

## Lösungshinweise zur Probeklausur im Wirtschaftsrecht HS 2012

### Teil A (20 Punkte)

#### Frage 1

Scheidet aus einer Kommanditgesellschaft der einzige Kommanditär aus, wandelt sich die Gesellschaft formlos in eine Kollektivgesellschaft, sofern die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart wird, vgl. Art. 55 Abs. 2 FusG.

Alternativlösung: Die Kommandit-AG kann sich bei Ausscheiden des letzten Komplementärs in eine AG umwandeln statt sich aufzulösen, sofern dies in den Statuten vorgesehen ist.

#### Frage 2

Die Delegation ist zulässig, es liegt keine unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates nach Art. 716a Abs. 1 OR vor. Die Voraussetzungen der Delegation ergeben sich aus Art. 716b OR: Vorausgesetzt wird eine Ermächtigung in den Statuten und Erlass eines Organisationsreglements durch den Verwaltungsrat.

#### Frage 3

Wenn der Aktionär seiner Liberierungspflicht nicht nachkommt, kann er im Kaduzierungsverfahren gemäss Art. 681 f. OR aus der AG ausgeschlossen werden. Gemäss Art. 33 BEHG kann der Übernehmer, wenn er 98 % der Stimmrechte auf sich vereinigt, im Falle eines öffentlichen Kaufangebots die restlichen Beteiligungspapiere vom Richter kraftlos erklären lassen. Nach Art. 18 Abs. 5 FusG kommt ein Fusionsbeschluss der übertragenden Gesellschaft, der nur eine Abfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft vorsieht, zustande, wenn ihm mindestens 90% der stimmberechtigten Gesellschafter zustimmen.

#### Frage 4

Es besteht die Besorgnis einer Überschuldung, d.h. es besteht begründeter Anlass zur Annahme, durch die Verluste könnte allmählich das gesamte Eigenkapital nicht mehr gedeckt, die Gesellschaft also überschuldet sein. Der Verwaltungsrat kann zunächst die Reserven auflösen, soweit zulässig (allg. ges. Reserven und freie Reserven), und mit dem Bilanzver-

lust verrechnen; vgl. Art. 671 Abs. 3 OR. Nach Auflösung der Reserve ist der Bilanzverlust immer noch grösser als das Eigenkapital (Der Bilanzverlust beträgt dann noch 145'000 und das Eigenkapital 100'000). Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR muss der Verwaltungsrat daher eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten erstellen und durch die Revisionsstelle prüfen lassen. Wenn die Forderungen der Gläubiger nach beiden Bilanzen nicht gedeckt sind, muss der Verwaltungsrat den Richter benachrichtigen, vgl. Art. 725 Abs. 2 OR. Der Verwaltungsrat, könnte mit einzelnen Gläubigern ein Rangrücktritt vereinbaren, d.h. sofern Gesellschaftsgläubiger im Aus-mass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten, kann die Benachrichtigung des Richters (vorläufig) abgewendet werden, vgl. Art. 725 Abs. 2 OR.

### **Frage 5**

Können die Verbindlichkeiten aufgrund des Spaltungsvertrags oder des Spaltungsplans einer Gesellschaft zugeordnet werden, haftet die entsprechende Gesellschaft; vgl. e contrario Art. 38 Abs. 3 FusG. Gemäss Art. 38 Abs. 3 FusG haften sämtliche an der Aufspaltung beteiligten Gesellschaften solidarisch für alle anderen Verbindlichkeiten. Zudem haften gemäss Art. 47 Abs. 1 FusG die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften subsidiär und solidarisch, falls die primär haftende Gesellschaft die Forderungen nicht befriedigt.

### **Frage 6**

Gemäss Art. 41 OR muss er einen direkten Schaden nachweisen. Möglich ist auch, gemäss Art 754 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 757 Abs. 1 und Abs. 2 OR einen Schaden der Gesellschaft und Klageverzicht der Konkursverwaltung nachzuweisen. Daneben muss er in beiden Fällen nachweisen: Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtverletzung, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden.

