

# Lösungshinweise zur Fachprüfung im Wirtschaftsrecht vom 23. Juni 2010

## Teil A: Kurzfälle

**1.** BEHG 29 II verbietet es dem Verwaltungsrat einer börsenkotierten Gesellschaft, von der Veröffentlichung des Angebots bis zur Veröffentlichung des Ergebnisses Rechtsgeschäfte zu beschliessen, mit denen der Aktiv- oder Passivbestand der Gesellschaft in bedeutender Weise verändert würde. Der Verkauf des Betriebsteils verändert den Aktivbestand der Immovest AG in erheblichem Masse und ist demnach nicht zulässig.

Nach BEHG 29 II gelten die für den Verwaltungsrat massgeblichen Beschränkungen nicht für die Generalversammlung. Der Verwaltungsrat könnte eine a.o. Generalversammlung einberufen (OR 699 I/II), in welcher über den Verkauf des Betriebsteils beschlossen werden könnte.

**2.a)** Der Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers muss nicht traktandiert werden (OR 700 III).

Nach dem Wortlaut von OR 697a I ist zur Beantragung einer Sonderprüfung nur legitimiert, wer das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsichtnahme ausgeübt hat.

**2.b)** Als Organ der Gesellschaft trifft den VR gegenüber dem Sonderprüfer eine Auskunftspflicht über erhebliche Tatsachen (OR 697d II). Daraus fliesst auch ein Einsichtsrecht des Sonderprüfers in alle Unterlagen der Gesellschaft, die im Rahmen des Prüfgegenstands relevant sind. Der Verwaltungsrat darf Marty die Einsicht in die Geschäftsbücher nicht verweigern, da diese vorliegend für die Klärung des Sachverhalts relevant sind. Bei weiterer Verweigerung des Einsichtsrechts kann Marty den Richter anrufen (OR 697d II).

**3.** Die A. GmbH wäre nicht an den Vertrag gebunden, wenn sie Ehrsam entgegenhalten könnte, Grossen sei gemäss Handelsregistereintrag nur kollektivzeichnungsbe-rechtigt (OR 814 IV i.V.m. OR 718a II), was sie gestützt auf OR 933 I grundsätzlich tun könnte, weil im Handelsregister eingetragene Tatsachen jedem Dritten entgegengehalten werden können. Das Gesetz sieht jedoch in OR 814 II vor, dass mindestens ein Geschäftsführer die Gesellschaft vertreten können muss. Folglich muss der einzige Geschäftsführer alleinzeichnungsberechtigt sein, selbst wenn eine abweichende Eintragung im Handelsregister besteht, weil andernfalls die Vertretung nicht mehr sichergestellt wäre. Nach OR 938b I wäre die A. GmbH zudem verpflichtet gewesen, unverzüglich die Löschung von Klein in die Wege zu leiten, so dass eine Berufung auf den Handelsregistereintrag rechtsmissbräuchlich sein könnte. Die A. GmbH kann sich zusammenfassend nicht auf die gemäss Handelsregistereintrag fehlende Einzelzeichnungsberechtigung von Grossen berufen.

4. Die auf Dauer angelegte Gewinnstrebigkeit spricht für die Führung eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes im Sinne von OR 552, eine einfache Gesellschaft kann somit nicht vorliegen (OR 530 II). Die vom Handelsregisterführer eingetragene Firma Schibli Brogli Cinema enthält keine Angaben über die Rechtsform, weshalb es sich nicht um eine Kapitalgesellschaft handeln kann (OR 950). Der Sachverhalt schweigt sich über eine Haftungsbeschränkung aus, weshalb nach OR 594 I auch eine Kommanditgesellschaft nicht in Frage kommt. Es ist folglich von einer Kollektivgesellschaft nach OR 552 I auszugehen.

5. Die Ovantis AG zählt als kotierte Aktiengesellschaft zu den Publikumsgesellschaften (OR 727 I Ziff. 1 lit. a). Sie ist ungeachtet der vorliegenden Jahreszahlen zur ordentlichen Revision verpflichtet.

6. OR 722 bezieht sich auf die ausservertragliche Haftung der Gesellschaft für das Verhalten ihrer Organe, während die aktienrechtliche Verantwortlichkeitshaftung nach OR 754 die ausservertragliche Haftung der (natürlichen oder juristischen) Personen, welche als Entscheidungsträger der Gesellschaft fungieren, betrifft.

