

## Lösungshinweise zur Leistungskontrolle Fachmodul Wirtschaftsrecht vom 20. Juni 2018

### Teil (65 Punkte)

#### Frage 1

Gemäss Art. 594 Abs. 3 OR hat der HR-Eintrag bei einer Kommanditgesellschaft, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt (von einem solchen kann i.c. ausgegangen werden), formell gesehen nur deklaratorische Wirkung. Für die Beschränkung der Haftung des Kommanditärs ist der HR-Eintrag jedoch von zentraler Bedeutung. Ist die Gesellschaft gemäss Art. 606 OR nämlich vor Eintragung ins Handelsregister im Verkehr aufgetreten, haftet der Kommanditär für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten Dritten gegenüber gleich einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter, wenn er nicht beweist, dass dem Dritten die Beschränkung der Haftung bekannt war .

Vorliegend haben die Schwestern einen HR-Eintrag als nicht notwendig empfunden und die Gesellschaft ist nicht im Handelsregister eingetragen worden. Dennoch ist die Gesellschaft im Verkehr aufgetreten, indem sie Brautkleider bestellt hat. Es ergeben sich aus dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte, dass der Brautmodenhersteller von der beschränkten Haftung der Kommanditärin Lisa Müller wusste; der Beweis, dass der Brautmodenhersteller von der Haftungsbeschränkung gewusst haben soll, wird folglich wahrscheinlich misslingen. Lisa haftet im Aussenverhältnis somit nicht nur für CHF 3'000, sondern unbeschränkt und solidarisch wie die übrigen Gesellschafter und ist daher zu Unrecht erleichtert. Sie kann für die Schuld allerdings erst persönlich belangt werden, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist (Art. 604 OR). Im Innenverhältnis kommt die Haftungsbegrenzung infolge Vereinbarung mit ihren Schwestern zum Tragen und Lisa könnte für den Betrag, der CHF 3'000 übersteigt und für den sie vom Brautmodenhersteller belangt wird, gegen ihre Schwestern Regress nehmen.

#### Frage 2

Die Übertragung der Mitgliedschaft bzw. der Beitritt eines neuen Gesellschafters ist bei der einfachen Gesellschaft nur mit Zustimmung aller übrigen Gesellschafter möglich (Art. 542 Abs. 1 OR). Diese Zustimmung liegt gemäss Sachverhalt vor. Vorliegend tritt Fabio in die

Gesellschafterstellung von Carlo ein; es kommt zu einer Übertragung. Gesellschaftsintern tritt der Nachfolger mit dem Abschluss des schriftlichen Abtretungsvertrages in alle Rechte und Pflichten seines Vorgängers ein. Fabio übernimmt folglich auch Carlos Haftung, was zur Folge hat, dass Carlo intern nicht mehr haftet. Die externe Haftung bestimmt sich nach Art. 181 OR. Gemäss Art. 181 Abs. 2 OR haftet der bisherige Gesellschafter für die im Zeitpunkt des Ausscheidens bestehenden Gesellschaftsschulden noch während dreier Jahre solidarisch weiter. Für die im Zeitpunkt seines Ausscheidens bestehenden Gesellschaftsschulden haftet Carlo extern noch während dreier Jahre solidarisch.

### Frage 3

Gemäss Art. 903 Abs. 2 OR muss die Verwaltung den Richter benachrichtigen, wenn die letzte Jahresbilanz und eine daraufhin zu errichtende Liquidationsbilanz oder eine Zwischenbilanz zeigt, dass die Forderungen der Genossenschaftsgläubiger durch die Aktiven nicht mehr gedeckt sind. Gemäss Jahresbilanz per 31. Dezember 2017 sind die Aktiven (160'000) kleiner als das Fremdkapital (200'000). Es liegt eine Überschuldung vor. Die Verwaltung der Wohnbaugenossenschaft Sonnenmatte muss folglich gemäss Art. 903 Abs. 2 OR zuerst eine Liquidationsbilanz zu Veräusserungswerten erstellen. Zeigt auch die Liquidationsbilanz, dass eine Überschuldung vorliegt, hat die Verwaltung den Richter zu benachrichtigen. Da die Nachschussleistungen bereits eingefordert worden sind, kann der Gang zum Richter durch Nachschusseinforderung nicht vermieden werden (Art. 903 Abs. 4 OR).