### **Frage 7**

Aus Art. 558 Abs. 3 OR ergibt sich, dass ein Honorar für Tätigkeiten eines Gesellschafters im Interesse der Kollektivgesellschaft nur dann besteht, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Ist ein Honoraranspruch vertraglich vorgesehen, so ist dieser unabhängig von Gewinn oder Verlust geschuldet; vgl. Art. 560 Abs. 1 OR. Sofern also der Honoraranspruch vertraglich vorgesehen ist, spielt es also für die Berechnung des Anspruchs keine Rolle, dass die Kollektivgesellschaft einen Verlust aufweist.

### **Frage 8**

Das Grundkapital erhöht sich entsprechend, wenn ein neuer Genossenschaftler beiträgt und (mindestens) einen Anteilschein übernimmt, vgl. Art. 853 Abs. 1 OR.

## Teil B (30 Punkte)

### Frage 1

Gemäss Art. 54 Abs. 2 FusG kann eine Kollektivgesellschaft sich in eine Kapitalgesellschaft umwandeln. Gemäss der Definition von Art. 2 lit. c FusG ist die GmbH eine Kapitalgesellschaft, weshalb die Umwandlung im vorliegenden Fall ohne weiteres zulässig ist.

### Frage 2

Art. 61 Abs. 2 FusG sieht vor, dass kleine und mittlere Unternehmen auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts verzichten können, sofern alle Gesellschafter zustimmen. Gemäss Art. 2 Bst. e FusG ist ein kleines oder mittleres Unternehmen eine Gesellschaft, die keine Anleiensobligationen ausstehend hat, deren Anteile nicht an der Börse kotiert sind und die überdies zwei der nachfolgenden Grössen in den letzten zwei Jahren vor dem Umwandlungsbeschluss vorangegangenen Geschäftsjahren nicht überschreiten:

1. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken
2. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken
3. 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt [B9; ½]

Die Gesellschaft ist nicht an der Börse kotiert und hat ausserdem keine Anleiensobligationen ausstehend. Aus dem Sachverhalt geht zudem hervor, dass keine dieser genannten Grössen überschritten wurde: Die Bilanzsumme betrug im Jahr 2010 lediglich 13'000'000 bzw. 15'000'000 im Jahr 2011, der Umsatz belief sich im Jahr 2010 auf 4'000'000 bzw. auf 5'000'000 im Jahr 2011, die Gesellschaft beschäftigt sieben Mitarbeitende. Aus diesem Grund ist der einstimmige Beschluss, auf einen Umwandlungsplan zu verzichten, rechtmässig.

### Frage 3

Gemäss Art. 162 Abs. 1 HRegV nimmt das Handelsregisteramt auf schriftlichen Einspruch die Eintragung ins Tagesregister vorläufig nicht vor (sog. Registersperre). Da die Eintragung noch nicht vorgenommen wurde, kann Olivier Degen die Eintragung so vorerst verhindern. Gemäss Art. 162 Abs. 3 lit. a HRegV nimmt das Handelsregisteramt die Eintragung aber vor, wenn der Einsprecher nicht innert zehn Tagen nachweist, dass er dem Gericht ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gestellt hat. Damit die Registersperre nicht dahinfällt, muss der Gesellschafter also ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme stellen und dies dem Handelsregisteramt nachweisen.

