

Lösungshinweise zur Fachprüfung im Wirtschaftsrecht vom 19. Juni 2013

Teil A (20 Punkte)

Frage 1

Eine Kollektivgesellschaft kann gemäss Art. 562 OR in ihrem eigenen Namen Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen und somit auch ein Grundstück erwerben. Es besteht zwar ein Sondervermögen, das von den Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter losgelöst ist. Mangels eigener Rechtspersönlichkeit wird aber nicht die Gesellschaft selbst, sondern die Gesellschafter Träger von Rechten und Pflichten, d.h. das Vermögen der Kollektivgesellschaft wird von den Gesellschaftern gesamthänderisch gehalten; vgl. Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 544 OR. Dadurch, dass das Grundstück in das Vermögen der Kollektivgesellschaft fällt, sind Andreas Balsiger und Tino Favarger Gesamteigentümer.

Frage 2

Art. 32 Abs. 2 BEHG sieht die Möglichkeit vor, in den Statuten den massgeblichen Grenzwert von 33,3% der Stimmrechte für ein Zwangsangebot bis auf 49% der Stimmrechte anzuheben (opting up). Dies ist jederzeit möglich. Gemäss Art. 22 Abs. 2 und 3 BEHG, kann eine Gesellschaft vor der Kotierung ihrer Beteiligungspapiere in den Statuten festlegen, dass die Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Angebots i.S.v. Art. 32 und 52 BEHG nicht gilt (opting out). Nach der Kotierung ist die Aufnahme einer solchen Statutenbestimmung möglich, allerdings nur, sofern dies nicht zu einer Benachteiligung der Aktionäre i.S.v. Art. 706 OR führt.

Frage 3

Eine Verteilung des Reinertrags ist nur zulässig, wenn es die Statuten vorsehen [A9; ½]; vgl. Art. 859 Abs. 1 OR. Fehlt eine entsprechende Statutenbestimmung, fällt der Reinertrag vollumfänglich in das Genossenschaftsvermögen. Sehen die Statuten eine Verteilung des Reinertrags an die Genossenschafter vor, müssen vor der Verteilung die Bestimmungen von Art. 860 OR zur Bildung von Reserven beachtet werden: Es ist vom Reinertrag jährlich ein Zwanzigstel einem Reservefonds zuzuweisen. Diese Zuweisung hat während mindestens 20 Jahren zu erfolgen; wenn Anteilscheine bestehen, hat die Zuweisung auf alle Fälle so lange zu erfolgen, bis der Reservefonds einen Fünftel des Genossenschaftskapitals ausmacht. Bestehen Anteilscheine, wird die Höhe der auf sie entfallenden Quote durch den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten beschränkt, vgl. Art. 859 Abs. 3 OR. Sofern die Statuten nicht etwas anderes vorsehen, ist schliesslich der Ertrag

nach dem Mass der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtung durch die einzelnen Mitglieder zu verteilen; vgl. Art. 859 Abs. 2 OR. Die Grösse der Kapitalbeteiligung ist hingegen irrelevant.

Frage 4

Eine solche Einschränkung der Vertretungsbefugnis ist möglich; insbesondere besteht kein gesetzliches Verbot, welches dies untersagen würde. Eine Eintragung der Einschränkung ins Handelsregister ist allerdings nicht möglich; vgl. e contrario Art. 460 Abs. 1 und 2 OR.

Frage 5

Ein Genossenschafter kann sich nur durch einen anderen Genossenschafter vertreten lassen, wobei kein Mitglied mehr als einen Genossenschafter vertreten darf; vgl. Art. 886 Abs. 1 OR. Eine Vertretung durch Marc Zibung ist nicht demnach nicht möglich.

Frage 6

Grundsätzlich wird durch die Kreditgewährung das Fremdkapital um den gleichen Betrag erhöht wie die Aktiven; sie trägt damit nicht zur Bilanzsanierung bei. Es wird einzig die Liquidität verbessert. Nur bei gleichzeitiger Erklärung des Rangrücktritts kann das Darlehen zur Vermeidung der Überschuldungsfolgen beitragen, nämlich wenn der Rangrücktritt dazu führt, dass der Bilanzverlust geringer ist als das Eigenkapital; vgl. Art. 725 Abs. 2 OR.

Frage 7

Das Einzelunternehmen unterliegt gemäss Art. 957 Abs. 1 OR grundsätzlich nicht der ordentlichen Buchführung und Rechnungslegung, da der Umsatzerlös im letzten Jahr weniger als CHF 500'000 betrug. Es muss allerdings gemäss Art. 957 Abs. 2 Ziff. 1 OR über Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage Buch führen (sog. „Milchbüchlein-Rechnung“).

