

Lösungsskizze zur Fachprüfung im Wirtschaftsrecht vom 17. Juni 2009

Hinweise zur Korrektur:

Teile B und C: Die dreistelligen Korrekturcodes (z.B. "201") stehen für einen ganzen, diejenigen mit dem Zusatz "/2" für einen halben Punkt.

TEIL A

1.) Dreifache Stimmabgabe durch Heidi (Vertretung von Oliver und Sohn): Ein Genossenschafter kann sich durch einen anderen Genossenschafter vertreten lassen, der Bevollmächtigte darf aber nicht mehr als einen Genossenschafter vertreten (886 I OR). Heidi kommen somit nur zwei Stimmen zu: Ihre eigene und jene eines Vertretenen.

Stimmabgabe und Teilnahme von Cindy: Cindy hat ihrem Freund zwar die Anteilsscheine abgekauft, die Abtretung der Anteile macht sie aber nicht zur Genossenschafterin (849 I OR). Sie hat damit kein Recht zur Stimmabgabe und kann ihren Freund auch nicht vertreten (vgl. 886 III OR). Dritte können der Versammlung nur als Besucher beiwohnen. Beschlüsse, bei denen Cindy gestimmt hat, sind anfechtbar, sofern ihre Stimme kausal für die Beschlussfassung war (BSK zu Art. 891 OR N 15, welcher die Kausalität, die fürs Aktienrecht explizit in OR 691 III genannt wird, als allgemeines Prinzip nennt).

2) Die drei im Sachverhalt genannten Personen haben eine Gesellschaft gegründet. Da in ihr sowohl juristische als auch natürliche Personen vorkommen, fällt die Kollektivgesellschaft ausser Betracht (Art. 552 Abs. 1 OR). Da für eine andere Gesellschaftsform keine Anzeichen vorhanden sind, kommt das Recht der einfachen Gesellschaft als gesellschaftsrechtliche Subsidiärform zur Anwendung, obwohl vermutlich ein für eine einfache Gesellschaft unzulässiges kaufmanisches Gewerbe betrieben wird (Art. 530 Abs. 2 OR), welches von der Praxis aber geduldet wird. Die einfache Gesellschaft wird nach den Regeln der bürgerlichen Stellvertretung (Art. 32 OR) vertreten (Art. 543 Abs. 2 OR). Der bürgerlichen Stellvertretung ist nur Rechtshandeln, nicht jedoch deliktisches Handeln zugänglich. Da es sich im vorliegenden Fall um ein Delikt (Körpverletzung) handelt, wird die Gesellschaft dadurch nicht vertreten, womit eine Inanspruchnahme der Sunshine AG gestützt auf Gesellschaftsrecht ausser Acht fällt.

Diskutiert werden könnte eine Haftung der Sunshine AG als Geschäftsherrin gemäss Art. 55 OR. Mangels Subordinationsverhältnis zwischen Zinniker und Sunshine AG fällt jedoch diese Lösung ausser Betracht.

3.) Das GmbH-Recht verweist bezüglich der Regelungen der Revisionsstelle (Art. 818 Abs. 1 OR) und den Rechnungslegungsvorschriften (Art. 801 OR) auf das Recht der AG., womit insbesondere auf die Konsolidierungsvorschriften im Konzern (Art. 663e Abs. 1 OR) verwiesen wird. Aufgrund der Stimmenmehrheit und der Beherrschung des VR liegt eine einheitliche wirtschaftliche Leitung und somit ein Konzern vor (Art. 663e Abs. 1 OR). In diesem Fall ist eine Gesellschaft verpflichtet, eine Konzernrechnung zu erstellen. Gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 3 OR müssen Gesellschaften, welche zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind, ihre Jahresrechnung und gegebenenfalls ihre Konzernrechnung ordentlich prüfen lassen. Grundsätzlich muss die Maibach GmbH eine Konzernrechnung erstellen, womit sie sich ordentlich revidieren lassen muss. Auf das Erstellen einer Konzernrechnung kann verzichtet werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 663e Abs. 2 OR erfüllt sind und gleichzeitig keine Ausnahme im Sinne von Art. 663e Abs. 3 OR vorliegt. In diesem Fall müssen die entsprechenden Rechnungen der herrschenden Gesellschaft eingeschränkt revidiert werden (Art. 727a OR i.V.m. Art. 727 Ziff. 1 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 663e Abs. 2 OR). Ob diese Voraussetzung im vorliegenden Fall erfüllt ist, kann dem Sachverhalt nicht entnommen werden.