### Frage 4

Gemäss Art. 699 Abs. 3 OR kann die Einberufung der Generalversammlung von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mind. 10% des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden. Aktionäre, die Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. vertreten, können die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen. Ursula Unzufrieden hat nur die Traktandierung, nicht aber die Einberufung der Generalversammlung verlangt. Würde man dem reinen Wortlaut von Art. 699 Abs. 3 OR folgen, stünde das Traktandierungsrecht nur Aktionären zu, die Aktien im Nennwert von mind. CHF 1 Mio. halten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und überwiegender Lehrmeinungen reicht das Halten von mind. 10% des Aktienkapitals jedoch auch für das Ersuchen um Einberufung der Generalversammlung mit gleichzeitigem Traktandierungsantrag als auch für die selbständige Ausübung des Traktandierungsrechts. Es muss folglich nicht gleichzeitig auch die Einberufung der Generalversammlung verlangt werden. Ursula Unzufrieden ist Aktionärin, hält 19% des Aktienkapitals und überschreitet damit die Grenze von 10%. Sie ist folglich berechtigt, die selbständige Traktandierung eines Geschäfts zu verlangen.

Entspricht der Verwaltungsrat dem Begehren um Einberufung der Generalversammlung und/oder um Traktandierung nicht, kann beim Richter die Einberufung und Traktandierung verlangt werden (Art. 699 Abs. 4 OR). Ursula Unzufrieden kann sich folglich gegen die Nicht-Traktandierung wehren, indem sie das Gericht um Traktandierung ersucht.

## Frage 5

Kollektivgesellschaften sind Handelsgesellschaften i.S.v. Art. 950 Abs. 1 OR. Gemäss Art. 950 Abs. 1 OR können sie demnach unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze zur Firmenbildung ihre Firma frei wählen, müssen aber stets die Rechtsform angeben, wobei diese ausgeschrieben oder abgekürzt werden darf (Art. 950 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 116a Abs. 1 HRegV). Die zulässigen Abkürzungen sind im Anhang 2 der HRegV aufgeführt (Art. 116a Abs. 2 HRegV). Die Firma darf Zusätze enthalten, wie beispielsweise die Umschreibung der Geschäftstätigkeit, den Sitz oder Phantasiebezeichnungen, sofern diese nicht unwahr oder täuschend sind oder das öffentliche Interesse verletzen (Art. 944 OR). Zudem muss sich die Firma von allen bereits eingetragenen Firmen von Handelsgesellschaften und Genossenschaften deutlich unterscheiden (Art. 951 OR).

Vorliegend enthält die Firma die Vornamen der Gesellschafter, was zulässig ist. Die Familiennamen der Kollektivgesellschaftler müssen in der Firma nicht enthalten sein. Zudem wird mit dem Zusatz „Pflänzliedle“ die Geschäftstätigkeit der Kollektivgesellschaft umschrieben, was ebenfalls zulässig ist. Zudem bestehen keine Hinweise für eine Täuschung, Unwahrheit oder Verletzung öffentlicher Interessen. Da die Firma gemäss Sachverhalt schweizweit einmalig ist bzw. weder in gleicher noch in ähnlicher Form vorkommt, kann zudem davon ausgegangen werden, dass sie sich von bereits eingetragenen Firmen deutlich unterscheidet. In der vorliegenden Firma fehlt allerdings die Angabe der Rechtsform, was ein zwingendes Eintragungserfordernis darstellt. Mangels Angabe der Rechtsform wurden die gesetzlichen Vorschriften zur Firmenbildung nicht eingehalten, die Firma ist unzulässig.

