

Universität Bern
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Herbstsemester 2015
Institut für Wirtschaftsrecht

Prof. Dr. iur. Thomas Jutzi, LL.M.

Falllösung im Wirtschaftsrecht: „Gärtnerei S. Meier & Co“

Vorgelegt am 17. November 2015

David Johann Ammann
Postgasse 47
3011 Bern
E-Mail: david.ammann@students.unibe.ch
Matrikelnummer: 12-116-125
7. Semester

I.	Inhaltsverzeichnis	
II.	Literaturverzeichnis	II
	Monographien	II
	Sammelwerke	III
III.	Materialien	VI
	Amtliche Publikationen	VI
III.	Abkürzungsverzeichnis	VII
1.	Zinsanspruch des Kommanditärs	1
	1.1. Zinsanspruch aus Gesellschaftsvertrag	1
	1.2. Gesetzlicher Zinsanspruch	1
	1.3. Geltendmachung des Zinsanspruchs	3
	1.3.1. Geltendmachung für das Geschäftsjahr 2014/2015	3
	1.3.2. Geltendmachung für die ersten beiden Geschäftsjahre	3
	a) Geltendmachung durch Nichtgenehmigung oder Vorbehalt	3
	b) Unverbindlichkeit der Zustimmung aufgrund eines Willensmangels?	4
	1.4. Zinsberechnung	5
	1.5. Zinsbezug	7
	1.6. Fazit	8
2.	Übertragung der Kommandite	8
	2.1. Doppelvertrag	9
	2.2. Rechtsgeschäftliche Übertragung der Kommandite	10
	2.3. Fazit	13
3.	Jahresrechnung	13
	3.1. Anwendbares Recht	13
	3.2. Bewertung der Liegenschaft nach neuem Recht	14
	3.3. Fazit	15
IV.	Selbständigkeitserklärung gemäss Art. 42 Abs. 2	
	Studienreglement RW	IX

II. Literaturverzeichnis

Monographien

BLAESER ALEXANDER: Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht – Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision. Dissertation, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. BLAESER).

BÖCKLI PETER: Neue OR-Rechnungslegung, Zürich et al. 2014 (zit. BÖCKLI).

BUXBAUM CARONI MIRELLA: Die vermögensrechtliche Stellung des Kommanditärs, Dissertation, Zürich 1987 (zit. BUXBAUM CARONI).

HOFER SIBYLLE: Zivilrechtliche Ansprüche. Handbuch für Praxis und Studium, Basel 2014 (zit. HOFER).

HUBER ULRICH: Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970 (zit. HUBER).

HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich et al. 2014 (zit. HUGUENIN).

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Auflage, Bern 2012 (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER).

RICHARD ULRICH: Atypische Kommanditgesellschaften, Dissertation, Bern 1971 (zit. RICHARD).

SCHWENZER INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012 (zit. SCHWENZER).

VON STEIGER WERNER: Schweizerisches Privatrecht. Band VIII/1, Basel 1976 (zit. VON STEIGER).

Sammelwerke

COMBOEUF ALBERT: Art. 594-597 und Art. 608-612, in: Roberto Vito/Trüb Rudolf Hans (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Zürich et al. 2012 (zit. CHK-COMBOEUF).

FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN: Art. 533, 534 und 542 in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), BK – Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/8. Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 2006 (zit. BK-FELLMANN/MÜLLER).

GLANZMANN LUKAS/SCHMID JEAN-DANIEL: Die Übergangsbestimmungen des neuen Rechnungslegungsrechts, in: Jusletter 21. Oktober 2013 (zit. GLANZMANN/SCHMID).

HANDSCHIN LUKAS: Art. 558-560 und 601, in: Honsell Heinrich/Nedim Peter Vogt/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, Art. 1 – 6 SchlT AG, Art. 1 – 11 Übest GmbH, 4. Auflage, Basel 2012 (zit. BSK-HANDSCHIN).

HANDSCHIN LUKAS: Neues Rechnungslegungsrecht: Die wichtigsten Neuerungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in: Jusletter 21. Oktober 2013 (zit. HANDSCHIN).

HANDSCHIN LUKAS: Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, in: von Büren Roland/Chappuis Christine/Girsberger Daniel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht. Band VIII/9, Basel 2013 (zit. SPR-HANDSCHIN).

HANDSCHIN LUKAS/CHOU HAN-LIN: Art. 558-560 und 601, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar Band/Nr. V/4b. Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR). Die Kollektivge-

sellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Art. 552-619 OR, 4. Auflage, Zürich 2009 (zit. ZK-HANDSCHIN/CHOU).

HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO: Art. 534-535 und 542, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar Band/Nr. V/4a. Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften. Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, 4. Auflage, Zürich 2009 (zit. ZK-HANDSCHIN/VONZUN).

HERREN DOROTHEA: Art. 558 und 601, in: Schütz Gian Jürg (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK. Personengesellschaftsrecht (Art. 530 – 619 OR), Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), Bern 2015 (zit. SHK-HERREN).

HÜTTICHE TOBIAS: Art. 960b, in: Pfaff Dieter/Glanz Stephan/Stenz Thomas/Zihler Florian (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht. Veb.ch Praxiskommentar mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, Zürich 2014 (zit. HÜTTICHE).

JUNG PETER: Art. 542, in: Roberto Vito/Trüeb Rudolf Hans (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Zürich et al. 2012 (zit. CHK-JUNG).

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/GIRÓN SOLUNA: Art. 611, in: Schütz Gian Jürg (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK. Personengesellschaftsrecht (Art. 530 – 619 OR), Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), Bern 2015 (zit. SHK- KRAUSKOPF/GIRÓN).

KURRER PETER/KURRER CHRISTIAN: Art. 680, in: Honsell Heinrich/Nedim Peter Vogt/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, Art. 1 – 6 SchlT AG, Art. 1 – 11 Übest GmbH, 4. Auflage, Basel 2012 (zit. BSK-KURRER/KURRER).

PESTALOZZI M. CHRISTOPH/HETTICH PETER: Art. 611, in: Honsell Heinrich/Nedim Peter Vogt/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, Art. 1 – 6 SchlT AG, Art. 1 – 11 Übest GmbH, 4. Auflage, Basel 2012 (zit. BSK-PESTALOZZI/HETTICH).

SCHMIDLIN BRUNO: Art. 23/24 in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar. Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 2013 (zit. BK-SCHMIDLIN).

SCHÜTZ JÜRIG GIAN: Art. 542, in: Schütz Gian Jürg (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK. Personengesellschaftsrecht (Art. 530 – 619 OR), Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), Bern 2015 (zit. SHK-SCHÜTZ).

Schweizer Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten: Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung. Band „Buchführung und Rechnungslegung“, Zürich 2014 (zit. SHW).

III. Materialien

Amtliche Publikationen

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts. Bundesblatt, Bern 1928 (zit. Botschaft 1928).

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, S. 1589-1750 (zit. Botschaft 2007).

III. Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
allg.	allgemein
Art.	Artikel
a.M.	anderer Meinung
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
et al.	et alii
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f.	folgende
ff.	fortfolgend(e)
gem.	gemäss
g.M.	gleicher Meinung
grds.	grundsätzlich
HR	Handelsregister
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
m.E.	meines Erachtens
N	Note, Randnummer, Randziffer etc.
OR	Obligationenrecht: Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220, Stand 1. Juli 2014.
S.	Seite
sog.	sogenannte

SV	Sachverhalt
u.a.	unter anderem
UeB	Übergangsbestimmungen der Änderung vom 23. Dezember 2011, in: Obligationenrecht: Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220, Stand 1. Juli 2014.
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

1. Zinsanspruch des Kommanditärs

1.1. Zinsanspruch aus Gesellschaftsvertrag

Ein allfälliger Zinsanspruch für die Gesellschafter¹ einer Kommanditgesellschaft richtet sich gem. Art. 598 Abs. 1 OR zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag.² Aus dem Gesellschaftsvertrag der Gärtnerei S. Meier & Co lässt sich jedoch lediglich eine Regelung zur Gewinn- und Verlustbeteiligung entnehmen. Ein Zinsanspruch wird nicht erwähnt.³

1.2. Gesetzlicher Zinsanspruch

Mangels gesellschaftsvertraglicher Abrede kommen gem. Art. 598 Abs. 2 OR die Vorschriften über die Kollektivgesellschaft zur Anwendung, sofern auch die nachfolgenden Bestimmungen von Art. 598 Abs. 2 OR den in Frage stehenden Sachverhalt nicht regeln. In den Folgeartikel ist aus keinem der Bestimmungen ein grundsätzlicher Bestand eines gesetzlichen Zinsanspruchs (weder im positiven noch im negativen Sinne) ersichtlich.⁴ Ein allenfalls gesetzlicher Zinsanspruch richtet sich somit gem. Art. 598 Abs. 2 OR nach dem Recht der Kollektivgesellschaft und damit nach Art. 558 Abs. 2 OR. Zu beachten ist, dass auf Grund der Formulierung von Art. 558 Abs. 2 OR bereits nicht deutlich hervorgeht, ob schon nur für Kollektivgesellschaftler (und damit auch für Komplementäre, deren Stellung jener eines Kollektivgesellschaftlers entspricht)⁵ allgemein nur ein Zinsanspruch besteht, sofern dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, oder ob ein solcher dispositivrechtlich vorgesehen ist und sich die Formulierung „(...) dürfen (...) gemäss Vertrag (...)“ in Art. 558 Abs. 2 OR lediglich auf die Höhe des Zinses bezieht.⁶ Für die erste Auffassung spricht insbesondere der Vergleich zwischen kapitalgebenden Gesellschaftern und jenen Gesellschaftern, die kein Kapital, sondern Arbeit in die Gesellschaft einbringen: Hätten erstere einen gesetzlichen Zinsanspruch, so würde dies letztere insofern benachteiligen, als ihnen ein Honoraranspruch für ihre Arbeit nur zusteht, sofern dies gesellschaftsvertraglich vorgesehen ist⁷ und sie zudem den durch Verzinsung beigeführten, verringerten Gewinnsaldo oder

¹ Der einfacheren Lesbarkeit halber wird bei geschlechtsspezifischen Ausdrücken in dieser Arbeit die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist selbstverständlich jeweils mitgemeint.

² BSK-HANDSCHIN, Art. 601 N 3; vgl. SHK-HERREN, Art. 601 N 6.

³ Vgl. Unterlagen Falllösung HS 2015, S. 13 IX. des Gesellschaftsvertrags.

⁴ BUXBAUM CARONI, S. 101 ff.; SHK-HERREN, Art. 601 N 6.

⁵ BUXBAUM CARONI, S. 103; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 27; VON STEIGER, S. 620.

⁶ VON STEIGER, S. 496; SHK-HERREN, Art. 558 N 22.

⁷ ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 558-560 N 60; VON STEIGER, S. 497.

sogar Verlustsaldo mittragen müssten.⁸ Für einen dispositivrechtlichen Zinsanspruch aus Art. 558 Abs. 2 OR spricht hingegen die Entwicklung von Art. 558 Abs. 2 OR, wonach diese Auffassung bereits für die alte Bestimmung gegolten habe und man mit den neuen Bestimmungen, abgesehen von der ausdrücklichen Zulassung der Verzinsung des Eigenkapitals für Verlustjahre, nichts ändern wollte.⁹ Hintergrund dafür ist, dass Gesellschafter oft auf eine Verzinsung für ihren Unterhalt angewiesen sind, da sie oftmals einen grossen Teil ihres Privatvermögens in die Gesellschaft einbringen.¹⁰ Ausserdem kann durch eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung der Gerechtigkeit genüge getan werden.¹¹ Insb. auf Grund des letzten Arguments wird auch hier letzterer Auffassung gefolgt und somit ein gesetzlicher Zinsanspruch für Kollektivgesellschafter bzw. auch für Komplementäre bejaht.

Umstritten ist sodann, ob der Kommanditär wie der Komplementär auf Grund von Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 558 Abs. 2 OR einen gesetzlichen Zinsanspruch hat, oder ob ein Zinsanspruch wiederum nur besteht, sofern dies besonders vereinbart wurde.¹² Betreffend eine Ungleichbehandlung des Kommanditärs und des Komplementärs in Bezug auf einen Zinsanspruch¹³ findet sich im Recht der Kommanditgesellschaft keine gesetzliche Regelung, was aufgrund des Verweises in Art. 598 Abs. 2 OR bereits für die Geltung des Rechts der Kollektivgesellschaft auch für die Kommanditäre spricht.¹⁴ Auch nimmt die herrschende Lehre einen gesetzlichen Zinsanspruch des Kommanditärs an.¹⁵ Insb. besteht jedoch wiederum die Möglichkeit, einem allenfalls zweckwidrigen Erscheinen der Gleichbehandlung von Kommanditär und Komplementär durch Gesellschaftsvertrag entgegenzuwirken,¹⁶ weshalb auch gem. hier vertretener Meinung einem gesetzlichen Zinsanspruch für den Kommanditär und somit der Gleichbehandlung zugestimmt wird. Fallbezogen steht der Kommanditärin S.S. somit grds. ein gesetzlicher Zinsanspruch von 4% gem. Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 558 Abs. 2 OR zu. Der Umstand, dass die Gärtnerei S. Meier & Co kei-

⁸ VON STEIGER, S. 496.

⁹ VON STEIGER, S. 496; vgl. Botschaft 1928, S. 213.

¹⁰ SHK-HERREN, Art. 558 N 24; Botschaft 1928, S. 213.

¹¹ VON STEIGER, S. 497.

¹² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 37; VON STEIGER, S. 620.

¹³ Wohl aber betreffend den *Bezug* von Zinsen, so BUXBAUM CARONI, S. 105f.; oben, S. 1, 1.2. Gesetzlicher Zinsanspruch

¹⁴ SHK-HERREN, Art. 601 N 8; VON STEIGER, S. 620; vgl. BUXBAUM CARONI, S. 105f.