### Frage 4

Gemäss Art. 106 Abs. 1 FusG können Gesellschafter, die dem Beschluss über die Umwandlung nicht zugestimmt haben, den Beschluss innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung im Handelsamtsblatt anfechten, falls Vorschriften des FusG verletzt wurden. Es stellt sich also die Frage, ob vorliegend eine Vorschrift des FusG verletzt wurde. Gemäss Art. 64 Abs. 2 FusG bedarf der Umwandlungsbeschluss bei Kollektivgesellschaften der Zustimmung aller Gesellschafter. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch vorsehen, dass die Zustimmung von drei Vierteln aller Gesellschafter genügt. Vorliegend sieht der Gesellschaftsvertrag in Art. 6 nur vor, dass für sämtliche Beschlüsse der Gesellschaft eine Mehrheit von zwei Dritteln ausreicht, was im Hinblick auf dem Umwandlungsbeschluss unzulässig ist. Die Hürde von drei Vierteln aller Gesellschafter wird nicht erreicht, weshalb der Beschluss eine Bestimmung des FusG verletzt. Die Veröffentlichung im Handelsamtsblatt erfolgte am 30. April 2012, weshalb die zweimonatige Frist am heutigen Tag noch nicht abgelaufen ist. Oli-

er Degen könnte durch diese gerichtliche Anfechtung gemäss Art. 107 Abs. 2 FusG die Aufhebung des Beschlusses erreichen.

### **Frage 5**

Art. 68 Abs. 1 FusG verweist betreffend Haftung bei der Umwandlung auf die Bestimmungen über die Fusion. Art. 26 Abs. 1 FusG bestimmt, dass die Haftung der Gesellschafter für Schulden, die bereits im Zeitpunkt vor dem Fusionsbeschluss (bzw. vorliegend dem Umwandlungsbeschluss) begründet wurden oder deren Entstehungsgrund vor diesem Zeitpunkt liegt, weiter besteht. Gemäss Art. 568 Abs. 1 OR haften die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen. Diese Haftung ist jedoch bloss subsidiär, da gemäss Art. 570 Abs. 1 OR vorab das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger herangezogen wird. Nach Art. 26 Abs. 2 FusG verjähren diese Ansprüche aus persönlicher Haftung drei Jahre nach Eintritt der Rechtswirksamkeit der Fusion. Die Befürchtung von Marco Schwegler ist also teilweise begründet, er haftet weiter persönlich für die Schulden, falls das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, jedoch nur während drei Jahren.

### **Frage 6**

Gemäss Art. 806 Abs. 2 OR können die Statuten das Stimmrecht unabhängig vom Nennwert so festsetzen, dass auf jeden Stammanteil eine Stimme entfällt (sog. Stimmrechtsanteile). Für die Einführung dieser stimmrechtsprivilegierten Stammanteile braucht es gemäss Art. 808b Abs. 1 Ziff. 2 OR einen Beschluss der Gesellschafterversammlung, der mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen sowie die absolute Mehrheit des gesamten Stammkapitals auf sich vereinigt, mit dem ein ausübbares Stimmrecht verbunden ist.

### **Frage 7**

Nicht die abgegebenen Stimmen, sondern die vertretenen Stimmen werden bei der Ausmittlung der Stimmen berücksichtigt. Dies hat zur Folge, dass sich Enthaltungen faktisch wie das Einwerfen eines NEIN auswirken. Allerdings sind bereits 2 von 3 Gesellschaftern für die Annahme der Vorlage, d.h. sie kommt auch ohne Stimmen von Oliver Degen zustande.

### **Frage 8**

Laut Art. 806 Abs. 3 Ziff. 1 OR ist die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Stammanteile nicht anwendbar für die Wahl der Mitglieder der Revisionsstelle. Relevant ist gemäss Art. 806 Abs. 1 OR also der Nennwert der vertretenen Stammanteile. Nach Art. 808 OR vollzieht die Gesellschafterversammlung ihre Wahlen mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen. Konkret steht sich der Nennwertsaldo von 14'000 für ein JA einem Nennwertsaldo von 15'000 für ein NEIN gegenüber, so dass die Revisionsstelle nicht als gewählt gilt.