Das Handelsregisteramt prüft gemäss Art. 28 HRegV, ob die Voraussetzungen des Gesetzes (OR) und der Verordnung (HRegV) erfüllt sind, bevor es eine Eintragung vornimmt; insbesondere prüft es, ob die Anmeldung keinen zwingenden Vorschriften widerspricht. Das Handelsregisteramt hat hinsichtlich des materiellen Rechts eine beschränkte Kognition, die sich auf offensichtliche Verletzungen zwingender Normen im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter beschränkt. Mit der Missachtung der Vorschrift zur Angabe der Rechtsform gemäss Art. 950 Abs. 1 OR liegt eine offensichtliche Verletzung einer zwingenden Norm vor, deren Einhaltung im öffentlichen Interesse liegt und dem Schutz Dritter dient, da Dritte dadurch in Kenntnis gesetzt werden, mit welcher Gesellschaftsform sie es zu tun haben und insbesondere in welcher Form allfällige Haftungen bestehen. Das Handelsregisteramt wird der Gesellschaft folglich die Eintragung versagen.

## Frage 6

Gemäss Art. 888 Abs. 2 OR bedarf es für die Auflösung der Genossenschaft einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen. Die Statuten können die Bedingungen für diesen Beschluss noch erschweren, was in casu gemäss Sachverhalt nicht erfolgt ist, zumal die Statuten keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen enthalten. Gustav Geissbart ist als einziger der sechs verbleibenden Genossenschaftern für eine Auflösung der Genossenschaft, er alleine kann das für den Auflösungsbeschluss notwendige Mehr nicht erreichen. Die Auflösung der Genossenschaft mittels GV-Beschluss ist demnach nicht möglich.

Gemäss Art. 831 OR müssen bei der Gründung der Genossenschaft mindestens sieben Mitglieder beteiligt sein, sinkt in der Folge die Zahl der Genossenschafter unter diese Mindestzahl, sind die Vorschriften des Aktienrechts über Mängel in der Organisation der Gesellschaft entsprechend anwendbar. Gemäss Art. 831 Abs. 2 i.V.m. Art. 731b OR kann demnach ein Gesellschafter, Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, falls der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder dieses nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Die aus den Genossenschaftern bestehende Generalversammlung ist Organ der Genossenschaft (Art. 879 Abs. 1 OR) und durch das Absinken auf unter sieben Mitglieder nicht mehr rechtmässig zusammengesetzt. Gustav Geissbart ist als Genossenschafter / Gesellschafter zur Beantragung entsprechender Massnahmen aktivlegitimiert.

Als mögliche Massnahmen nennt das Gesetz die Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, die Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters oder die Anordnung der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften des Konkurses in Frage. Das Gericht ist grundsätzlich nicht an die gestellten Anträge gebunden, die Anordnung der Auflösung gilt allerdings als ultima ratio. Das Gericht kann keine Personen zu Gesellschaftern ernennen, weshalb diese Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausser Betracht fällt. Es kommen folglich nur die in Art. 731b Ziff. 1 und 3 OR genannten Massnahmen in Frage. Gemäss Sachverhalt haben die Gesellschafter aufwendig Werbung für die Genossenschaft betrieben und intensiv nach neuen Genossenschaftern gesucht, zudem erachten die übrigen Genossenschafter die Suche nach neuen Mitgliedern selbst als aussichtslos, weshalb eine richterliche Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unzweckmässig wäre. Als einzige zweckmässige Massnahme bleibt daher die Anordnung der Auflösung der Genossenschaft. Gustav Geissbart wird i.c. daher mit Erfolg die Auflösung der Genossenschaft beim Gericht verlangen können.