4. a) Bei der Abspaltung (Art. 29 lit. b FusG) überträgt eine Gesellschaft einen Vermögensteil auf eine andere Gesellschaft. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erhalten dafür Anteils- bzw. Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft. Für die Beschlussfassung ist die GV zuständig (Art. 43 FusG).

Bei der Vermögensübertragung (Art. 69 FusG) geht die Gegenleistung grundsätzlich immer an die übertragende Gesellschaft. Die Vermögensübertragung führt daher zu keiner Veränderung auf der mitgliedschaftlichen Ebene. Für die Beschlussfassung ist der VR zuständig (Art. 70 Abs. 1 FusG, die GV wird nur informiert (Art. 74 FusG).

b) Der VR wird sich für die Vermögensübertragung entscheiden, da damit die Xylon AG weiterhin 100% der Aktien der Yukos AG hält und keine anderen Aktionäre an der Tochtergesellschaft entstehen. Zudem ist für die Vermögensübertragung der VR der Xylon AG zuständig, somit kann ein GV-Beschluss (und somit die Mitsprache des grossen Aktionariats) vermieden werden.

5. a) Gemäss OR 574 I i.V.m. OR 545 I Ziff. 2 führt der Tod eines Gesellschafters grundsätzlich zur Auflösung der Gesellschaft; mit den Erben fortgeführt werden muss die Gesellschaft nur dann, wenn dies schon vorher so vereinbart worden ist. Vorliegend enthält der Sachverhalt keinen Hinweis auf eine entsprechende Vereinbarung (Nachfolgeklausel). Alfred Affentranger ist deshalb nicht verpflichtet, die Gesellschaft mit Klaus Burgener weiterzuführen. (*Hinweis*: Da Affentranger den Klaus Burgener nicht in der Gesellschaft haben möchte, kommt eine Aufnahme mit Zustimmung aller Gesellschafter nicht in Frage (OR 574 i.V.m. OR 542 I)

b) Gemäss OR 579 I kann Alfred Affentranger als verbleibender Gesellschafter, der keine Veranlassung zur Auflösung gegeben hatte, das Geschäft allein fortsetzen. Voraussetzung ist, dass er dem Erben des ausgeschiedenen Gesellschafters seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen ausrichtet (OR 579 I).

Weil die Kollektivgesellschaft in ein Einzelunternehmen umgewandelt wird, muss ferner die Firmenbezeichnung den Vorschriften von OR 945 angepasst werden. Zudem sind das Ausscheiden von Bernhard Burgener, die Fortsetzung des Geschäfts durch Alfred Affentranger und die Firmenänderung im Handelsregister eintragen zu lassen (OR 581 und OR 937).

6. Nach Art. 944 Abs 1 OR muss der Inhalt der Firma der Wahrheit entsprechen, keine Täuschungen verursachen und keinem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen. Im vorliegenden Fall ist die Firma nicht korrekt gebildet, weil Juliet keine Schauspielerin ist, was gegen das Wahrheitsprinzip verstösst. Gemäss Art. 947 Abs 3 OR muss die Firma einer Kommanditgesellschaft den Familiennamen wenigstens eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz enthalten. Nach Art. 947 Abs. 4 OR dürfen die Namen anderer Personen als der unbeschränkt haftenden Gesellschafter in der Firma einer Kommanditgesellschaft nicht enthalten sein. Wenn der Name des Kommanditärs in der Firma aufgeführt wird, wird er unbegrenzt haftbar (Art. 607 OR). Vorliegend, wenn Juliet Knox-Schmidt ihr Name in der Firma aufgeführt wird, wird sie unbegrenzt haften (OR 607).