¹⁵ BSK-HANDSCHIN, Art. 601 N 3; CHK-COMBOEUF, OR 594-597 N 23; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 37; VON STEIGER, S. 620; SHK-HERREN, Art. 601 N 8; a.M. ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 601 N 18.

¹⁶ SHK-HERREN, Art. 601 N 8; Art. 598 Abs. 1 OR.

nen Gewinn erzielt hat, spielt wegen der Gewinnunabhängigkeit des Zinsanspruchs gem. Art. 558 Abs. 2 OR¹⁷ keine Rolle.

1.3. Geltendmachung des Zinsanspruchs

Mit der Feststellung des Rechnungsabschlusses werden sämtliche Ansprüche und Verpflichtungen der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft für die in Frage stehende Periode verbindlich festgelegt. Infolgedessen müssen die Gesellschafter, sofern einzelne Ansprüche im Rechnungsabschluss nicht berücksichtigt wurden, ihre Zustimmung verweigern oder unter ausdrücklichem Vorbehalt erklären, um sich eine spätere Geltendmachung vorzubehalten.¹⁸

1.3.1. Geltendmachung für das Geschäftsjahr 2014/2015

In casu wird auf Grund der Bestimmung VII. des Gesellschaftsvertrags für die Genehmigung der Jahresrechnung die Zustimmung aller Gesellschafter benötigt. S.S. könnte ihren Zinsanspruch für das Geschäftsjahr 2014/2015 demnach bereits bei der anstehenden Gesellschafterversammlung dadurch geltend machen, dass sie im Falle einer Zinsverweigerung ihre Zustimmung zum Rechnungsabschluss verweigert und damit die Genehmigung der Jahresrechnung ohne Zinsansprüche verhindert.

1.3.2. Geltendmachung für die ersten beiden Geschäftsjahre

a) Geltendmachung durch Nichtgenehmigung oder Vorbehalt

Während dem SV für die Genehmigung der Jahresrechnung für das erste Geschäftsjahr kein Vorbehalt seitens S.S. zu entnehmen ist, teilte S.S. ihre Bedenken im zweiten Geschäftsjahr zwar „lautstark“ mit, von einer Genehmigung unter ausdrücklichem Vorbehalt ist im SV jedoch keine Rede. Vielmehr wurde sie durch Susanne Meier (nachfolgend S.M.) auf den Gesellschaftsvertrag verwiesen und genehmigte „desillusioniert“ die Jahresrechnung.¹⁹ Somit sind für die Geltendmachung eines allfälligen Zinsanspruchs der S.S. weitere Möglichkeiten zu prüfen.

¹⁷ SHK-HERREN, Art. 601 N 7; BLAESER, § 12 IV; vgl. VON STEIGER, S. 497.

¹⁸ Für den ganzen Abschnitt: BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 533 N 143 (Bemerkung: Die Möglichkeit des Vergleichs zu Art. 533 OR der einfachen Gesellschaft basiert auf Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 557 Abs. 2 OR).

¹⁹ Unterlagen Falllösung HS 2015, S. 6.

b) *Unverbindlichkeit der Zustimmung aufgrund eines Willensmangels?*

Fehlt eine gesetzliche Regelung im Gesellschaftsrecht, finden auf Gesellschaftsbeschlüsse die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts Anwendung.²⁰ Zu prüfen ist somit eine allfällige Unverbindlichkeit der Genehmigung der Jahresrechnung durch S.S. aufgrund von Willensmängel, wobei insb. eine Irrtumsprüfung gem. Art. 23f. OR in Betracht fällt. Läge ein Irrtum vor, wäre ihre Zustimmung gem. Art. 23 OR unverbindlich gewesen und hätte bei Geltendmachung eine rückwirkende Ungültigkeit²¹ des Gesellschaftsbeschlusses zufolge, da die Genehmigung der Jahresrechnung in casu, wie erwähnt, der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.²²

Ein Irrtum liegt vor, wenn eine falsche oder fehlende Vorstellung über einen SV vorliegt.²³ Bei Zweifeln fällt ein Irrtum ausser Betracht.²⁴ In casu wusste S.S. nichts von ihrem gesetzlichen Zinsanspruch. Gem. SV wurde sie wegen der nicht vorhandenen Zinszahlungen im zweiten Geschäftsjahr zwar vorübergehend stutzig; durch den Verweis von S.M. auf den Gesellschaftsvertrag, der keinen Zinsanspruch beinhaltet, haben sich diese Zweifel offenbar aber wieder gelegt, zumal die Jahresrechnung in der Folge desillusioniert angenommen wurde und von weiteren Zweifel keine Rede ist.²⁵ Aufgrund der fehlenden Vorstellung über den gesetzlichen Zinsanspruch bei S.S. kann somit ein Irrtum angenommen werden.

Um eine Unverbindlichkeit erwirken zu können, muss der Irrtum gem. Art. 23 OR wesentlich sein.²⁶ Gem. Art. 24 Abs. 2 OR ist dies nicht der Fall, sofern sich dieser nur auf den Beweggrund zum Vertragsabschluss bezieht. Zu diesem sog. unbeachtlichen Motivirrtum gehört grds. auch der Rechtsirrtum.²⁷ Ein solcher liegt vor, wenn der Irrende eine Rechtsregel nicht kennt oder nicht versteht.²⁸ Gem. SV kennt S.S. offensichtlich die Regelung über den gesetzlichen Zinsanspruch des Kommanditärs nicht und befindet sich somit in einem Rechtsirrtum. Handelt es sich aber um eine komplexe Rechtslage, die besondere Spezialkenntnisse erfordert, bei welcher die Rechtsinformation nicht leicht zu beschaffen ist oder

²⁰ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 17; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534-535 N 10.

²¹ HOFER, S. 16, N 1.23; SCHWENZER, § 39, N 39.23.

²² Oben, S. 3: 1.3.1. Geltendmachung für das Geschäftsjahr 2014/2015.

²³ SCHWENZER, § 37 N 37.01.

²⁴ SCHWENZER, § 37 N 37.01.

²⁵ Unterlagen Falllösung HS 2015, S. 6.

²⁶ HOFER, S. 16 N 1.23; SCHWENZER, § 37 N 37.02.