## **Teil B (65 Punkte + 4 Bonuspunkte)**

### **Frage 1**

Da die Aktien der HHM AG an der SIX Swiss Exchange kotiert sind, müssen die Ad hoc-Publizitätsvorschriften des Kotierungsreglements der SIX beachtet werden. Gemäss Art. 53 Abs. 1 Kotierungsreglement (KR) ist der Emittent verpflichtet, den Markt über kursrelevante Tatsachen, die in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten sind, zu informieren. Als kursrelevant gelten Tatsachen, die geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen (Art. 53 Abs. 1 KR). Nach Art. 53 Abs. 2 KR wird die Informationspflicht ausgelöst, sobald der Emittent von der kursrelevanten Tatsache in ihren wesentlichen Punkten Kenntnis erhalten hat. Eine kotierte Gesellschaft muss nicht nur über die bei ihr als selbständige juristische Person eingetretenen Tatsachen informieren, sondern muss in konsolidierter Sicht die Ad hoc-Publizität für den ganzen Konzern erfüllen.

Bei der Tatsache, dass die Goodman AG massive Verluste erlitten hat und dass diese Verluste das Geschäftsergebnis der HHM AG massiv negativ beeinflussen werden (wesentliche Gewinnveränderung), handelt es sich um eine potentiell kursrelevante Tatsache i.S.v. Art. 53 Abs. 1 KR: Die Tatsache – Prognosen betreffend Geschäftsergebnisse stellen i.d.R. Tatsachen dar, wenn sie sich weitgehend auf andere Tatsachen stützen, wie i.c. auf das Geschäftsergebnis der Tochtergesellschaft –, dass anstelle des prognostizierten Gewinns bei der HHM AG nun ein Verlust zu erwarten ist, wird zu einer Kursänderung führen, die das übliche Mass der Schwankungen deutlich übersteigen wird, d.h. dies stellt eine Tatsache von erheblicher Kursrelevanz dar. Da diese Gewinnwarnung den durchschnittlichen Anleger in seinem Anlageentscheid beeinflussen wird, handelt es sich um eine potentiell kursrelevante Tatsache. Da die Goodman AG die massiven Verluste bereits erlitten hat und Howard sich „sicher“ ist, dass diese Verluste das Geschäftsergebnis der HHM AG massiv negativ beeinflussen werden, ist auch das Kriterium der Kenntnis von der Tatsache in ihren wesentlichen Punkten erfüllt. Howard bzw. die HHM AG muss unverzüglich eine Ad hoc-Mitteilung i.S.v. Art. 53 KR (Gewinnwarnung) vornehmen.

### **Frage 2**

Die Aktivlegitimation zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 ff. OR ist teilweise eingeschränkt, je nachdem welcher Art der eingetretene Schaden ist und je abhängig davon, ob die Gesellschaft noch aufrecht steht oder bereits im Konkurs ist. Da sich die Goodman AG vorliegend nicht im Konkurs befindet, ergeben sich allfällige Anspruchsberechtigte aus Art. 754 und 756 OR. Die Verantwortlichkeitsklage setzt einen Schaden bei der Gesellschaft und/oder bei den einzelnen Aktionären voraus. Durch die Vereinbarung eines nicht kostendeckenden Verkaufspreises bzw. durch die Vereinbarung eines massiv niedrigeren Verkaufspreises als üblich ist ein unmittelbarer Schaden bei der Goodman AG eingetreten. Darüber hinaus erleidet aber auch Charles als Aktionär der Goodman AG einen Schaden, da durch die Transaktion Mittel aus der Gesellschaft abfliessen, ohne dass ein entsprechender Gegenwert generiert werden kann. Durch einen solchen Mittelabfluss sinkt der Wert von Charles Beteiligung an der Goodman AG, wodurch auch Charles einen – allerdings mittelbaren – Schaden erleidet.

Gemäss Art. 756 Abs. 1 OR sind ausser Konkurs neben der Gesellschaft auch die einzelnen Aktionäre berechtigt, den der Gesellschaft verursachten (unmittelbaren) Schaden einzuklagen. Der Aktionär klagt auf Leistung an die Gesellschaft (Art. 756 Abs. 1 OR). In casu ist Charles als Aktionär der Goodman AG zur Klage auf Leistung an die Goodman AG aktivlegitimiert. Passivlegitimiert sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen (Art. 754 Abs. 1 OR). Jimmy ist der einzige Verwaltungsrat der Goodman AG und somit passivlegitimiert. Der VR und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Bei der mittelbaren Schädigung genügt es, wenn die Organe eine gesetzliche oder statutarische aktienrechtliche Organpflicht verletzen, wenn diese dazu dient, die Gesellschaft, den Aktionär oder den Gläubiger zu schützen. Bezüglich der Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten abhängiger Gesellschaften, die von der Muttergesellschaft eingesetzt worden sind, ist das Konzept des „doppelten Pflichtenexus“ zu beachten, wonach die Pflichten gegenüber der (eigenen) Gesellschaft den Weisungen der Muttergesellschaft grundsätzlich vorgehen. In casu verletzte Jimmy die Sorgfalts- und Treuepflicht (alternativ: Art. 717 Abs. 1 OR) (ebenfalls möglich: die Gleichbehandlungspflicht der Aktionäre bzw. Art. 717 Abs. 2 OR), indem er die von Howard vorgeschlagenen Vertragsbedingungen akzeptierte und einen nicht kostendeckenden bzw. massiv niedrigeren Verkaufspreis als üblich vereinbarte.

Bei der Verantwortlichkeitsklage haften die Organe für jedes Verschulden. Jimmy war sich bewusst, dass der vereinbarte Verkaufspreis massiv niedriger war als üblich. Er handelte somit vorsätzlich, mithin schuldhaft. Schliesslich muss zwischen dem widerrechtlichen und schuldhaften Verhalten des Organs sowie dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Kausal ist ein schadensbegründendes Ereignis, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Schaden entfällt (natürliche Kausalität, *condicio sine qua non*) und es nach dem natürlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden wie den eingetretenen, zu verursachen (adäquate Kausalität). Vorliegend kann der Verkauf der Anzüge massiv unter Wert nicht weggedacht werden, ohne dass der Schaden entfällt. Gleichzeitig ist die Veräusserung von Ware zu einem nicht kostendeckenden Preis nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem natürlichen Lauf der Dinge auch geeignet, bei der veräussernden Person einen Schaden herbeizuführen. Somit liegt i.c. sowohl natürliche als auch adäquate Kausalität vor.

Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren seit der schädigenden Handlung (Art. 760 Abs. 1 OR). In casu ist der Anspruch nicht verjährt. Fazit: Charles kann gegen Jimmy mit Aussicht auf Erfolg Verantwortlichkeitsklage i.S.v. Art. 756 Abs. 1 OR erheben.

### Frage 3

Nach Art. 8 Abs. 2 FusG kann ein Gesellschafter mittels einer zwangsweisen Abfindungsfusion gegen seinen Willen ausgeschlossen werden. Ein börsenrechtlicher Squeeze-out nach Art. 137 FinfraG ist in casu nicht möglich, da die Aktien der Goodman AG nicht an der Börse kotiert sind (bzw. weder ein öffentliches Kaufangebot vorliegt noch die notwendigen Mehrheiten vorhanden sind). Die Goodman AG kann gemäss Art. 4 Abs. 1 FusG als übertragende Gesellschaft mit Kapitalgesellschaften und mit Genossenschaften fusionieren. Die Goodman AG kann daher grundsätzlich mit der Wexler AG fusionieren. Ein Fusionsvertrag, der nur

eine Abfindung vorsieht, bedarf der Zustimmung von mindestens 90% der stimmberechtigten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (Art. 18 Abs. 5 FusG). Da die HHM AG über 93% der Aktien der Goodman AG verfügt, könnte Charles mittels Squeeze-out Merger abgeschlossen werden. Rechtswirksam wird die Transaktion gemäss Art. 22 FusG mit der Eintragung ins Handelsregister.