7. Mit dem Erwerb von 7.5% des Aktienkapitals der Glower AG überschreitet Frau Münger die Beteiligungsschwelle von 5% und löst die börsenrechtliche Meldepflicht aus (Art. 20 Abs. 1 BEHG). Bei Unterlassen der Meldung riskiert Frau Münger eine Busse (Art. 41 Abs. 1 lit. a BEHG) sowie eine Stimmrechtssuspendierung (Art. 20 Abs. 4bis BEHG), falls diese von einer der aktivlegitimierten Akteure beim Richter verlangt wird.

TEIL B

Frage 1

a) Gemäss Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR können die Statuten einer GmbH vorsehen, dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen. Der fragliche Genehmigungsvorbehalt in den Statuten der Wildpferdchen Security GmbH ist somit zulässig.

b) Affentranger ist Geschäftsführer der Wildpferdchen Security GmbH (Art. 14 der Statuten) und als solcher gemäss Art. 814 Abs. 1 OR zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Der Umfang der Vertretungsmacht richtet sich nach den Vorschriften des Aktienrechts (Art. 814 Abs. 4 OR). Danach können die zur Vertretung befugten Personen im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 718a Abs. 1 OR) bzw. vom Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind (Rechtsprechung des BGer). Der Kauf des Dodge Dakota ist vom Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen und deshalb vom Zweck gedeckt. Gemäss Art. 718a Abs. 2 OR kann eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis und damit der Genehmigungsvorbehalt in den Statuten gutgläubigen Dritten gegenüber nicht entgegengehalten werden. Da Affentranger, der Geschäftsführer ist, den Vertrag mit einem gutgläubigen Dritten abgeschlossen hat, ist der Vertrag unabhängig davon, ob die Genehmigung der Gesellschafterversammlung vorliegt oder nicht, rechtswirksam. Fazit: Die Wildpferdchen Security GmbH muss den Kaufpreis für den Dodge Dakota bezahlen.

c) Mit dem Abschluss des Kaufvertrags über ein Auto für CHF 22'500.00 ohne vorgängige Genehmigung der Gesellschafterversammlung überschreitet Affentranger seine Vertretungsbefugnis. Gesellschaftsintern ist er deshalb für einen allfälligen aus dem Rechtsgeschäft erwachsenden Schaden verantwortlich (OR 827 i.V.m. OR 754).

Frage 2

Gemäss Art. 817 OR haftet die Gesellschaft für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht. Bär ist als Geschäftsführer (Art. 14 Statuten) zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt. Bär stösst den Konzertbesucher anlässlich einer Eingangskontrolle zu einem Konzert und damit in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen. Die Behandlungskosten von CHF 1'800.00 stellen einen (ersatzfähigen) Schaden und der heftige Stoss eine widerrechtliche Handlung (Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut körperliche Integrität) dar. Die adäquate Kausalität des heftigen Stosses für den Schaden und das Verschulden von Bär sind ebenfalls gegeben. Fazit: Die Wildpferdchen Security GmbH haftet dem geschädigten Konzertbesucher für die Behandlungskosten.

Frage 3

a) Da Bär nicht durch Gesellschafterbeschluss als Geschäftsführer eingesetzt, sondern qua Gesellschafterstellung zur Geschäftsführung berechtigt ist (siehe Art. 14 der Statuten), kann er nicht einfach von der Gesellschafterversammlung abberufen werden (Art. 815 Abs. 1 OR e contrario). Affentranger und Caviezel müssten deshalb dem Gericht beantragen, Bär die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen (Art. 815 Abs. 2 OR).