²⁷ BGE 118 II 58, S. 63, E. 3b; BK-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 221; SCHWENZER, § 37, N 37.37

²⁸ BK-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 216; HUGUENIN, § 5 N 526.

diese zu beschaffen, z.B. mithilfe eines Spezialisten, als unzumutbar erscheint²⁹ und die mangelnde oder mangelhafte Rechtskenntnis im konkreten Fall zudem die subjektiv vorausgesetzte Vertragsgrundlage betrifft, wäre die Berufung auf einen Grundlagenirrtum gem. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ausnahmsweise zulässig.³⁰ Vorliegend ist der gesetzliche Zinsanspruch des Kommanditärs grds. zwar nicht ganz unbestritten,³¹ durch einen Blick auf Art. 598 Abs. 2 OR mit dem Verweis auf das Recht der Kollektivgesellschaft und dem darin enthaltenen Art. 558 Abs. 2 OR hätte S.S. m.E. jedoch zumindest auf die Idee kommen können, dass ihr womöglich ein gesetzlicher Zinsanspruch zustehen könnte. Würde man dennoch eine zu komplexe Rechtslage annehmen, scheint nach hier vertretener Auffassung die Möglichkeit der Berufung auf einen Irrtum immer noch als ungerechtfertigt, wäre doch die Informationsbeschaffung bei einem Spezialisten für S.S. als Kommanditärin einer Kommanditgesellschaft definitiv zumutbar, wenn nicht sogar zu verlangen, wie sie dies nun gem. Fragestellung sogar macht.³²

Somit fällt ein Zinsanspruch der S.S. für die vergangenen beiden Geschäftsjahre denn auch nicht mehr in Betracht.³³

1.4. Zinsberechnung

Gem. Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 558 Abs. 2 OR bildet der Kapitalanteil die Basis der Zinsberechnung.³⁴ Unter Vorbehalt abweichender Vereinbarungen ergibt sich der Kapitalanteil zunächst aus der ursprünglich geleisteten Kommanditeinlage und wird durch nachträglich geleistete Einlagen sowie nichtbezogene Zinse, Gewinnanteile und Honorare allenfalls erhöht, durch Bezüge, Verluste, Wertverminderungen oder Kapitalrückzahlungen vermindert.³⁵ Gem. Bilanz hat S.S. einen Kapitalanteil von CHF 90'000.-, erhält von der Gärtnerei S. Meier & Co jedoch einen unverzinslichen Betrag, den sie innert nützlicher

²⁹ HUGUENIN, § 5 N 526.

³⁰ BK-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 223; HUGUENIN, § 5 N 526.

³¹ Oben, S. 1 f.: 1.2. Gesetzlicher Zinsanspruch.

³² Unterlagen Falllösung HS 2015, S. 8 Ziff. 1.

³³ Weiter könnte zwar noch geprüft werden, ob S.S. durch einen Gesellschaftsbeschluss oder allenfalls durch Änderung des Gesellschaftsvertrags (z.B. zu einer Zinszahlung jeweils für 3 Jahre zusammen) rückwirkend Zinse verlangen könnte. Da diese Möglichkeit allerdings nur noch wenig mit dem allgemeinen Zinsanspruch der S.S. zu tun hat, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter darauf eingegangen.

³⁴ BUXBAUM CARONI, S. 109; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 37.

³⁵ BLAESER, § 12 II. B; BUXBAUM CARONI, S. 20f.; SHK-HERREN, Art. 601 N 3.

Frist zurückzahlen muss.³⁶ Zu prüfen ist somit, ob sich dieser Betrag auf den Kapitalanteil von S.S. auswirkt. Handelt es sich dabei um eine Kapitalrückzahlung, wäre dies der Fall. Eine Rückerstattung liegt bei jeder unmittelbaren, mittelbaren, offenen oder verdeckten Wertzuwendung aus dem Gesellschaftsvermögen ohne angemessene Gegenleistung vor, wobei dies bei Leistungen aufgrund marktkonformer Drittgeschäfte, wie z.B. Darlehen oder Käufe nicht der Fall ist.³⁷ Demnach würde es sich vorliegend nicht um eine Einlagenrückgewähr handeln, wenn der Betrag ein marktkonformes Darlehen darstellte.³⁸ Das Bundesgericht verneint die Marktkonformität eines Darlehens, wenn dieses nicht gesichert ist und unter Drittbedingungen nicht gewährt werden würde (sog. Drittmannstest).³⁹ Als gesichert gilt ein Darlehen, wenn sich der Darlehensgeber mit der Bonität des Schuldners den Umständen entsprechend befasst.⁴⁰ Die Gewährung unter Drittbedingungen bedeutet, dass das Darlehen einem unabhängigen Dritten zu denselben Bedingungen gewährt werden würde.⁴¹ Gem. SV habe S.S. die anderen Gesellschafterinnen ausführlich über ihre finanziell missliche Lage aufgeklärt, worauf diese ihr, trotz anfänglicher Skepsis und ohne weitere Abklärungen betreffend die Bonität von S.S. vorzunehmen, den Betrag gewährten.⁴² Von einem gesicherten Darlehen kann somit nicht die Rede sein. Auch ist die Gärtnerei S. Meier & Co offensichtlich nicht in einer Lage, in der sie problemlos ein ungesichertes Darlehen überhaupt vergeben könnte, womit m.E. auch ein Drittmannstest keinen Erfolg hätte. Abgesehen von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird eine Einlagerückgewähr zudem auch angenommen, wenn der Darlehensnehmer von Anfang an nicht in der Lage war, das Darlehen zurückzuzahlen.⁴³ In casu türmten sich bei S.S. die Rechnungen und Mahnungen und zudem habe sie den Grossteil ihres Vermögens in die Gärtnerei investiert, woraus sich schliessen lässt, dass sie ein solches Darlehen zu diesem Zeitpunkt wohl nicht zurückzahlen konnte.⁴⁴ Demnach liegt in casu kein marktkonformes Drittgeschäft vor und damit handelt

³⁶ Unterlagen Falllösung HS 2015, S. 5 und 6 f.

³⁷ CHK-COMBOEUF, OR 608-612 N 12 und 13.

³⁸ CHK-COMBOEUF, OR 608-612 N 13.

³⁹ BGE 140 III 533, S. 544f. E. 4.5, wobei es zwar um Aktiengesellschaften geht, für die Definition der Marktkonformität (eines Darlehens) sollte dies m.E. jedoch keine Rolle spielen (vgl. auch BSK-PESTALOZZI/HETTICH Art. 610 N 8, welche die Rückerstattung jener der AG gleichsetzen).

⁴⁰ BGE 140 III 533, S. 544 E. 4.5.

⁴¹ BGE 140 III 533, S. 543 E. 4.3.

⁴² Unterlagen Falllösung HS 2015, S. 6.

⁴³ BSK-KURER/KURER, Art. 680 N 22, wobei die Annahme zum möglichen Vergleich wieder auf BSK-PESTALOZZI/HETTICH Art. 610 N 8 basiert (vgl. Ausführung bei Fussnote 39).

⁴⁴ Unterlagen Falllösung HS 2015, S. 6.

es sich beim fraglichen Betrag um eine Einlagenrückerstattung, welche den Kapitalanteil der S.S. um CHF 50'000.- reduziert.

Massgeblich für die Zinsberechnung ist sodann die Höhe des Kapitalanteils in der Eröffnungsbilanz,⁴⁵ wobei Ein- oder Rückzahlungen während des Jahres für die Zinsberechnung zu berücksichtigen sind.⁴⁶ Da der Betrag in casu auf den Beginn des Geschäftsjahrs datiert wurde, ist für S.S. somit gem. Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 558 Abs. 2 OR ein Zins von vier Prozent auf ihren durch die Kapitalrückerstattung auf CHF 40'000.- verminderten Kapitalanteil zu berechnen, was einem Zins von CHF 1'600.- entspricht.