#### **Frage 4**

Zu prüfen ist, ob vorliegend eine (einfache) Gesellschaft entstanden ist: Gemäss Art. 530 Abs. 1 OR liegt eine Gesellschaft bei Vorliegen einer vertragsmässigen Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln vor. Sie ist eine einfache Gesellschaft, wenn keine andere Gesellschaftsform vorliegt (Art. 530 Abs. 2 OR). In casu handelt es sich bei Adam und Beate um zwei natürliche Personen, womit die vom Gesetz geforderte Personenmehrheit vorliegt. Sie verfolgten gemeinsam den Zweck, eine Eigentumswohnung zu kaufen, um gemeinsam darin zu leben. Zur Erreichung dieses Zwecks steuerten sowohl Adam als auch Beate finanzielle Mittel bei. Wie sie diese finanziellen Mittel aufgewendet werden sollen, haben sie gemäss Sachverhalt zumindest mündlich vereinbart, womit eine vertragliche Verbindung ebenfalls vorliegt.

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine andere Gesellschaftsform erfüllt sind: Die KIG scheidet aus, da Adam und Beate kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben und nicht gleichzeitig auch ein HR-Eintrag besteht und im Sachverhalt keine Hinweise auf eine gemeinsame Firma zu finden sind. Die KmG kommt mangels Hinweisen auf unterschiedliche Haftungsbeträge oder eine gemeinsame Firma nicht in Frage; überdies fehlt es auch diesbezüglich bei fehlendem HR-Eintrag an einem nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe. AG und GmbH: Im Sachverhalt gibt es weder Hinweise auf Statuten, noch auf ein Aktienkapital bzw. Aktien resp. Stammkapital und Stammanteile oder einen HR-Eintrag, die AG und die GmbH scheiden demnach auch aus. Gen: Auch die Genossenschaft kommt mangels Hinweisen auf HR-Eintrag oder Statuten nicht in Frage; überdies wäre für die Genossenschaft die Mindestanzahl Genossenschafter nicht erfüllt. Damit sind vorliegend die Voraussetzungen keiner anderen Gesellschaftsform erfüllt. Die Verbindung zwischen Adam und Beate ist als einfache Gesellschaft zu qualifizieren.

Verbleibt nach Abzug der gemeinschaftlichen Schulden, nach Ersatz der Auslagen und Verwendungen an einzelne Gesellschafter und nach Rückerstattung der Vermögensbeiträge ein Überschuss, so ist er nach Art. 549 Abs. 1 OR unter die Gesellschafter als Gewinn zu verteilen. Wird es nicht anders vereinbart, so hat jeder Gesellschafter, ohne Rücksicht auf die Art und Grösse seines Beitrags, gleichen Anteil am Gewinn und Verlust (Art. 533 Abs. 1 OR). Vorliegend beträgt Beates Beitrag CHF 30'000, und der Überschuss beträgt CHF 50'000. Beates Anteil am gesamten Vermögen beträgt daher total CHF 55'000 ( $50'000/2 + 30'000$ ).

#### **Frage 5**

Nach Art. 809 Abs. 1 OR üben alle Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam aus, sofern die Statuten die Geschäftsführung nicht abweichend regeln. Gemäss Sachverhalt beinhalten die Statuten der Cormick GmbH keine besonderen Bestimmungen zur Geschäftsführung, weshalb Eric Smartman als Gesellschafter ipso iure auch Geschäftsführer der Cormick GmbH ist. Die Geschäftsführer dürfen keine konkurrenzierenden Tätigkeiten ausüben,

es sei denn, die Statuten sehen etwas anderes vor oder alle übrigen Gesellschafter stimmen der Tätigkeit schriftlich zu (Art. 812 Abs. 3 OR). Da die Statuten der Cormick AG in casu keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen enthalten, verstösst Eric Smartman gegen das Konkurrenzverbot, wenn er nebenbei für die Stotch Bestattungen AG arbeitet. Er begeht somit eine Pflichtverletzung.