Bonus: Eine Abberufung von Bär könnte allenfalls durch eine Änderung der Statuten erreicht werden. Diese müssten neu die Wahl der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung vorsehen.

b) Das Gericht kann einem Gesellschafter die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nur dann entziehen, wenn ein wichtiger Grund dafür vorliegt, namentlich wenn die betreffende

Person ihre Pflichten grob verletzt oder die Fähigkeit zu einer guten Geschäftsführung verloren hat (Art. 815 Abs. 2 OR). Beim heftigen Stoss von Bär handelt es sich um einen (bisher) einmaligen "Aussetzer", der für sich allein noch keinen wichtigen Grund darstellen dürfte. Fazit: Der Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis wäre vorliegend unzulässig. *Hinweis:* Es ist kaum begründbar, dass hier ein wichtiger Grund vorliegen könnte – eine solche Auffassung darf nur Punkte geben, wenn sie wirklich gut begründet ist.

Frage 4

a) Gemäss Art. 795a Abs. 2 Ziff. 1 OR dürfen Nachschüsse unter anderem dann eingefordert werden, wenn die Summe von Stammkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt: Stammkapital und gesetzliche Reserven sind im Umfang von CHF 25'000.00 nicht mehr gedeckt. Fazit: Die Einforderung eines Nachschusses von CHF 5'000.00 pro Gesellschafter ist zulässig.

b) Eine statutarische Nachschusspflicht darf gemäss Art. 795c Abs. 1 OR nur dann herabgesetzt oder aufgehoben werden, wenn das Stammkapital und die gesetzlichen Reserven voll gedeckt sind. Vorliegend sind das Stammkapital und die gesetzlichen Reserven im Umfang von CHF 10'000.00 nach wie vor ungedeckt und die Aufhebung der Nachschusspflicht somit unzulässig.

Frage 5

Den Kaufvertrag mit der JOBTEX Berufsbekleidung AG hat Caviezel im Namen der (damals noch zu gründenden) Wildpferdchen Security GmbH abgeschlossen. Gemäss Art. 779a Abs. 2 OR werden Personen, welche vor der Eintragung ins Handelsregister im Namen der Gesellschaft handeln, von der persönlichen Haftung befreit, wenn die Gesellschaft die Verpflichtung innerhalb von drei Monaten nach ihrer Eintragung übernimmt. Nachdem die Wildpferdchen Security GmbH die Verpflichtung gegenüber der JOBTEX Berufsbekleidung GmbH noch am Tag der Eintragung (ins Tagesregister) übernommen hat, haftet vorliegend somit ausschliesslich die Gesellschaft für den Kaufpreis von CHF 3'600.00.

Frage 6

a) Gemäss Art. 788 Abs. 1 OR gehen alle Rechte und Pflichten, die mit dem Stammanteil verbunden sind, ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung auf die erwerbende Person über. Nach Art. 788 Abs. 2 OR bedarf die Person, welche einen Stammanteil durch Erbgang erwirbt, für die Ausübung der Stimmrechte und der damit zusammenhängenden Rechte jedoch der Anerkennung der Gesellschafterversammlung als stimmberechtigte Gesellschafterin. Für die Annahme oder Ablehnung eines entsprechenden Gesuchs räumt das Gesetz der Gesellschafterversammlung eine Frist von sechs Monaten ab Eingang des Gesuchs ein (Art. 788 Abs. 4 OR). Da es sich beim Antragsrecht um ein mit dem Stimmrecht zusammenhängendes Recht handelt, können Bär und Caviezel den angekündigten "innovativen Anträgen" von Désirée Affentranger somit schon dadurch entgehen, dass sie ihr Gesuch erst nach der Gesellschafterversammlung vom 26. März 2009 behandeln.