## **TEIL B: „Y AG“**

1.a) Es sind zunächst die formellen Vorschriften zur Sacheinlagegründung zu beachten: Es muss ein schriftlicher Sacheinlagevertrag geschlossen werden (OR 634 1), welcher dem Errichtungsakt der Gesellschaft beigelegt werden muss (OR 631 II 5). Zudem müssen die Sacheinlagen in den Statuten bekannt gegeben werden (OR 628 I). Die Gründer müssen sich im schriftlichen Gründungsbericht über die Angemessenheit der Bewertung äussern (OR 635 1) und ein zugelassener Revisor hat diesen Gründungsbericht auf seine Vollständigkeit und Richtigkeit hin zu bestätigen (OR 635a). Der Gegenstand der Sacheinlage ist sodann im Handelsregister einzutragen (OR 642).

Materielle Voraussetzungen sind (i) Aktivierbarkeit, was einen wirtschaftlichen Nutzen der Sache voraussetzt, (ii) Übertragbarkeit und unmittelbare Verfügbarkeit der Sache, so dass die Gesellschaft ab Eintragung im HReg sofort als Eigentümerin über die Sacheinlage verfügen kann (OR 634 2 OR) und (iii) Verwertbarkeit, d.h. die Sache muss auf Dritte übertragbar sein.

1.b) Es besteht die Gefahr der Überbewertung der Sacheinlagen, da die Gründer bei der Kapitalaufbringung in einem Interessenkonflikt mit der Gesellschaft stehen. Mit den Sacheinlagevorschriften soll verhindert werden, dass die der Gesellschaft zugeführten Wirtschaftsgüter wertmässig den Ausgabebetrag der Aktien nicht decken (Deckungsprinzip / Verbot der Unterpariemission).

2.a) Dividenden dürfen (nur) aus dem von der Gesellschaft erzielten Bilanzgewinn (oder aus speziell für die Gewinnausschüttung gebildeten Reserven) ausgeschüttet werden (OR 660 i.V.m. OR 675 II). 5 % des Jahresgewinnes der Gesellschaft müssen allerdings der allgemeinen Reserve zugewiesen werden, bis diese die Höhe von 20 % des einbezahlten Aktienkapitals erreicht hat (OR 671 I).

**2.b)** Vorliegend wird ein Gewinn ausgewiesen, eine Dividende kann somit grundsätzlich ausgeschüttet werden. Da es sich um das erste Geschäftsjahr handelt, sind noch keine gesetzlichen Reserven vorhanden, deshalb ist ein Betrag von 5 % des Gewinnes (i.c. CHF 500.-) vorgängig der allgemeinen Reserve zuzuweisen. Es kann folglich maximal eine Dividende von CHF 9'500.- ausgeschüttet werden.

**2.c)** Die Partizipanten sind den Aktionären in vermögensrechtlicher Hinsicht gleichgestellt (OR 656f I [folgt auch indirekt aus OR 656a II]), Müller ist bezüglich des Dividendenanspruchs gleichberechtigt mit den Aktionären.

**3.** Nach OR 656d II hat Müller als Partizipant insofern ein Recht, über die GV-Beschlüsse informiert zu werden, als er am Gesellschaftssitz Einsicht in das Beschlussprotokoll nehmen kann und über dieses Recht in der Bekanntgabe der Einberufung auch hingewiesen werden muss.

Nach dem Wortlaut von OR 706 I wären nur der Verwaltungsrat und die Aktionäre zur Anfechtungsklage aktivlegitimiert. Aufgrund der grundsätzlichen Gleichstellung von Partizipanten (OR 656a II) befürwortet die h.L. jedoch auch ein Anfechtungsrecht des Partizipanten.

**4.** Vorliegend hat Arni, welcher zu 50 % an der AG beteiligt ist, seine Aktien nicht voll liberiert. Nicht voll liberierte Aktien sind zwingend Namenaktien (OR 683 I e contrario). Nicht voll liberierte Namenaktien dürfen nach OR 685 I nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden, es sei denn, sie werden durch Erbgang, Erteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben, was hier nicht zutrifft. Eine Zustimmung zur Übertragung könnte verweigert werden, wenn kumulativ die Zahlungsfähigkeit des Erwerbers zweifelhaft wäre und vom Erwerber die seitens der Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet worden wäre (OR 685 II). (Für eine statutarische Beschränkung der Übertragbarkeit bestehen keine Hinweise.)