## Teil C (59 Punkte + 5 Bonuspunkte)

### Frage 1

Gemäss Art. 800 OR sind für die Rückerstattung von Leistungen die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar, sodass hier Art. 678 OR einschlägig ist. Gemäss Art. 800 i.V.m. 678 Abs. 1 OR sind Gesellschafter, Geschäftsführer sowie diesen nahe stehende Personen, die ungerechtfertigt und in bösem Glauben Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse bezogen haben, zur Rückerstattung verpflichtet. Da eine enge persönliche (Schwager) und/oder wirtschaftliche (vermehrte Zusammenarbeit) Bindung zwischen Kevin und Arnold besteht, ist Arnold Anständig eine nahestehende Person des Geschäftsführers und als Empfänger der verdeckten Gewinnausschüttung passivlegitimiert. Grundsätzlich aktivlegitimiert ist die Gesellschaft. Gemäss Art. 800 i.V.m. 678 Abs. 3 OR hat aber der einzelne Gesellschafter auch ein Recht auf Klage an die Gesellschaft. Sarah Sauer ist Gesellschafterin der Facilities GmbH und kann somit auf Leistung an die Gesellschaft klagen.

Gegenstand der Rückerstattungspflicht ist vorliegend die zu hohe Provision (CHF 45'000.-) von Arnold Anständig. Diese stellt i.S.v. Art. 800 i.V.m. Art. 678 Abs. 2 OR eine andere Leistung dar, womit entsprechend zusätzlich zu prüfen ist, ob die Provision in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung (und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft) steht. Ob ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, wird daran gemessen, ob die fragliche Leistung einem unabhängigen Dritten in dieser Form und zu diesen Bedingungen auch erbracht worden wäre. (Alternativ: dealing at arm's length). Die Vertragsvermittlungsprovision liegt gemäss Sachverhalt CHF 45'000.- über dem marktüblichen Wert. Die Gesellschaft entrichtet folglich eine zu hohe Entschädigung für eine Dienstleistung. An einen unabhängigen Dritten wäre diese Leistung nicht erfolgt, zumal auch Kevin das Angebot zunächst abgelehnt hatte. Entsprechend liegt ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor. Dieses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist zudem offensichtlich, da keine vernünftige wirtschaftliche Begründung vorliegt. Folglich erfüllt die zu hohe Provision die Voraussetzungen von Art. 678 Abs. 2 OR, womit eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt.

Damit eine Pflicht zur Rückerstattung besteht, sind zwei weitere Voraussetzungen erforderlich. Einerseits muss objektiv die Leistung ungerechtfertigt sein. Die Voraussetzungen aus Art. 678 Abs. 1 sind nicht auch in Abs. 2 erwähnt, weil verdeckte Gewinnausschüttungen per definitionem ungerechtfertigte Gewinnentnahmen sind. Die Ungerechtfertigkeit der Leistung liegt entsprechend vor. Andererseits muss subjektiv die Bösgläubigkeit des Empfängers vorliegen. Ob diese auch angenommen werden darf, kann offen gelassen werden, da hier die Bösgläubigkeit des Empfängers laut Sachverhalt klar gegeben ist. Arnold kennt die fehlende Rechtfertigung der Leistung, denn er weiss, dass seine Provisionsforderung deutlich über dem Marktwert liegt und begründet die Differenz mit privaten Bedürfnissen und hat daher Kenntnis der fehlenden Rechtfertigung. Die Verjährungsfrist von fünf Jahren ist noch nicht verstrichen (Art. 800 i.V.m. Art. 678 Abs. 4 OR). Fazit: Ja, Sandra Sauer kann mit Aussicht auf Erfolg eine Rückerstattungsklage gegen Arnold Anständig auf Leistung an die Facilities GmbH erheben.