b) Das Gesetz sieht vor, dass die Gesellschafterversammlung einer Person, welche einen Stammanteil durch Erbgang erworben hat, die Anerkennung nur dann verweigern kann, wenn ihr die Gesellschaft (auf eigene Rechnung oder auf Rechnung anderer Gesellschafter oder Dritter) die Übernahme des Stammanteils zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuchs anbietet (Art. 788 Abs. 3 OR). Bei der Übernahme des Stammanteiles von Désirée handelt es sich um die Übernahme eines Stammanteiles im Zusammenhang mit einer Übertragungsbeschränkung (das Zustimmungserfordernis der Gesellschafterversammlung stellt eine gesetzliche Vinkulierung dar), weshalb Art. 783 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangt. Der Nennwert des Stammanteiles von Désirée beträgt CHF 30'000.00. Das gesamte Stammkapital der Gesellschaft beträgt CHF 60'000.00. Eine Übernahme des Stammanteils von Désirée Affentranger auf Rechnung der Gesellschaft ist vorliegend somit nicht möglich, weil die Gesellschaft eigene Stammanteile nur dann erwerben darf, wenn deren Nennwert 35 % des Stammkapitals nicht übersteigt (Art. 783 Abs. 2 OR). Grundsätzlich bleibt Bär und Caviezel

somit nur die Möglichkeit, Désirée Affentranger die Übernahme ihres Stammanteils auf eigene (d.h. Bär und/oder Caviezel) Rechnung oder auf Rechnung Dritter anzubieten.

Bonus: Der Erwerb des Stammanteils durch die Gesellschaft wäre allenfalls im Rahmen eines Kapitalherabsetzungsverfahrens möglich).

Frage 7

Bonus: Gemäss ständiger Rechtsprechung des BGer (BGE 127 III 332) hat das Selbstkontrahieren die Ungültigkeit des betreffenden Geschäfts zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen ist nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen, oder es wurde ein objektiver Beurteilungsmassstab angewendet oder eine Fairness Opinion eingeholt, der Vertretene hat den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Vorliegend hat ein Fachexperte vorgängig bestätigt, dass der Kaufpreis von CHF 600.00 dem objektiven Wert der Schutzwesten entspricht; es liegt also eine Fairness Opinion vor, so dass das Insiggeschäft nicht per se unzulässig ist.

Da die Geschäftsführer gemäss Art. 814 Abs. 1 OR einzeln zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind, ist für das gültige Zustandekommen des Vertrags unerheblich, ob Caviezel dem Kauf zugestimmt hat oder nicht. Ferner gilt das Erfordernis der Schriftlichkeit nicht für Verträge des laufenden Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000.00 nicht übersteigt (Art. 814 Abs. 4 i.V.m. Art. 718b OR). Da der Kaufpreis für die gebrauchten Schutzwesten unter CHF 1'000.00 liegt, ist der Kaufvertrag zwischen der Wildpferdchen Security GmbH und Bär somit gültig zustande gekommen.

Frage 8

Als geschäftsführender Gesellschafter darf Caviezel gemäss Art. 812 Abs. 3 OR auch beim Fehlen einer entsprechenden Statutenbestimmung keine konkurrenzierende Tätigkeit ausüben. Einsätze als Türsteher sind Teil des statutarischen Zwecks der Wildpferdchen Security GmbH, weshalb Caviezel mit seiner "Freizeitbeschäftigung" seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft (das Konkurrenzverbot) verletzt.

Frage 9

Gemäss Art. 795d Abs. 1 OR besteht die Nachschusspflicht ausgeschiedener Gesellschafter grundsätzlich noch während dreier Jahre weiter. Nachdem über die Wildpferdchen Security GmbH der Konkurs eröffnet wurde, kann die Konkursverwaltung von Caviezel den restlichen Nachschuss von CHF 2'500.00 noch einfordern (Art. 795d Abs. 2 OR), allerdings nur solange, als die Nachschusspflicht nicht bereits vom Erwerber seines Stammanteils – d.h. von Bär – erfüllt wurde (Art. 795d Abs. 3 OR).

