschaftsrechte, aber immerhin die Vermögensrechte sichern.

Teil C / Frage 2

a) Es liegt eine bedingte Kapitalerhöhung vor, weil den Arbeitnehmern Rechte zum Bezug neuer Aktien eingeräumt werden und sich das Aktienkapital erst erhöht, wenn diese Rechte ausgeübt werden, die Erhöhung des Aktienkapitals wird damit in die Hände von Dritten gelegt (OR 653).

Zu beachten ist, dass der Nennbetrag, um den das Aktienkapital bedingt erhöht werden kann, die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals nicht übersteigen darf (OR 653a I). Da das Aktienkapital vorliegend CHF 200'000.- beträgt, ist die Aktienkapitalerhöhung somit max. im Umfang von CHF 100'000.- zulässig.

Im Gegensatz dazu wird bei der ordentlichen Kapitalerhöhung (OR 650) das Aktienkapital durch Beschluss der GV um einen bestimmten Betrag erhöht, wobei die Durchführung dem Verwaltungsrat obliegt.

Bei der genehmigten Kapitalerhöhung (OR 651) dagegen beschliesst die GV nur die Möglichkeit der Kapitalerhöhung und ermächtigt den VR, diese im von der GV beschlossenen Rahmen durchzuführen.

b) Es muss ein GV-Beschluss mit qualifiziertem Mehr gefällt werden (OR 704 I 6). Durch die notwendige Aufhebung des Bezugsrechts darf niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden (OR 653c III). Vorliegend wurde der entsprechende GV-Beschluss gefällt, wobei nicht bekannt ist, ob mit einfachem oder qualifiziertem Mehr. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass jemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt worden wäre.

Teil C / Frage 3

Gemäss Art. 6 Statuten dürfen die Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden. Diese Statutenbestimmung ist zulässig (OR 685a I).. Solange die Gesellschaft die Zustimmung nicht erteilt, verbleiben das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer (OR 685c I). Für W bedeutet dies, dass die Übertragung mangels Zustimmung unwirksam ist, wobei er im Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen bleibt.

Teil C / Frage 4

Gemäss OR 754 I können einzelne Aktionäre die Mitglieder des Verwaltungsrates für den Schaden, den diese durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben, zur Verantwortung ziehen, diese Norm bezieht sich sowohl auf den Schaden, welchen die Gesellschaft erlitten hat, als auch den Schaden, der direkt im Vermögen der einzelnen Aktionäre eingetreten ist. Aktionäre können gestützt auf OR 756 den der Gesellschaft verursachten Schaden einklagen (Aktivlegitimation). Der Anspruch des Aktionärs richtet sich auf Leistung an die Gesellschaft. Passivlegitimiert ist das betreffende Mitglied des Verwaltungsrates, d.h. VR-Mitglied G (OR 754 I). Eine Sorgfaltpflichtverletzung (OR 717 I) wäre vorliegend zu bejahen, hat Günstig es doch unterlassen, das Saatgut auf biologische und qualitative Erfordernisse zu untersuchen. Ein Verschulden ist in Bezug auf die Pflichtverletzung gegeben, wäre ihm eine Untersuchung des Saatguts doch zumutbar gewesen. Der Nachweis des konkreten Schadens obliegt den Aktionären. Vorliegend dürfte der Schadensnachweis jedoch schwer zu erbringen sein (Kundenvertrauen, das verloren ging, stellt ein immaterielles Aktivum dar). Die Aktionäre können somit gestützt auf OR 754 gegen VR-Mitglied G vorgehen, die Erfolgsaussichten sind jedoch gering, weil der Schadensnachweis durch die Kläger zu erbringen ist.

Teil C / Frage 5

a) Die Generalversammlung ist berechtigt, die Mitglieder des Verwaltungsrates abzuberufen (OR 705 I). Eine Abberufung ist nicht mit einer Nichtwiederwahl zu verwechseln, eine Abberufung ist daher jederzeit möglich (BSK-Dubs/Truffer, N. 5 zu OR 705). Die Abberufung von Verwaltungsrat G durch die Generalversammlung ist möglich. Um eine umgehende Abberufung zu erreichen, sollte eine ausserordentliche GV einberufen werden.

b) Gemäss OR 707 I besteht der Verwaltungsrat aus einem oder mehreren Mitgliedern. Wird das einzige Verwaltungsratsmitglied abberufen, so fehlt es der Gesellschaft an einem Organ. OR 731b sieht bei fehlenden Organen vor, dass ein Aktionär, ein Gläubiger oder der HReg-Führer dem Richter beantragen kann, die erforderlichen Massnahmen seien zu ergreifen. Der Richter hat insbesondere drei Möglichkeiten: 1. er kann der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen welcher der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist; 2. das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen; 3. die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen.