

## Lösungshinweise zur Fachprüfung im Wirtschaftsrecht vom 13. Januar 2014

### Teil A (20 Punkte)

#### Frage 1

Aufgrund des Gebots der Firmenwahrheit gemäss Art. 944 OR besteht in der Regel Anpassungspflicht bei einer Namensänderung. Ausnahmsweise darf die bisherige Firma beibehalten werden, wenn die Namensänderung von Gesetzes wegen oder durch die zu-ständige Behörde geändert wurde, siehe Art. 954 OR. Die der Hochzeit nachfolgende Änderung ist eine Änderung nach Art. 954 OR, weshalb die Firma der Gesellschaft nicht angepasst werden muss.

#### Frage 2

Bei der einfachen Gesellschaft partizipiert ohne Vereinbarung jeder Gesellschafter zu gleichen Teilen am Gewinn oder Verlust der Gesellschaft (Art. 533 Abs. 1 OR). Eine Vereinbarung, wonach nur eine Beteiligung am Gewinn oder am Verlust besteht, ist für beides gültig, siehe Art. 533 Abs. 2 OR. Sofern allerdings der Gesellschafter nur Arbeit beigetragen hat, kann er nur am Gewinn beteiligt werden, Art. 533 Abs. 3 OR. Marie hat nur Arbeit eingebracht, somit ist bei ihr eine reine Gewinnbeteiligung zulässig. Paul dagegen hat ausschliesslich Sachmittel eingebracht, er muss deshalb sowohl am Gewinn wie auch am Verlust zu beteilig werden, d.h. die vorgesehene Aufteilung ist unzulässig.

#### Frage 3

Stammanteile, die wie vorliegend durch Erbgang an eine Person übergehen, bedürfen für einen Erwerb sämtlicher Recht und Pflichten keiner Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung, Art. 788 Abs. 1 OR. Muster hat die Stammanteile somit gültig erworben. Für die Ausübung des Stimmrechts muss Muster ein Gesuch um Anerkennung stellen. Dieses Gesuch kann die Gesellschaft nur ablehnen, wenn sie auf eigene Rechnung oder auf Rechnung Dritter die Stammanteile abkauft, vgl. Art. 788 Abs. 3 OR. Dieses Angebot ist hier unterblieben, weshalb die Ablehnung ungültig ist.

#### Frage 4

Nach Art. 36 Abs. 1 HRegV sind Einzelunternehmen mit einem nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe und einem letztjährigen Umsatz über CHF 100'000 verpflichtet, ihr Unternehmen eintragen zu lassen. Das Unternehmen X ist daher eintragungspflichtig.

### **Frage 5**

Gemäss Art. 839 Abs. 2 OR kann die Genossenschaft Bestimmungen über den Eintritt treffen, soweit diese den Eintritt nicht übermässig erschweren (Prinzip der offenen Tür). Ein klagbarer Anspruch auf Aufnahme besteht allerdings selbst bei Erfüllung der Anforderungen nicht, weshalb eine Ablehnung auch möglich ist, wenn Müller die Anforderungen erfüllt.

### **Frage 6**

Grundsätzlich haftet für Gesellschaftsschulden primär die Gesellschaft mit ihrem Vermögen, vgl. Art. 560 Abs. 1 OR. Die Gesellschafter können subsidiär belangt werden, wenn die Gesellschafter selbst in Konkurs gerät, die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben wird, vgl. Art. 568 Abs. 3 OR. Die Sorgen sind in casu unberechtigt, die Gesellschafter können derzeit nicht belangt werden.

### **Frage 7**

Eine Haftungsbefreiung ist möglich, soweit gemäss Art. 645 Abs. 2 OR im Namen der zu bildenden Gesellschaft gehandelt wurde. Daneben muss die AG tatsächlich gegründet worden sein und die Schuldübernahme innert 3 Monaten nach Eintrag in das Handelsregister erfolgen (doppelte Suspensivbedingung). In casu sind bereits 6 Monate vergangen, womit eine fristgerechte Schuldübernahme nicht mehr möglich ist. Weber und Meier haften somit persönlich und solidarisch, vgl. Art. 645 Abs. 1 OR.

## **Teil B (30 Punkte)**

### **Frage 1**

Es stellt sich die Frage der Beendigung der Gesellschaft durch Kündigung (Art. 545, 546 OR). Da der Zeitpunkt der Gesellschaftsformänderung für den Fortbestand der einfachen Gesellschaft nicht entscheidend ist (dies incertus an, incertus quando), gilt die einfache Gesellschaft auf unbestimmte Zeit geschlossen. Sie könnte somit grundsätzlich unter Beachtung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten „aussteigen“. Dass die sich die GmbH kurz vor der Gründung befindet, deutet auf eine Kündigung zur Unzeit hin (Art. 546 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 404 Abs. 2 OR). Ein Aussteigen resp. eine Kündigung ist daher grundsätzlich nicht möglich. Die Folgen einer Kündigung zur Unzeit sind in der Lehre umstritten (Nichtigkeit, aufschiebende Wirksamkeit oder Gültigkeit mit Schadenersatzpflicht).

### **Frage 2**

Ja, das ist möglich, da eine Kollektivgesellschaft eine Handelsgesellschaft im Sinne von Art. 775 OR i.V.m. 552 ff. OR ist.

### Frage 3

Die Ausrichtung von Tantiemen an Geschäftsführer stellt einen bedingt notwendigen Statuteninhalt dar (Art. 776a Abs. 1 Ziff. 14 OR i.V.m. Art. 798b OR i.V.m. Art. 677 OR)]. Vorliegend wäre die Ausrichtung von Tantiemen an Brigitte zwar grundsätzlich möglich, da aber gemäss Sachverhalt die Ausrichtung einer Tantieme nicht schriftlich festgehalten wurde bzw. nichts in den Statuten steht, fehlt eine Voraussetzung von Art. 776a OR, weshalb die Ausrichtung der Tantieme hier rechtlich nicht erlaubt ist.

### Frage 4

Eine Kotierung der Stammanteile der Nussbäume GmbH ist aus diversen Gründen nicht möglich. Grund dafür ist einerseits die Schwierigkeit der Übertragung der Stammanteile (folgt insb. aus der gesetzlichen Vinkulierung, d.h. die Abtretung von Stammanteilen bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung; die Gesellschafterversammlung kann die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern; Art. 786 OR). Eine Kotierung würde weiter auch bereits an der Dauer des Bestehens der Nussbäume GmbH scheitern. Art. 11 Abs. 1 KR sieht eine einzuhaltende Frist von drei Jahren zwischen Gründung der Gesellschaft und Kotierung an der Börse vor, die Nussbäume GmbH hat erst zwei Geschäftsjahre hinter sich. Überdies muss nach Art. 15 Abs. 1 KR das ausgewiesene Eigenkapital des Emittenten am ersten Handelstag mindestens CHF 25 Mio. gemäss dem im Kotierungsprospekt zur Anwendung gebrachten Rechnungslegungsstandard betragen. Da die Nussbäume GmbH ein Stammkapital von bloss CHF 6 Mio. aufweist, würde eine Kotierung auch an der Voraussetzung einer genügenden Kapitalausstattung scheitern. Zulässig zur Kotierung sind schliesslich ausschliesslich handelbare und fungible Beteiligungsrechte. Die Stammanteile einer GmbH zählen aufgrund des Schrifterfordernisses bei der Übertragbarkeit zu den nicht handelbaren Beteiligungsrechten und können deshalb nicht kotiert werden.

### Frage 5

Nein, Karl Kontrolleur könnte die Revision nicht durchführen. Karl ist zwar zugelassener Revisionsexperte nach Art. 4 RAG, jedoch würde die Nussbäume GmbH bei einer Kotierung als Publikumsgesellschaft nach Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a OR qualifiziert. Entsprechend müsste sie eine ordentliche Revision durch ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen (Art. 6 RAG) nach Art. 728 ff. OR vornehmen lassen.

### Frage 6

Eine GmbH kann sich grundsätzlich in eine AG umwandeln da beides Kapitalgesellschaften sind (Art. 54 Abs. 1 lit. a FusG). Die Generalversammlung der GmbH muss den Umwandlungsbeschluss mit einem Quorum von mindestens zwei Drittel der an der Generalversammlung vertretenen Stimmen sowie die absolute Mehrheit des gesamten Kapitals, mit dem ein ausübbares Stimmrecht verbunden ist (Art. 64 Abs. 1 lit. c FusG) beschliessen. Gemäss Sachverhalt sind Brigitte und Charles von einer Umwandlung der GmbH in eine AG angetan, Anna ist dagegen. Damit ist das nötige 2/3 Quorum erreicht und die Umwandlung käme zustand, d.h. sie kann nicht von Anna verhindert werden.

### Frage 7

Eine Eintragung von Ignazius im Aktienbuch ist nach Art. 686 Abs. 1 OR grundsätzlich möglich. Die Schwierigkeit könnte im Ausweis über den Erwerb der Aktie zu Eigentum liegen (Art. 686 Abs. 2 OR), da er gemäss Sachverhalt keine Schriftstück zur Hand hat.