## Teil C (30 Punkte)

### Frage 1

#### a) Art der Kapitalerhöhung

Das geltende Aktienrecht sieht in den Art. 650 ff. OR drei Formen der Aktienkapitalerhöhung vor: (i) die ordentliche, (ii) die genehmigte und (iii) die bedingte Kapitalerhöhung. Bei der genehmigten Kapitalerhöhung darf der Nennbetrag, um den das Aktienkapital erhöht wird, die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals nicht übersteigen; vgl. Art. 651 Abs. 2. Gleiches gilt für die bedingte Kapitalerhöhung: Bei der bedingten Kapitalerhöhung darf der Nennbetrag, um den das Aktienkapital erhöht wird, die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals nicht übersteigen; vgl. Art. 653a OR. Da im vorliegenden Fall das Aktienkapital verdoppelt werden soll, fallen die genehmigte und die bedingte Kapitalerhöhung ohnehin ausser Betracht. Die ordentliche Kapitalerhöhung hingegen sieht keine Beschränkung des Kapitalerhöhungsbetrages vor und kann deshalb in casu durchgeführt werden, vgl. e contrario Art. 650 OR.

#### b) Kompetenzen der Organe

Nach Art. 650 Abs. 1 OR wird eine ordentliche Kapitalerhöhung von der Generalversammlung beschlossen und ist vom Verwaltungsrat innert dreier Monate durchzuführen. Grundsätzlich sind sämtliche Punkte der Erhöhung von der GV selbst zu beschliessen; einzig die Festsetzung des Emissionspreises kann an den Verwaltungsrat delegiert werden (Art. 650 Abs. 2 OR).

#### c) Quorum Kapitalerhöhungsbeschluss

Der Kapitalerhöhungsbeschluss ist grundsätzlich mit einfachem Mehr nach Art. 703 OR zu fassen. Es erfolgt eine Barliberierung und zudem ist eine Aufhebung oder Einschränkung des Bezugsrechts nicht notwendig (da Gäumann und Schnell einen neuen Investor suchen und es mangels finanzieller ohnehin Mittel nicht ausüben können, selbst wenn sie es wollten), weshalb der Kapitalerhöhungsbeschluss kein qualifiziertes Quorum aufweisen muss.

#### d) Sicherstellung der Gleichberechtigung

Da die Inhaber der Tamedrec AG beabsichtigen, alle Teilhaber zu gleichen Teilen zu berechtigen, steht die Einführung von Stimmrechtsaktien nach Art. 693 Abs. 1 i.V.m Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 OR im Vordergrund. Die Einführung der Stimmrechtsaktien bedeutet eine Einschränkung des Stimmrechts der bisherigen Aktionäre und bedarf deshalb nach Art. 627 Ziff. 10 OR zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in den Statuten (bedingt notwendiger Statuteninhalt). Weil Stimmrechtsaktien gemäss Art. 693 Abs. 2 OR nur als Namenaktien ausgestaltet werden können, bedarf es zudem einer Umwandlung der Inhaber- in Namenaktien. Hierzu ist gemäss Art. 622 Abs. 3 OR eine Umwandlungsklausel in den Statuten notwendig. Im vorliegenden Fall müssen daher die bestehenden Inhaberaktien in (Namen-)Stimmrechtsaktien (unter Beibehaltung des Nennwerts) umgewandelt werden. Die neu emittierten Namenaktien, die Eugster zeichnet und voll sowie ohne Aufgeld, d.h. zum Nennwert, liberiert, sind mit einem Nennwert von CHF 2'000.00 auszugestalten. Auf diese Weise halten Gäumann, Schnell und Eugster je 500 Aktien, auf die jeweils eine Stimme entfällt.

### Frage 2

#### a) Hauptfall

Die Namenaktien der Tamedrec AG sind mit einer statutarischen Übertragungsbeschränkung (statutarische Vinkulierung) nach Art. 685a Abs. 1 OR versehen. Nach Art. 685b Abs. 1 OR kann die Gesellschaft bei nicht börsenkotierten Namenaktien das Gesuch um Zustimmung der rechtsgeschäftlichen Übertragung ablehnen, wenn sie hierfür einen wichtigen in den Statuten genannten Grund bekanntgibt. Als wichtiger Grund gilt unter anderem die Zusammensetzung des Aktionärskreises im Hinblick auf die Verfolgung des Gesellschafts-