## Frage 2

Die in der Firma zwingend anzugebende Rechtsform KIG (Art. 950 Abs. 1 OR oder Art. 116a Abs. 1 HRegV) steht eindeutig für eine Kollektivgesellschaft nach Art. 552 ff. OR, denn KIG ist die zulässige Abkürzung dieser Rechtsform. Der Beschluss der beiden Gesellschafter ist eine gegenseitige Übereinkunft zur Auflösung und stellt somit einen Auflösungsgrund dar im Sinne von Art. 574 Abs. 1 i.V.m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Der Auflösungsbeschluss ist ein vertragsändernder Gesellschaftsbeschluss und kann nur mit Zustimmung aller Gesellschafter gefasst werden gemäss Art. 557 Abs. 2 OR i.V.m. 534 Abs. 1 OR, was vorliegend erfüllt ist. Nach der Auflösung existiert die Gesellschaft noch weiter und muss gemäss Art. 582 OR liquidiert werden, d.h., die gemeinsamen und mit Dritten eingegangenen Rechtsverhältnisse müssen aufgelöst und die gesellschaftlichen Aktiven und Passiven müssen auf die einzelnen Gesellschafter aufgeteilt werden.

## Frage 3

Die Löschung der Firma erfolgt nach Beendigung der Liquidation. Gemäss Fragestellung ist die Liquidation der Gesellschaft abgeschlossen. Die Löschung der Firma ist durch die Liquidatoren anzumelden (Art. 589 OR oder Art. 42 Abs. 4 HRegV) und auch durch die Liquidatoren zu unterzeichnen (Art. 17 Abs. 1 lit. i HRegV). Die Liquidatoren sind die zur Vertretung befugten Gesellschafter, wenn in ihrer Person kein Hindernis besteht und keine anderen Liquidatoren eingesetzt wurden (Art. 583 Abs. 1 OR). Ohne entgegenstehenden Handelsregistereintrag, wird vermutet, dass jeder einzelne Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt ist gemäss Art. 563 OR oder Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 535 Abs. 1 OR. Vorliegend bestehen kein gegenteiliger Handelsregistereintrag, kein Hindernis in der Person, und es wurden auch keine anderen Liquidatoren vereinbart, weshalb die beiden Gesellschafter Ernst und Bodenmann entsprechend Liquidatoren sind. Fazit: Die Anmeldung zur Löschung muss durch Ernst und Bodenmann erfolgen und von ihnen gemeinsam unterzeichnet werden.

## Frage 4

Vorliegend geht es um eine Mutter-Tochter-Fusion, die eine Absorptionsfusion nach Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG darstellt und zulässig ist nach Art. 4 Abs. 1 lit. a FusG. Ein Verzicht darauf, den Fusionsvertrag nach Art. 18 FusG der GV zur Beschlussfassung zu unterbreiten, ist möglich, wenn eine erleichterte Fusion möglich ist. Die beiden Aktiengesellschaften sind Kapitalgesellschaften gemäss Art. 2 lit. c FusG. Sie können erleichtert fusionieren, wenn die übernehmende Kapitalgesellschaft alle Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft besitzt, die ein Stimmrecht gewähren (Art. 23 Abs. 1 lit. a FusG). Da Partizipationsscheine kein Stimmrecht gewähren (Art. 656a Abs. 1 OR), besitzt die Quentin AG alle massgebenden Anteile und erfüllt die Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 lit. a FusG. Somit ist eine erleichterte Fusion möglich und die Quentin AG profitiert von den Erleichterungen nach Art. 24 Abs. 1 FusG. Fazit: Die Quentin AG muss den Vertrag der GV nicht zur Beschlussfassung unterbreiten.

### **Frage 5**

Um bestätigen zu können, dass genügend frei verwendbares Eigenkapital besteht und somit die Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 1 FusG erfüllt sind, muss sie gemäss Art. 6 Abs. 2 FusG eine zugelassene Revisionsexpertin sein. Dafür muss sie als (eidg. dipl.) Steuerexpertin zusätzlich über mindestens fünf Jahre Fachpraxis (Art. 4 Abs. 2 lit. b RAG) sowie über einen unbescholtenen Leumund (Art. 4 Abs. 1 RAG) verfügen.