TEIL C

Aufgabe 1:

Der Verein BSC beabsichtigt, seinen Fussballplatz als Sacheinlage in die AG einzubringen. Damit dieses Grundstück als Sacheinlage gilt und als Deckung i.S.v. 634 OR wirkt, müssen folgende Anforderungen erfüllt sein: Das Grundstück muss übertragbar sein, es muss einen wirtschaftlichen Wert aufweisen und für die AG werthaltig sein sowie bilanzierungsfähig bzw. aktivierbar sein und es muss für die AG nach ihrer Entstehung frei verfügbar sein.

Da der Verein mittels Grundstück liberieren will, muss der Sacheinlagevertrag öffentlich beurkundet werden. Die Sacheinlage des Grundstückes ist daher unproblematisch. Ebenfalls unproblematisch ist die Bareinlage (OR 633 I).

- Die Sacheinlage der Transferrechte ist unzulässig, da die IMAG noch gar nicht über diese Vermögenswerte verfügen kann, mithin sie die Spieler noch gar nicht verpflichtet und die Transferrechte noch gar nicht erworben hat. Sie kann sie dementsprechend noch gar nicht als Sacheinlage auf die Gesellschaft übertragen. Folglich ist i.c. das Kriterium von Art. 634 Ziff. 2 OR, dass die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin darüber verfügen kann, nicht erfüllt und eine entsprechende Einlage würde nicht als Deckung i.S. von Art. 634 OR gelten.

Hinweis: Die Frage nach der Einlagefähigkeit ist nicht zu diskutieren, der SV gibt vor, dass sie gegeben ist.

Als Alternative wäre eine Bar-Liberierung durch die IMAG im Zusammenhang mit einer späteren Sachübernahme möglich i.S. von Art. 628 Abs. 2 OR (Sachübernahmegründung). Die Anforderungen an die zu übernehmenden Vermögenswerte entsprechen denjenigen bei der Sacheinlagegründung, allerdings mit dem Unterschied, dass bei Sachübernahmen keine sofortige Verfügbarkeit über die Werte erforderlich ist.

Da aus der Aufgabenstellung hervorgeht, dass die Sacheinlagefähigkeit der Transferrechte gegeben ist, ist dementsprechend auch die Sachübernahmefähigkeit gegeben.

Die Gründer müssen daher den Gegenstand der Sacheinlage, den Namen des Veräusserers und die Gegenleistung der Gesellschaft angeben (Art. 628 Abs. 2 OR). I.c. heisst dies dass die Statuten genau angeben müssen, dass Transferrechte an den Fussballspielern eingebracht werden, dass sie von der IMAG einzubringen sind und die Vergütung für die Sachübernahme CHF 50'000 beträgt.

- Die Bareinlage der Investoren im Betrag von je CHF 5'000.00 ist wieder unproblematisch und eine Einlage der voraussichtlichen hundert Mio. CHF steht im Gründungszeitpunkt noch nicht zur Diskussion. Eine Absichtserklärung begründet noch kein Forderungsrecht. Eine Liberierung in diesem Umfange hat somit nicht stattgefunden.

Aufgabe 2:

a) Der Verein könnte Stimmrechtsaktien nach Art. 693 OR schaffen. Hierfür muss statutarisch vorgesehen werden, dass sich das Stimmrecht nach der Anzahl Aktien (unabhängig von deren Nennwert) bemisst (Art. 693 Abs. 1 OR).

Die Stimmrechtsaktien müssen als Namenaktien ausgestaltet und voll liberiert worden sein (Art. 693 OR). Ausserdem steht den Stammaktionären zum Ausgleich mindestens ein Vertreter im VR zu (Art. 709 Abs. 1 OR).