**5.a)** Die Wertschriften mit Kurswert dürfen gemäss OR 667 I – ungeachtet des Kaufpreises, des aktuellen Kurses und eines erhofften Wiederaufschwungs – höchstens zum Durchschnittskurs des letzten Monats vor dem Bilanzstichtag, d.h. zu CHF 10'000.- (statt CHF 30'000.-) bewertet werden. Das Warenlager darf höchstens zu den aktuellen Marktpreisen bewertet werden (OR 666 II), d.h. es muss mit CHF 100'000.- (statt CHF 200'000.-) in die Bilanz eingesetzt werden. Die Beteiligung darf dagegen (vorbehältlich einer Aufwertung nach OR 670) nicht zu ihrem wirklichen Wert bilanziert werden, sondern sie darf höchstens zu den Anschaffungskosten bewertet werden (OR 665 i.V.m. OR 665a), sie ist also korrekt bilanziert. Der Bilanzverlust beträgt somit in der korrigierten Bilanz CHF 220'000.- statt CHF 100'000.-.

**5.b)** Das Eigenkapital (Nennkapital plus gesetzliche Reserven) beträgt CHF 250'000.-. Es liegt ein Kapitalverlust im Sinne von OR 725 I vor, da die Hälfte des Eigenkapitals nicht mehr gedeckt ist. Beim Vorliegen eines Kapitalverlusts hat der Verwaltungsrat nach OR 725 I unverzüglich eine (a.o.) Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen.

**5.c)** Als Sanierungsmassnahmen kommen vorliegend folgende Möglichkeiten in Betracht:

1. Gemäss OR 670 I dürfen Beteiligungen, deren wirklicher Wert die Anschaffungskosten übersteigt, im Falle eines Bilanzverlustes bis höchstens zum wirklichen Wert aufgewertet werden.
2. Freie Reserven können gemäss OR 674 II 2 für die Gewinnglättung (Ausrichtung möglichst gleichmässiger Dividenden) angelegt bzw. aufgelöst werden.
3. OR 671 III sieht vor, dass die allgemeine Reserve zur Deckung von Verlusten verwendet werden kann.

### **Teil C: „Buttoned Socks“**

**1.** Die Firma einer Kommanditgesellschaft muss den Familiennamen wenigstens eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz enthalten, wobei die Namen anderer Personen als der unbeschränkt haftenden Gesellschafter nicht enthalten sein dürfen (OR 947 III und IV). Vorliegend könnte die Sachbezeichnung „Sock“, die dem „&Co.“ vorangestellt wird, für einen Familiennamen gehalten werden [diesen gibt es!], so dass die Firma täuschend und damit unzulässig wäre (OR 944 I).

**2.** Gemäss OR 603 i.V.m. OR 564 wird die Gesellschaft nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften durch die unbeschränkt haftenden Gesellschafter vertreten. Da aufgrund des Sachverhalts davon ausgegangen werden kann, dass Hoods als Kommanditär weder über eine Vollmacht verfügte noch das Geschäft nachträglich genehmigt wurde, konnte er die Gesellschaft nicht rechtsgültig verpflichten. Ein Gläubiger hat die Obliegenheit, sich im Handelsregister zu informieren, wer berechtigt ist, für die betreffende Unternehmung geschäftsführende Handlungen vorzunehmen (OR 933 I). Die Verwendung von Briefpapier der Bieri&Co. und damit allenfalls einhergehende Anscheinserweckung, im Namen der Gesellschaft zu handeln, ist unbeachtlich.

**3.** Eine gesetzliche Bestimmung betreffend die Treuepflicht der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft fehlt; das Gesetz verweist in Bezug auf das Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter sich lediglich in genereller Weise auf das Recht der Kollektivgesellschaft (OR 598 I i.V.m. 561). Mangels abweichender Bestimmung gilt das auch für die Treuepflicht des Kommanditärs (OR 598 II i.V.m. 599 ff.).