1.5. Zinsbezug

Gem. dispositivrechtlicher Regelung⁴⁷ von Art. 611 Abs. 1 OR⁴⁸ hat der Kommanditär nur Anspruch auf Auszahlung von Zinsen und Gewinn, sofern die Kommanditsumme durch die Auszahlung nicht vermindert wird. Gem. PESTALOZZI/HETTICH sei dieser Bestimmung zufolge ein Bezug von Zinsen jedoch nur dann möglich, wenn sich dadurch der Kapitalanteil nicht vermindere. Zudem müssten evtl. Verluste aus früheren Jahren ausgeglichen und die Einlage jeweils wieder auf den vorigen Stand ergänzt werden.⁴⁹ HERREN zufolge sei gem. Art. 611 Abs. 1 OR die Auszahlung von Zinsen solange nicht erlaubt, als dass die Kommanditsumme durch die dem Kapitalanteil zugeschriebenen Einlagen, Zinsen, Honorare und Gewinnanteile nicht gedeckt ist.⁵⁰ Unterstützt wird diese Ansicht durch VON STEIGER, welcher die Begründung jedoch insb. aus Art. 601 Abs. 3 OR entnimmt und dabei in dessen Formulierung - wonach u.a. Zinsen nur soweit zugeschrieben werden dürfen, bis die Kommanditsumme wieder erreicht sei - nicht nur eine Erlaubnis, sondern auch ein Gebot sieht.⁵¹ Zu folgen ist m.E. jedoch der Ansicht von PESTALOZZI/HETTICH, da das Verlangen einer Auffüllungspflicht der Kommanditsumme, wenn doch intern eine kleinere Einlage vereinbart werden kann, eine Missachtung des Parteiwillens darstellen würde.⁵² Für die Frage der

⁴⁵ Insofern spielt ein allfälliger Gewinn, den die Gesellschaft im Geschäftsjahr 2014/2015 erzielen würde, keine Rolle für die Berechnung des Zinses.

⁴⁶ BUXBAUM CARONI, S. 109; BLAESER, § 12 III. B.

⁴⁷ SHK-KRAUSKOPF/GIRÓN, Art 611 N 1; BLAESER, § 12 IV.

⁴⁸ Gem. BUXBAUM CARONI, S. 76, sei für diese Bestimmung auch eine internrechtliche Geltung zu bejahen.

⁴⁹ BSK-PESTALOZZI/HETTICH, Art. 611 N 4.

⁵⁰ SHK-HERREN, Art. 601 N 11.

⁵¹ VON STEIGER, S. 620f. inkl. Fussnote 34.

⁵² BUXBAUM CARONI, S. 72.

Bezugsmöglichkeit von Zinsen ist sodann, im Gegensatz zur Zinsberechnung, die Bilanz am Ende des Geschäftsjahres massgeblich.⁵³

In casu ist nicht ersichtlich, wie die Gärtnerei S. Meier & Co im aktuellen Geschäftsjahr wirtschaftet. Ob S.S. also einen Anspruch auf Auszahlung ihres Zinsanspruchs hat, hängt davon ab, ob sie ihre Einlage durch ihren (allenfalls durch Gewinn erhöhten) Kapitalanteil zu decken vermag.

1.6. Fazit

S.S. kann an der Jahresversammlung lediglich für das Geschäftsjahr 2014/2015 einen gesetzlichen Zinsanspruch nach Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 558 Abs. 2 OR von vier Prozent auf ihren Kapitalanteil geltend machen. Ob dieser Zins dann auch effektiv ausbezahlt werden kann, hängt sodann vom Stand ihrer Kommanditeinlage und damit auch vom Jahresergebnis der Gesellschaft ab.

2. Übertragung der Kommandite

Vorab ist zu bemerken, dass sich der Gesellschafterwechsel in der Kommanditgesellschaft grds. nach den Bestimmungen der einfachen Gesellschaft richtet.⁵⁴ Im Hinblick auf die Übertragung der Gesellschafterstellung an Dritte ist sodann zu erwähnen, dass eine solche gesetzlich nicht geregelt ist,⁵⁵ für einen Gesellschafterwechsel aber grds. zwei Möglichkeiten bestehen: zum einen der Wechsel durch Doppelvertrag und zum anderen die Übertragung durch Rechtsgeschäft.⁵⁶ Beiden gemeinsam ist, dass sie der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedürfen, da der Gesellschafterwechsel jeweils zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrags führt.⁵⁷ Würde in casu S.S. ihre Kommandite ohne Zustimmung der anderen an Cedric Carlson (nachfolgend C) verkaufen, würde dieser gem. Art. 619 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 557 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 542 Abs. 2 OR⁵⁸ nicht Gesellschafter werden, sondern wäre lediglich gem. analoger Anwendung von Art. 164 ff. OR Vollrechtsinhaber der

⁵³ BGE 45 II 533 S. 540 E. 3a; für die Berechnung siehe oben, S. 6 f.: 1.4. Zinsberechnung.

⁵⁴ Vgl. für den Verweis: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 56 und § 13 N 93.

⁵⁵ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 91; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 24; SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 21

⁵⁶ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 97; SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 23; zusätzlich gäbe es noch die Möglichkeit der sog. Vertragsübernahme, diese gilt heute jedoch als überholt (SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 41).

⁵⁷ ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 36 und 54; vgl. BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 109 und 156.

⁵⁸ Vgl. für den Verweis: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 56 und § 13 N 93.

Vermögensrechte der S.S.⁵⁹ Damit S.S. aber aus der Gesellschaft austreten und C Gesellschafter werden kann, bedarf es eines Gesellschafterwechsels und damit einhergehend einer Anpassung des Gesellschaftsvertrags, da die Bestimmung X. des Gesellschaftsvertrags lediglich u.a. das Ausscheiden einer Gesellschafterin gestattet, jedoch die Fortsetzung nur durch die verbleibenden Gesellschafterinnen vorsieht und somit keinen Gesellschafterwechsel beinhaltet. Insofern würde in casu ein Gesellschafterwechsel, egal welcher Art, gem. Bestimmung VII. Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags die Zustimmung aller Gesellschafterinnen benötigen.

2.1. Doppelvertrag

Der Mitgliedschaftswechsel durch Doppelvertrag benötigt zwei Verträge: Zum einen den Austrittsvertrag, welcher die Austrittsmodalitäten zwischen dem Austretenden und den übrigen Gesellschafter regelt, und zum anderen den Eintrittsvertrag, welcher die Aufnahme des Neueintretenden in die Gesellschaft zwischen ihm und den bleibenden Gesellschaftern regelt.⁶⁰ Zwischen Ein- und Austretendem besteht betreffend den Mitgliederwechsel grds. keine vertragliche Bindung, jedoch steht es ihnen frei, über die Abwicklung des Mitgliederwechsels einen schuldrechtlichen Vertrag zu vereinbaren.⁶¹ Dies zum Beispiel in der Form, dass der Austretende dem neu Eintretenden die ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Ansprüche, wie z.B. den Abfindungsanspruch, gegen ein Entgelt zediert.⁶² Insofern können S.S. und C einen Gesellschafterwechsel zu den im SV erwähnten Konditionen unter sich planen und S.S. könnte ihre Kommandite bzw. ihren Abfindungsanspruch (welcher sich gem. Bestimmung X. des Gesellschaftsvertrags nach der Höhe des Substanzwertes des den anderen angewachsenen Kapitalanteils richtet) an C abtreten. Zusätzlich müssten sie aber noch jeweils separat für S.S. einen Aus- und für C einen Eintrittsvertrag mit den übrigen Gesellschafterinnen schliessen. Wie bereits erwähnt, hängt die Möglichkeit des Wechsels zudem von der Zustimmung der Gesellschafterinnen ab.⁶³

Die Haftungsfolgen der Doppelvertragstheorie entsprechen grds. separat den Folgen des Ausscheidens bzw. des Eintritts.⁶⁴ Demnach würde C als neueintretender Kommanditär

⁵⁹ Vgl. CHK-JUNG, Art. 542 N 14; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 102.