Wichtig ist dass der Nennwert der Stammaktien nicht grösser als das Zehnfache des Nennwerts der Stimmrechtsaktien ist (Art. 693 Abs. 2 OR).

Allerdings gilt das durch die Stimmrechtsaktien erhöhte Stimmrecht nicht für gewisse Geschäfte nach Art. 693 Abs. 3 OR. Zudem muss Gerbig beachten, dass der Verein mit den Stimmrechtsaktien lediglich das einfache Mehr erreicht. Beschlüsse welche das qualifizierte Mehr verlangen (2/3 Mehr der vertretenen Aktienstimmen und absolutes Mehr der vertretenen Nennwerte) wird der Verein mit den von ihm gehaltenen Stimmrechtsaktien nicht erreichen. Die Zweidrittel-Mehrheit wird der Verein mit seinen 400 Stimmen (von 450 Stimmen insgesamt) erreichen, nicht aber das absolute Mehr der vertretenen Aktiennennwerte (CHF 40'000 von CHF 100'000 insgesamt).

Alternativ und kumulativ dazu könnte der Verein versuchen, mit den übrigen Aktionären Aktionärsbindungsverträge abzuschliessen. Allerdings stellt sich hier das Problem, dass der Verein auf die Zustimmung der übrigen Aktionäre angewiesen ist.

b) Stimmrechtsaktien bedingen, dass die Gründungsstatuten eine entsprechende Klausel enthalten (Art. 627 Ziff. 10 OR). Sie können aber auch nachträglich geschaffen werden. Hierfür ist eine Statutenänderung mit einem qualifizierten Beschluss notwendig (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 OR).

Aktionärsbindungsverträge sind privatrechtliche Verträge zwischen Aktionären. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit steht es den Vertragsparteien offen, den Inhalt beliebig festzusetzen. Aktionäre unterstehen lediglich der Liberierungspflicht (Art. 680 OR) und keiner Treuepflicht gegenüber der AG und können daher ihre eigenen Interessen mittels Aktionärsbindungsverträge wahrnehmen.

Bonus: Ein Verhalten, das den Aktionärsbindungsvertrag verletzt, hat nur vertragsrechtliche Konsequenzen und führt nicht zur Anfechtbarkeit des GV-Beschlusses.

Aufgabe 3:

a) Gemäss Art. 632 Abs. 1 OR muss bei der Errichtung der Gesellschaft die Einlage für mindestens 20 % der Aktien erfüllt sein. Das ist vorliegend gewährleistet.

Aufgrund von Art. 632 Abs. 2 OR muss jedoch zusätzlich gewährleistet sein, dass die geleisteten Einlagen mindestens mindestens 50'000 CHF betragen. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt, es wurden nur CHF 40'000 geleistet.

Die Stimmrechtsaktien des BSC Schützenmatte Bern müssen nach Art. 693 Abs. 2 OR vollständig liberiert sein. I.c. sind sie nur zu 50 % liberiert, was unzulässig ist.

b) Vinkulierungsbestimmungen (Art. 7 der Statuten)

Bei der Beurteilung von Vinkulierungsbestimmungen ist in einem ersten Schritt danach zu unterscheiden, ob es sich um eine börsenkotierte oder um eine nicht börsenkotierte AG handelt.

Vorliegend ist mangels Anhaltspunkten von einer nichtkotierten Gesellschaft auszugehen. Bei nicht börsenkotierten AGs ist eine Ablehnung einzig aus wichtigen Gründen zulässig, die zudem in den Statuten genannt werden müssen (Art. 685b Abs. 1 OR). Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn er im Zusammenhang steht mit dem Gesellschaftszweck oder der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Gesellschaft (Art. 685b Abs. 2 OR). Vorliegend interessiert einzig der „Gesellschaftszweck.“ Voraussetzung ist, dass der Gesellschaftszweck ausdrücklich den Kreis jener Personen umschreibt, zu deren Nutzen die Gesellschaft betrieben wird (BSK-Oertle/Du Pasquier, N 4 zu Art. 685b OR). In Frage kommen eine Familie, eine religiöse oder politische Vereinigung, Angehörige eines bestimmte Berufszweiges oder eines geographisch definierten Zweiges (BSK-Oertle/Du Pasquier, N 4 zu Art. 685b OR).