Aus OR 561 kann kein Verbot, Aktien zu halten, abgeleitet werden. Hingegen ist anzunehmen, dass Hoods als Alleininhaber der Hoods Buttoned Socks AG für die AG im gleichen Geschäftszweig Geschäfte abschliesst und damit gegen das Konkurrenzverbot verstösst.

**4.** Weder das Recht über die Kommanditgesellschaft noch jenes über die Kollektivgesellschaft kennen Bestimmungen über die Aufnahme neuer Gesellschafter. Entsprechend richtet sich diese nach den Vorschriften über die einfache Gesellschaft (OR 598 II i.V.m. OR 557 II). Nach OR 542 I kann ein Dritter ohne die Einwilligung aller übrigen Gesellschafter nicht in die Gesellschaft aufgenommen werden.

**5.a)** Die Gesellschaft ist gemäss OR 602 partei- und prozessfähig, damit kann sie vor Gericht verklagt werden. Lohnforderungen sind Gesellschaftsschulden, resp. sind die Mitarbeiter Gläubiger der Gesellschaft und können ihre Forderungen direkt bei der Gesellschaft geltend machen.

**5.b)** Gemäss OR 610 I haben die Gesellschaftsgläubiger während der Dauer der Gesellschaft kein Klagerecht gegen Hoods als Kommanditär.

**5.c)** Die Mitarbeiter können nicht direkt gegen das Ehepaar Bieri vorgehen, da Komplementäre erst belangt werden können, wenn die Gesellschaft erfolglos betrieben oder aufgelöst worden ist (OR 604).

**6.** Als Kommanditär ist Hoods zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft weder berechtigt noch verpflichtet (OR 600 I) und kann gegenüber Handlungen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs kein Veto einlegen (OR 600 II). Das Einstellen von Personal gehört zu den gewöhnlichen Geschäftsbetriebshandlungen; Hoods kann sich der Verpflichtung, die Kommanditsumme einzuzahlen, mit seinem Einwand nicht entziehen. Gemäss OR 610 II ist der Kommanditär allerdings erst im Konkurs gezwungen, die Kommanditsumme einzuwerfen. Nach OR 610 II sind zudem nur die Gläubiger, die Liquidatoren und die Konkursverwaltung, nicht aber die Komplementäre, legitimiert, die Einzahlung der Kommanditsumme zu verlangen.

**7.a)** Das Ausscheiden eines Gesellschafters richtet sich nach den Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft (OR 619 I). Gemäss OR 576 kann die Gesellschaft weitergeführt werden, wenn die Gesellschafter vor Auflösung der Gesellschaft übereingekommen sind, dass diese trotz Ausscheidens eines Gesellschafters unter den übrigen fortgesetzt werden soll. Vorliegend scheidet der einzige Kommanditär aus, wobei er mit der Fortsetzung einverstanden ist. Da nun das Ehepaar Bieri die Gesellschaft alleine führt, wobei beide unbeschränkt haften, wird die Gesellschaft automatisch in eine Kollektivgesellschaft umgewandelt (FusG 55 II).

**7.b)** Die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine GmbH (Kapitalgesellschaft) ist gemäss FusG 54 II a zulässig. Zuerst haben die Gesellschafter einen Umwandlungsplan und einen Umwandlungsbericht zu erstellen (FusG 60 und 61). Auf die Prüfung durch einen zugelassenen Revisionsexperten und das Gewähren von Einsicht kann vorliegend verzichtet werden, da es sich um eine Kleingesellschaft handelt (FusG 62 I/II bzw. FusG 63 I/II). Danach haben alle (beide) Gesellschafter dem Umwandlungsbeschluss zuzustimmen, was öffentlich beurkundet werden muss (FusG 64 II und 65). Schliesslich muss die Umwandlung noch zur Eintragung im Handelsregister angemeldet werden (FusG 66).

**7.c)** Nach FusG 68 I i.V.m. FusG 26 I haften die Bieris für Verbindlichkeiten, die vor der Übertragung entstanden sind. Als ehemalige Komplementäre der übertragenden Gesellschaft, die aufgelöst wurde, können sie nun persönlich belangt werden (OR 604), und zwar nach FusG 26 II während höchstens dreier Jahre nach Eintritt der Rechtswirksamkeit der Fusion.