⁶⁰ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 524 N 155; SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 24.

⁶¹ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 158; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 52.

⁶² BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 158.

⁶³ Oben, S. 9: 2. Verkauf der Kommandite.

⁶⁴ BUXBAUM CARONI, S. 307.

gem. Art. 612 Abs. 1 OR mit der Kommanditsumme nicht nur für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, welche nach seinem Beitritt entstanden sind, sondern auch für jene, die bereits vor seinem Beitritt in die Gesellschaft bestanden haben, haften. S.S. als austretende Kommanditärin würde gem. Art. 619 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 591 Abs. 1 OR, mit Ausnahme von sich aufgrund der Natur der Forderung ergebender kürzeren Verjährungsfristen, noch für einen Zeitraum von fünf Jahren für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe ihrer Kommanditsumme haften.

Problematisch bei dieser Art des Gesellschafterwechsels ist, dass beide Gesellschafter gem. Art. 610 Abs. 2 OR bis zu ihrer Kommanditsumme haften, sofern sie diese nicht durch Einlagen gedeckt haben.⁶⁵ Zwar sollten nach der eigentlichen Idee der Übertragung der Mitgliedschaft bereits geleistete Einlagen beide im entsprechenden Umfang befreien,⁶⁶ eine Erklärung für den Übergang der Einlage, welche beide befreien sollte, gestaltet sich hier jedoch schwierig, da mit dem Gesellschafterwechsel durch Doppelvertrag aufgrund des separaten Ein- und Austritts, im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Übertragung, keine Rechtsnachfolge begründet wird.⁶⁷ Folglich könnte sich vorliegend wohl nur C die Einlage bzw. den von S.S. abgetretenen Teil ihres Abfindungsanspruch an seiner Kommanditsumme anrechnen lassen, nachdem er diese ja von S.S. für CHF 80'000 abgekauft hätte, S.S. hingegen würde wieder für den vollen Umfang ihrer Kommanditsumme haften.⁶⁸

Insofern ist m.E. die Mitgliedschaftsübertragung auf dem rechtsgeschäftlichen Weg zu prüfen, zumal auf diese Weise zumindest eine Rechtsnachfolge begründet wird,⁶⁹ wodurch die Möglichkeit einer geringeren Haftung für S.S. bestehen könnte.

2.2. Rechtsgeschäftliche Übertragung der Kommandite⁷⁰

Die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Übertragung gilt als unbestritten und ist daher auch in casu anwendbar.⁷¹ Für die Übertragung benötigt es ein der Verfügung zugrunde

⁶⁵ BSK-PESTALOZZI/HETTICH, Art. 610 N 6 f.; vgl. RICHARD, S. 108; HUBER, S. 398.

⁶⁶ Vgl. HUBER, S. 398.

⁶⁷ HUBER, S. 399; vgl. BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 159; BUXBAUM CARONI, S. 307; RICHARD, S.108; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 26.

⁶⁸ Vgl. HUBER, S. 398 f.

⁶⁹ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 106; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 25 und N 26; vgl. HUBER, S. 399.

⁷⁰ Dieser Vorgang wird u.a. auch „Theorie des einfachen Verfügungsgeschäfts“ genannt, vgl. BUXBAUM CARONI, S. 308.

⁷¹ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 99; SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 28; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 27.

liegendes Verpflichtungsgeschäft zwischen ein- und austretendem Gesellschafter.⁷² Dieses kann grds. formfrei erfolgen.⁷³ Das Verfügungsgeschäft stellt sodann die eigentliche Übertragung dar,⁷⁴ wobei die Mitgliedschaft den Verfügungsgegenstand bildet.⁷⁵ Auf das Verfügungsgeschäft findet das Zessionsrecht nach Art. 164 ff. OR analoge Anwendung.⁷⁶ Da die Mitgliedschaft mitsamt aller Rechte und Pflichten durch Zession übergeht, wird eine Schuldübernahme nicht benötigt.⁷⁷ Somit besteht für das Verfügungsgeschäft gem. analoger Anwendung von Art. 165 Abs. 1 OR ein Schriftlichkeitserfordernis.⁷⁸ Für eine gültige Übertragung bzw. die zur Verfügung notwendigen Verfügungsmacht wird zudem die Zustimmung der Gesellschafter benötigt.⁷⁹ Unter Einhaltung dieser Voraussetzungen könnte S.S. ihre Kommandite an C abtreten.

Im Innenverhältnis tritt der neue Kommanditär so in die Rechtsstellung des Austretenden, wie sie zu diesem Zeitpunkt bestand.⁸⁰ Das bedeutet, dass der austretende Kommanditär aus der Gesellschaft ausscheidet und damit alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten verliert bzw. diese auf den neuen Kommanditär übergehen.⁸¹ Auch allfällige Verpflichtungen gegenüber den Mitgesellschaftern gehen unter Befreiung des Austretenden auf den Nachfolger über.⁸² In casu würde S.S. somit im Innenverhältnis von all ihren Rechten und Pflichten befreit werden und C würde an ihre Stelle treten. Da auch allfällige Verpflichtungen gegenüber den Mitgesellschaftern auf C übergehen, würde sodann er anstelle von S.S. verpflichtet werden, die vertraglich vereinbarte Einlage von CHF 90'000.-, welche sich ja aufgrund der oben erwähnten Rückerstattung auf CHF 40'000.- vermindert hat, allenfalls wieder einzuzahlen.⁸³

⁷² SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 32; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 29.

⁷³ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 120; SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 33.

⁷⁴ SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 32; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 29.

⁷⁵ SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 30; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 28; a.M. BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 104, welche den Gesellschaftsanteil als subjektives Recht betrachten, welche die Mitgliedschaft impliziert. Gefolgt wird hier der Auffassung von SCHÜTZ, der eine Aufteilung der Mitgliedschaft und der damit verknüpften Rechte und Pflichten bei einer Mitgliedschaftsübertragung als unvereinbar mit der Natur dieses Instituts erachtet (SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 30; vgl. auch ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 28).

⁷⁶ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 113; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 102.

⁷⁷ ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 31; vgl. BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 114.

⁷⁸ Meier-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 102; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 33.

⁷⁹ SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 32; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 32.

⁸⁰ BUXBAUM CARONI, S. 310.

⁸¹ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 130 bzw. 143; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 41 bzw. 48.

⁸² BUXBAUM CARONI, S. 310; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 42.