Vorliegend ist nicht ersichtlich, welchen Einfluss das „Gedankengut“, dass überdies nicht näher beschrieben ist, für einen Einfluss auf den Zweck der Gesellschaft (Profifussball; Art. 2 der Statuten) haben kann.

Zudem mutet das freie Ermessen, das dem VR bei der Ablehnung eingeräumt wird unsachlich und willkürlich an. Die Bestimmung ist daher unzulässig.

c) Generalversammlung (Art. 8 der Statuten)

Ziff. 7 verstösst gegen Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR (Ernennung der Geschäftsführung). Art. 716a OR enthält zwingende Bestimmungen, deren generell-abstrakte Verletzung mit Nichtigkeit im Sinne von Art. 706b Abs. 3 OR geahndet wird.

Ziff. 8 verstösst ebenfalls gegen Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR. Ein Genehmigungsvorbehalt zu Gunsten der Generalversammlung bei Delegationen ist unzulässig und ist ebenfalls nichtig.

d) Einberufung /Traktandierung (Art. 9 der Statuten)

Gemäss Art. 700 Abs. 1 OR sind die Aktionäre spätestens 20 Tage vor der Generalversammlung einzuladen. Die Statutenbestimmung ist demnach unzulässig.

Art. 699 Abs. 3 OR legt fest, dass Traktandierungsbegehren schriftlich anzubeglehen sind. Im Gegensatz zur Statutenbestimmung sind sie aber nicht zu begründen bzw. der VR hat kein diesbezügliches Ermessen und kann eine Begründung nicht materiell prüfen. Die Traktandierung ist m.a.W. bedingungslos zulässig, sofern das Quorum gemäss Art. 699 Abs. 3 OR erfüllt ist.

e) Revision (Art. 19 der Statuten)

Gemäss Art. 727a Abs. 2 OR kann auf eine eingeschränkte Revision nur verzichtet werden, wenn u.A. ein einstimmiger Beschluss zustande kommt. Die einschlägige Statutenbestimmung lässt unzulässigerweise bereits ein Quorum analog zu Art. 704 OR genügen. Die Statutenbestimmung ist daher nichtig.

Aufgabe 4:

Die BSC Schützenmatte Betriebs AG kann versuchen, aus Gründerhaftung (OR 753) gegen die IMAG vorzugehen. Aktivlegitimiert sind sowohl die Gesellschaft als auch die Aktionäre, was für eine Klageansetzung vorliegend unproblematisch ist, da der Verein die Gesellschaft beherrscht. Passivlegitimiert sind alle Gründer, was die IMAG als Gründeraktionärin ist. Der Schaden entspricht bei der Gründerhaftung der Differenz zwischen dem gezeichneten und nicht liberierten Aktienkapital (von Büren/Stoffel/Weber, RZ 1218) Da das Transferrecht des kranken Spielers wertlos ist, entspricht der Schaden dem Wert, den das Transferrecht des gesunden Spielers gehabt hätte. Die Widerrechtlichkeit ist hier ebenfalls zu bejahen, da der Wert der Sacheinlage unrichtig angegeben wurde. Laut Sachverhalt hätte eine branchenübliche medizinische Untersuchung, die die IMAG hätte durchführen müssen, den Herzfehler aufgedeckt, womit auch die Fahrlässigkeit bejaht werden kann. Die Kausalität ist ebenfalls gegeben, da die Betriebsgesellschaft niemals das Transferrecht an einem kranken Spieler übernommen hätte.

Fazit: Die Betriebsgesellschaft kann gegen die IMAG aus Gründerhaftung vorgehen.