### Frage 8

In Betracht fällt eine Meldepflichtverletzung nach Art. 20 Abs. 1 BEHG, da Ignazius durch den Zukauf der 100'000 Namenaktien sein Aktienanteil um 5% auf 24% erhöht und damit die Meldeschwelle bei 20% überschreitet. Als primäre Konsequenz steht eine Busse von bis zu CHF 10 Mio. nach Art. 41 Abs. 1 lit. a BEHG zur Diskussion. In einem weiteren Schritt ist allenfalls eine Stimmrechtsuspendierung nach Art. 34b BEHG zu prüfen. Am 1. Mai 2013 trat die Revision des BEHG in Kraft, mit welcher die Kompetenzen bei der Stimmrechtsuspendierungsklage vom Zivilgericht (Art. 20 Abs. 4bis aBEHG) auf die FINMA übertragen wurden (Art. 34b BEHG).

### Frage 9

Da in den Statuten die Geschäftsführung nicht übertragen wurde, greift die Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrats (Art. 716 OR). Innerhalb des Verwaltungsrats wäre der Verwaltungsrat als Gremium für diesen Kauf zuständig gewesen (Art. 716b Abs. 1 OR), d.h. Charles durfte die Optionen nicht kaufen.

### Frage 10

Naheliegend ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR. Nach Art. 757 Abs. 2 OR ist die Zindel & Co. AG aktivlegitimiert. Charles ist als Verwaltungsratsmitglied passivlegitimiert (Art. 754 Abs. 1 OR). Zu beweisen sind Schaden, Kausalität, Widerrechtlichkeit (Sorgfaltspflichtverletzung) und Verschulden.

## Teil C (30 Punkte)

### Frage 1

Es liegt eine Gesellschaft vor, da sich mehrere Personen auf vertraglicher Grundlage zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Mitteln zusammenschliessen, Art. 530 Abs. 1 OR. Arnold und Berthold sind natürliche Personen. Laut Sachverhalt wurden detaillierte Regelungen zur Gewinnverteilung aufgestellt, was zumindest auf eine Teilschriftlichkeit hinweist, ein Gesellschaftsvertrag ist also zweifellos vorhanden. Als gemeinsamer Zweck kann die Erbringung von juristischen Dienstleistungen gelten. Gemeinsame Mittel werden eingesetzt, da Arnold und Berthold laut Sachverhalt Aufwände zu gleichen Teilen erbringen. Eine Körperschaft liegt nicht vor, da es laut Sachverhalt am Handelsregistereintrag fehlt. Eine Kommanditgesellschaft ist auszuschliessen, weil keine unterschiedliche Haftung besteht. In Frage kommt eine einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 Abs. 1 OR oder eine Kollektivgesellschaft gemäss Art. 552 Abs. 1 OR. Da die einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 Abs. 2 OR als subsidiär angesehen wird, muss zunächst das Vorhandensein einer Kollektivgesellschaft geprüft werden. Hierunter versteht man eine Gesellschaft, in der zwei oder mehr natürliche Personen ohne Beschränkung ihrer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern sich zum Zwecke vereinigen, unter einer gemeinsamen Firma ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben. Abgrenzung der Kollektivgesellschaft zur einfachen Gesellschaft ist also das Vorliegen eines kaufmännischen Gewerbes. Ein Gewerbe ist gemäss Art. 934 Abs. 1 OR (bzw. Art. 2 lit. b HregV) eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit. Selbständig ist eine Tätigkeit dann, wenn sie weisungsungebunden, in organisatorischer Gestaltung frei und auf eigenes finanzielles Risiko durchgeführt wird. Im Sachverhalt finden sich keine gegenteiligen Anhaltspunkte, weswegen davon auszugehen ist, dass dieses Kriterium erfüllt ist. Auch die Dauerhaftigkeit ist gegeben, da das Geschäft der Law Consult laut Sachverhalt bereits seit 2007 existiert. Ebenso ist eine Erwerbsabsicht erkennbar. Hierauf weist die Sondervereinbarung zur Gewinnverteilung hin. Allerdings gilt die Ausübung eines freien Berufs, wozu auch Anwalts-tätigkeiten gezählt werden, grundsätzlich nicht als ein Gewerbe,