zwecks. Vorliegend wurde in Art. 8 Abs. 2 Ziff. 3 der Statuten der Aktionärskreis auf Erwerber mit Ausbildung oder Berufserfahrung im Bereich des Managements, der Medizin oder der Medizinaltechnik eingeschränkt. Da Kneubühler als Chefarzt die Voraussetzung der Ausbildung und Berufserfahrung in der Medizin erfüllt, ist die Übertragung der Aktien von Eugster auf Kneubühler statutenkonform, und der Verwaltungsrat der Tamedrec AG kann aus wichtigem Grund die Eintragung in Aktienbuch nicht verweigern. Da der Tamedrec AG die Anrufung eines wichtigen Grundes nicht offen steht, kann sie dem Veräusserer grundsätzlich anbieten, die Aktien auf eigene Rechnung zu erwerben („Geld oder Grund“). Die Tamedrec AG könnte gemäss Art. 659 Abs. 2 OR eigene Aktien erwerben, falls dafür frei verfügbares Eigenkapital in Höhe der dafür benötigten Mittel vorhanden ist und dabei die Höchstgrenze von 20 Prozent des Aktienkapitals nicht überschreitet. Vorliegend weist die Tamedrec AG einen Gewinn von CHF 1'450'000.00 aus, womit genügend frei verfügbares Eigenkapital vorhanden wäre. Eugsters Beteiligung beträgt jedoch ein Drittel des Aktienkapitals und übersteigt damit die 20%-Hürde, weshalb die Tamedrec AG Eugsters Aktien nicht kaufen darf. Die Tamedrec AG kann daher den Rechtsübergang der Aktien auf Kneubühler nicht verhindern.

#### b) Variante

Bei der Variante erfüllt Kneubühler als Hausmeister des Inselhauptgebäudes die statutarische Qualifikation nicht, weshalb der Verwaltungsrat der Tamedrec AG die Zustimmung zur Übertragung der Aktien von Eugster auf Kneubühler verweigern kann. In diesem Fall verbleiben gemäss Art. 685c Abs. 1 OR sämtliche Rechte beim Veräusserer, d.h. bei Eugster, auch wenn das Kaufgeschäft unter Einhaltung aller obligationen- sachenrechtlichen bzw. wertpapierrechtlichen Voraussetzungen bereits vollzogen sein sollte (sog. Einheitstheorie).

### **Frage 3**

#### a) Sitzverlegung

Der Sitz der Aktiengesellschaft gehört gemäss Art. 626 Ziff. 1 OR zum (absolut) notwendigen Statuteninhalt. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR statuiert für die Generalversammlung die unübertragbare Befugnis zur Festsetzung und Änderung der Statuten. Die Verlegung des Gesellschaftssitzes konnte deshalb von der Generalversammlung unter Einhaltung des qualifizierten Mehrs nach Art. 704 Abs. 1 Ziff. 7 OR gültig beschlossen werden.

#### b) IPO

Das Gesetz sieht für die Beschlussfassung bezüglich eines Börsenganges keine Spezialnorm vor, weshalb im Sinne der subsidiären Generalkompetenz nach Art. 716 Abs. 1 OR der Verwaltungsrat für den Beschluss über einen Börsengang zuständig ist. Der Beschluss muss im Verwaltungsrat mit der Mehrheit der abgegeben Stimmen erfolgen, vgl. Art. 713 OR.

#### c) Firma

Art. 950 OR sieht vor, dass Aktiengesellschaften unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung ihre Firma frei wählen können. Zwingend ist die Rechtsform anzugeben (Art. 950 Satz 2 OR). Vorliegend sind dem Sachverhalt keine Hinweise zu entnehmen, dass die Tamedrec Holding AG gegen das Wahrheitsgebot oder das Täuschungsverbot nach Art. 944 Abs. 1 OR verstösst, zumal es sich gemäss Sachverhalt um eine Holdinggesellschaft handelt und mit dem Zusatz „AG“ die Rechtsform korrekt angegeben wurde.