⁸³ Oben, S. 6 f.: 1.4. Zinsberechnung. (Würde es sich hingegen um ein Darlehen handeln, würde die Kommanditeinlage weiterhin als geleistet gelten, wodurch C diesbezüglich auch keine Pflicht hätte).

Im Aussenverhältnis richtet sich die Haftung analog zu Art. 181 OR.⁸⁴ Demnach haftet der austretende Gesellschafter noch während dreier Jahre solidarisch mit dem neuen Gesellschafter (Abs. 2), während Letzterer auch bereits für Verbindlichkeiten vor seinem Beitritt haftet, sobald der Gesellschafterwechsel den Gläubigern angezeigt wird (Abs. 1). Die analoge Anwendung von Art. 181 OR ist indes nicht ganz unbestritten.⁸⁵ Während sich die Verpflichtung des Erwerbers gegenüber Dritten durch die Übernahme der Rechtsstellung ergibt und sich somit eine analoge Anwendung von Art. 181 OR nicht dadurch verneinen lässt, dass der Erwerber sich weder persönlich noch durch Stellvertretung gegenüber Dritten verpflichtet hat, spricht auch das Interesse, die am Übergang unbeteiligten Gläubiger in ihrem Vertrauen auf die Haftbarkeit des Veräusserers zu schützen, für eine Anwendung von Art. 181 OR.⁸⁶ Da es sich zudem auch nicht um einen normalen Neueintritt bzw. Austritt handelt und deshalb nicht die diesbezüglichen Regeln der Kommanditgesellschaft, sondern eben die für die rechtsgeschäftliche Übertragung in der einfachen Gesellschaft aufgestellten Regelungen Anwendung finden sollten,⁸⁷ ist auch gem. hier vertretener Auffassung von der analogen Anwendung von Art. 181 OR auszugehen. Umfangmässig haftet dann sowohl der alte, als auch der neue Kommanditär den Gläubigern gegenüber bis zur Höhe der eingetragenen Kommanditsumme, allerdings wird hier im Unterschied zur Übernahme durch Doppelvertrag die geleistete Einlage des einen auch dem anderen zugerechnet, wobei der neue Gesellschafter u.a. frühere Rückerstattungen gegen sich gelten zu lassen hat, umgekehrt die Haftung des austretenden Kommanditärs jedoch nicht durch spätere Bezüge wieder aufleben lassen kann.⁸⁸ In casu wäre S.S. somit in analoger Anwendung von Art. 181 Abs. 2 OR noch für drei Jahre haftbar. Aufgrund der oben erwähnten Rückerstattung ihrer Einlage,⁸⁹ welche gem. Art. 610 Abs. 2 die Haftung in entsprechendem Umfang wieder aufleben lässt,⁹⁰ könnte sie umfangmässig bis zur Differenz zwischen ihrer Kommanditeinlage und der im HR eingetragenen Kommanditsumme solidarisch mit C haftbar gemacht werden.

⁸⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 100; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 46.

⁸⁵ Vgl. z.B. BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 N 140, welche die Anwendung von Art. 181 OR nur bei ausdrücklicher Vereinbarung befürwortet; oder SHK-SCHÜTZ, Art. 542 N 39, welcher diese ganz ablehnt.

⁸⁶ ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 N 46 und N 51.

⁸⁷ Vgl. für den Verweis: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 56 und § 13 N 93.

⁸⁸ BUXBAUM CARONI, S. 311 ff.

⁸⁹ Oben, S. 6 f.: 1.4. Zinsberechnung.

⁹⁰ BSK-PESTALOZZI/HETTICH, Art. 610 N 8.

2.3. Fazit

Mit Hinblick auf die zwei Möglichkeiten des Gesellschafterwechsels kann die Frage, ob S.S. ihre Kommandite zu erwähnten Konditionen verkaufen könnte, problemlos bejaht werden.⁹¹ Aufgrund der solidarischen Haftung mit C, welche zudem gem. analoger Anwendung von Art. 181 OR bereits nach 3 Jahren verjährt, wäre eine rechtsgeschäftliche Übertragung zwar vorteilhafter als eine Übertragung durch Doppelvertrag, eine grundsätzliche Haftungsbefreiung durch Gesellschafterwechsel findet jedoch in keinem der beiden Fälle statt.

3. Jahresrechnung

3.1. Anwendbares Recht

In Kraft getreten ist die neue Regelung am 1. Januar 2013.⁹² Gem. Art. 2 Abs. 1 UeB finden die Vorschriften des 32. Titels, also der kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung nach Art. 957 ff. OR (wozu die Gärtnerei S. Meier & Co aufgrund der Bestimmung III. im Gesellschaftsvertrag und aufgrund von Art. 957 Abs. 1 Ziff. 1 OR⁹³ verpflichtet ist), ihre erstmalige Anwendung für jenes Geschäftsjahr, welches zwei Jahre (gem. Abs. 3 drei Jahre für Konzerne, was in casu jedoch definitiv nicht vorliegt) nach Inkrafttreten dieser Gesetzesänderungen beginnt. Aufgrund des Wortlauts in Art. 2 Abs. 1 UeB, wonach der Stichtag für die zeitliche Abgrenzung der Beginn des Geschäftsjahrs ist, besteht die Anwendungspflicht von Art. 957 ff. OR also erst für Geschäftsjahre, welche am 1. Januar 2015 oder später beginnen.⁹⁴ Dabei spielt es keine Rolle, ob das betreffende Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr zusammenfällt oder nicht, ausschlaggebend ist einzig der Beginn des Geschäftsjahres.⁹⁵ Das in Frage stehende Geschäftsjahr begann am 1. Oktober 2014. Für die Jahresrechnung vom Geschäftsjahr 2014/2015 besteht somit noch keine Pflicht zur Anwendung von Art. 957 ff. OR (anders sieht dies hingegen für das am 01. Oktober 2015 begonnene Geschäftsjahr aus). Die Botschaft erlaubt allerdings bereits die vorzeitige Anwen-

⁹¹ Gem. SV scheint S.S. das Verlassen der Gesellschaft, ohne der Grund für eine Auflösung dazu-stellen, am wichtigsten zu sein. Da der Austritt gem. X. des Gesellschaftsvertrags der Austritt mit Fortführung inkl. Abfindungsanspruch geregelt ist, könnte ein normaler Austritt u.U. sogar der einfachste und beste Weg sein, allerdings ist im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter darauf einzugehen.

⁹² Fussnote 575 zum Zweiunddreissigsten Titel bei Art. 957 ff. OR.

⁹³ Vgl. zum Umsatzerlös: Unterlagen Falllösung HS 2015, S. 5.

⁹⁴ Art. 2 Abs. 1 UeB; so auch GLANZMANN/SCHMID, S. 3 Rz. 6.

⁹⁵ GLANZMANN/SCHMID, S. 3 Rz. 6; vgl. Botschaft 2007, S. 1736.

dung innerhalb der Zweijahresfrist.⁹⁶ Allerdings ist die Anwendung des neuen Rechts nur für ein Geschäftsjahr als Ganzes möglich, d.h. eine Spaltung des Geschäftsjahres in Bezug auf eine teilweise Anwendung von altem und neuem Recht ist nicht vorgesehen.⁹⁷ Insofern muss S.M. die neuen Bestimmungen zwar nicht anwenden, darf dies aber tun, sofern sie die neue Regelung für das gesamte Geschäftsjahr anwendet.