das nach kaufmännischer Art geführt wird. Gemäss der Rechtsprechung greift die Ausnahme des freien Berufs nicht, wenn das Streben nach Wirtschaftlichkeit die Kundenbeziehung in den Hintergrund drängt. Laut Sachverhalt besitzt die „Law Consult“ eine eigene Werbebrochure, die eine Reihe von Stichwörtern enthält, die nicht mit der Definition eines freien Berufs in Übereinstimmung gebracht werden können (z.B. Wirtschaftsberatung, Team, Spezialisten). Auch die Grösse (10 Angestellte) deutet auf ein kaufmännisches Gewerbe hin, wo nicht mehr die Kundenbeziehung, sondern die Gewinnerzielungsabsicht und damit das Streben nach Wirtschaftlichkeit im Vordergrund steht. Da also das Vorliegen eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes bejaht werden muss und auch die anderen Voraussetzungen gemäss Art. 552 Abs. 1 OR gegeben sind, liegt eine Kollektivgesellschaft vor. Dem steht auch nicht entgegen, dass Arnold und Berthold sich nicht um den Handelsregistereintrag gekümmert haben, denn bei einer kaufmännischen Kollektivgesellschaft ist der Eintrag gemäss Art. 553 OR nur deklaratorischer Art.

## Frage 2

Gemäss Art. 947 Abs. 1 OR muss eine Kollektivgesellschaft den Familiennamen mindestens eines Gesellschafters und einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz enthalten. Im Namen „Law Consult“ findet sich weder ein Familienname noch ein Zusatz wie „& Partner“. Die Firma ist daher unzulässig.

## Frage 3

Es kommt darauf an, ob eine wirksame Stellvertretung der einfachen Gesellschaft gemäss Art. 543 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 32 ff. OR vorhanden ist. Eine eigene Willenserklärung hat Arnold hier im Namen der Gesellschaft abgegeben, da er das Angebot mit einem Briefbogen der Law Consult angenommen hat. Fraglich ist aber, ob Arnold Vertretungsmacht für die Gesellschaft hatte. Würde es sich bei der Gesellschaft um eine einfache Gesellschaft handeln, so bestünde gemäss Art. 535 Abs. 1 OR im Grundsatz Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter. Wenn nichts anderes vereinbart ist, darf aber gemäss Art. 535 Abs. 2 OR jeder Gesellschafter ohne Mitwirkung der anderen handeln. Daher kann Arnold alleine Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vornehmen, weswegen die Ansicht Bertholds falsch wäre.

## Frage 4

Laut Sachverhalt haben Arnold und Berthold immer alle Geschäfte gemeinschaftlich getätigt, weswegen von einer konkludenten Bestimmung der Gesamtvertretung ausgegangen werden kann. Im Unterschied zur einfachen Gesellschaft besteht bei der kaufmännischen Kollektivgesellschaft gemäss Art. 552 Abs. 2 OR eine Eintragungspflicht im Handelsregister. Diese Eintragungspflicht umfasst gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. g HRegV auch die Eintragung der zur Vertretung berechtigten Personen. Soll also die Tatsache der Gesamtvertretung Gültigkeit besitzen, so hätte die Gesamtvertretung im Handelsregister eingetragen werden müssen. Allerdings haben sie sich laut Sachverhalt nicht um die Eintragung des Unternehmens im Handelsregister gekümmert und so unterblieb auch die Eintragung der konkludenten Bestimmung der Gesamtvertretung. Die Rechtsfolge besteht darin, dass die gesetzliche Vertretungsregelung als bestehend angesehen werden muss, also die Einzelvertretungsbefugnis gemäss Art. 563 OR. Im Ergebnis hat Arnold die Law Consult also grundsätzlich vertreten dürfen. Bei der Frage, ob dies auch für den Vertragsschluss mit der Doom Chemical gilt, ist allenfalls die negative Publizitätswirkung des Handelsregistereintrags gemäss Art. 933 Abs. 2 OR zu berücksichtigen. Demnach kann das Fehlen einer vorgeschriebenen Eintragung nur dann einem Dritten entgegengehalten werden, wenn dieser bösgläubig war. Im Sachverhalt finden sich keine Hinweise, dass die Doom Chemical von der abweichenden Vertretungsregelung einer Gesamtvertretung von Arnold und Berthold wusste, eine Bösgläubigkeit der Doom Chemical kann daher ausgeschlossen werden und folglich kann ihr auch nicht Art. 933

Abs. 2 OR entgegengehalten werden. Daher war Arnold auch berechtigt, alleine den Vertrag mit der Doom Chemical Corp. abzuschliessen.

**Frage 5**

Bei Anmeldung und Eintragung einer Kollektivgesellschaft mit Gesamtvertretung ins Handelsregister müssen Dritte gemäss Art. 933 Abs. 1 OR diese Eintragung gegen sich gelten lassen. Arnold hatte daher keine alleinige Vertretungsmacht für die Kollektivgesellschaft, folglich kann die Doom Chemical Corp. auch nicht auf die Einhaltung des Vertrags pochen.