3.2. Bewertung der Liegenschaft nach neuem Recht

In Art. 958c Abs. 1 Ziff. 5 OR ist u.a. das sog. Vorsichtsprinzip als Grundsatz der ordnungsgemässen Rechnungslegung statuiert.⁹⁸ Dieses stellt u.a. eine Leitlinie für die Bewertung von Aktiven und Passiven dar, wonach bei erheblichen Unsicherheiten bei der Bewertung jeweils die weniger optimistische (d.h. die niedrigere) von zwei sachlich begründeten Wertansätzen zu berücksichtigen ist, wobei dies auch als Leitlinie für Schätzungen gilt.⁹⁹ Der Botschaft zufolge dürfe aus dem Bewertungsvorgang keine „*aggressive Bewertung*“, sondern nur „*eine fundiert begründete und für den Zeithorizont der nächsten 12 Monate realistische Bewertung*“ resultieren.¹⁰⁰ In diesem Sinne wird dieser Leitsatz in Art. 960 Abs. 2 OR genannt.¹⁰¹ Bereits aufgrund dieser Ausführungen müsste die Möglichkeit der Aufwertung der Liegenschaft im vorliegenden Fall verneint werden, da in casu der Wert der Liegenschaft von René Roth nur vermutet wurde.¹⁰² Könnte die Liegenschaft aber effektiv für 1.2 Mio. Franken verkauft werden, wären insb. Art. 960a OR und Art. 960b OR zu prüfen. Nach Art. 960a Abs. 2 OR dürfen Aktiven in der Folgebewertung, unter Vorbehalt von Bestimmungen für einzelne Arten davon, nicht höher als zu ihren Anschaffungs- oder Herstellungskosten bewertet werden („Kostenwertprinzip“¹⁰³). Dies ist der Ausdruck des sog. Aufwertungsverbots.¹⁰⁴ Die Bestimmung von Art. 960b Abs. 1 OR, wonach „*Aktiven mit Börsenkurs oder einem anderen beobachtbaren Marktpreis in einem aktiven Markt*“ allenfalls über dem Nennwert oder dem Anschaffungswert bewertet werden dürfen, bildet dazu jedoch die Ausnahme. Dass eine Liegenschaft keinen Börsenkurs aufweist liegt

⁹⁶ Botschaft 2007, S. 1736.

⁹⁷ GLANZMANN/SCHMID, S. 3 Rz. 8.

⁹⁸ Vgl. BÖCKLI, S. 38 N 158.

⁹⁹ BÖCKLI, S. 44 N 182; vgl. HANDSCHIN, S. 3 Rz. 6.

¹⁰⁰ Botschaft 2007, S. 1710.

¹⁰¹ BÖCKLI, S. 195 N 872.

¹⁰² Unterlagen Falllösung HS 2015, S. 7.

¹⁰³ BÖCKLI, S. 46 N 187.

¹⁰⁴ BÖCKLI, S. 190 N 845.

auf der Hand. In Frage steht deshalb, ob die Liegenschaft als Aktivum mit beobachtbarem Marktpreis in einem aktiven Markt gilt. Die genaue Deutung von Art. 960b Abs. 1 OR scheint nicht ganz klar.¹⁰⁵ Während zum einen die Meinung vertreten wird, dass Art. 960b OR für Anlagevermögen gar nicht anwendbar sei,¹⁰⁶ wird hier der Meinung gefolgt, dass es nicht darauf ankommt, ob es sich um Anlage- oder Umlaufvermögen handelt, sondern grds. darauf, ob ein Börsenpreis oder ein Marktpreis in einem aktiven Markt gegeben ist.¹⁰⁷ Ein Charaktermerkmal des aktiven Markts ist u.a., dass es sich um homogene Produkte handelt.¹⁰⁸ Homogene Güter sind austauschbar, d.h. aus der Sicht des Erwerbers so gleichartig, dass es nicht darauf ankommt, ob er das eine oder andere kauft.¹⁰⁹ Da sich sogar zwei identische Liegenschaften z.B. schon nur betreffend Ort, Lichteinfall usw. unterscheiden, muss bereits die Homogenität für Liegenschaften verneint werden und somit auch die Voraussetzung des aktiven Markts von Art. 960b OR für Liegenschaften.¹¹⁰ Somit wird eine Liegenschaft von Art. 960b OR nicht erfasst und darf deshalb in der Folgebewertung nicht über den von Art. 960a Abs. 2 OR bestimmten Wert bilanziert werden.

3.3. Fazit

S.M. liegt mit ihrer Ansicht, wonach sie das neue Rechnungslegungsrecht für das Geschäftsjahr 2014/2015 zwingend anwenden und im Zuge dessen neu die Liegenschaft mit dem Verkehrswert in die Bilanz aufnehmen müsse, falsch. Zwar darf sie das neue Recht bereits anwenden, eine Aufwertung der Liegenschaft ist dabei aber gem. Art. 960a Abs. 2 OR nicht erlaubt, sofern der Anschaffungs- oder Herstellungswert überstiegen wird. In diesem Fall wäre S.M. weder verpflichtet noch befugt, die Liegenschaft zum gemutmassten Wert von 1.2 Mio. zu bilanzieren, da dies nicht nur ein Verstoss gegen Art. 960a Abs. 2 OR sondern, aufgrund der lediglichen Mutmassung des Verkehrswerts durch C, auch gegen das Vorsichtsprinzip darstellen würde. Insofern könnte die Jahresrechnung dann auch nicht bedenkenlos genehmigt werden.

¹⁰⁵ Vgl. SPR-HANDSCHIN, § 20 N 656; HÜTTCHE, S. 485 N 9.

¹⁰⁶ So explizit z.B. SPR-HANDSCHIN, § 20 N 656 und implizit BÖCKLI, S. 192 N 859, demzufolge Art. 960b OR nur für bestimmte Werte des Umlaufvermögens anwendbar ist.

¹⁰⁷ Vgl. HÜTTCHE, Art. 960b N 2 und 15 ff.; SHW, S. 62.

¹⁰⁸ Zusätzliche Charakterisierungsmerkmale sind: kaum Ein- und Austrittsbarrieren, nahezu vollkommene Informationen, tiefe Transaktionskosten und der Grundsatz der Profitmaximierung (HÜTTCHE, Art. 960b N 17; vgl. SHW, S. 62, welche zusätzlich noch eine grosse Anzahl und Regelmässigkeit von Transaktionen zwischen Käufern und Verkäufern verlangen).

¹⁰⁹ HÜTTCHE, Art. 960b N 18.

¹¹⁰ So auch HÜTTCHE, Art. 960b N 18, allg. zu Immobilien

IV. Selbständigkeitserklärung gemäss Art. 42 Abs. 2 Studienreglement RW

„Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist. Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.“ [Fassung vom 22.5.2014]

Bern, 17. November 2015

David J. Ammann