Frage 8

Als Arbeitnehmerin: Frau Buchel könnte gemäss Art. 49 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 FusG die Sicherstellung Ihrer Forderungen aus Arbeitsvertrag verlangen, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder, bei Ablehnung des Übergangs, durch die Arbeitnehmerin beendet wird. Als Arbeitnehmerin kann sie aber die Spaltung nicht verhindern.

Als Gesellschafterin: Als Inhaberin von Aktien ist Frau Buchel Gesellschafterin (Art. 2 lit. f, g FusG): Werden bei der Spaltung ihre Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte (vgl. 31 i.V.m. 7 FusG) nicht gewahrt oder ist ihre Abfindung nicht angemessen, könnte Frau Buchel eine Überprüfungsklage gemäss Art. 105 FusG anstreben. Diese Klage hindert aber nicht die Rechtswirksamkeit des Spaltungsbeschlusses (vgl. Art. 105 Abs. 4 FusG). Frau Buchel könnte als Gesellschafterin des beteiligten Rechtsträgers den Beschluss über die Spaltung

anfechten, wenn sie diesem nicht zugestimmt hatte. Dabei müsste sie eine Verletzung der fusionsgesetzlichen Vorschriften betreffend Informations- und Mitwirkungsrechte zur Gewährleistung einer einwandfreien Willensbildung der Gesellschafter rügen; vgl. Art. 106 Abs. 1 FusG. Ob eine Verletzung einer Vorschrift des FusG vorliegt, ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Eine Anfechtungsklage könnte die Spaltung zumindest aufschieben, denn das Gericht könnte den Beschluss – als Grundlage für die Spaltung – aufheben.

Teil B (30 Punkte)

Frage 1

Anna und Beat halten nach Gründung der Aktiengesellschaft je 500 Namenaktien mit einem Nominalwert von CHF 100, welche zu je CHF 75 (=75 %) liberiert wurden. Das Aktienkapital einer Aktiengesellschaft muss mindestens CHF 100'000 betragen (Art. 622 Abs. 1 OR), wobei bei der Errichtung der Gesellschaft die Einlage für mindestens 20 Prozent des Nennwerts jeder Aktie, mindestens aber CHF 50'000 geleistet sein muss (Art. 632 Abs. 1 bzw. 2 OR). Vorliegend beträgt das Aktienkapital CHF 100'000, was den Mindestvorschriften entspricht. Zudem wurde eine Teilliberierung vorgenommen, indem bloss 75% des Aktienkapitals einbezahlt wurden. Diese erfolgte entsprechend den Vorgaben von mindestens 20 Prozent und CHF 50'000, womit diese Teilliberierung gesetzlich zulässig war. Die Bareinlage erfolgte korrekterweise auf das Konto „Gesellschaftsverpflichtungen“ bei der „Allfinanz Bank AG“, welche gemäss Sachverhalt ein Geldinstitut nach BankG ist (Art. 633 Abs. 1 OR).

Frage 2

Teilliberierte Namenaktien sind von Gesetzes wegen vinkuliert (Art. 685 Abs. 1 OR). Dies bedeutet, dass nicht voll liberierte Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft rechtsgeschäftlich übertragen werden können, wobei die Zustimmung von der Gesellschaft nur verweigert werden darf, wenn die Zahlungsfähigkeit des Erwerbers zweifelhaft ist und die von der Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird (Art. 685 Abs. 2 OR). Beat hätte seinen Aktienanteil also wahrscheinlich verkaufen können, da die Gesellschaft aufgrund der Vermögenssituation des Dritten die Zustimmung zum Verkauf kaum hätte vorenthalten können.

Frage 3

Die Aktionärsseigenschaft/-stellung ist für die Ausübung eines Verwaltungsratsmandats seit dem 1. Januar 2008 (GmbH-Revision) nicht mehr erforderlich (vgl. Art. 707 OR).

Frage 4

Grundsätzlich wird die Generalversammlung durch den Verwaltungsrat einberufen (Art. 699 Abs. 1 OR). Die Einberufung kann aber auch von einem oder mehreren Aktionären, die mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden (Art. 699 Abs. 3 OR). Anna und Beat stellen 2 von 3 Verwaltungsräten und vertreten 100% des Aktienkapitals und waren deshalb zur Einberufung der GV befugt. Da Anna und Beat zusammen 100% des Aktienkapitals vertreten bzw. Eigentümer sämtlicher Aktien sind, könnten sie auch eine Generalversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften abhalten (sog. Universalversammlung) (Art. 701 Abs. 1 OR).

Frage 5

Für die Ausgabe sog. Mitarbeiteraktien bedarf es einer bedingten Kapitalerhöhung (Art. 653 Abs. 1 OR). Dabei darf der Nennbetrag des zu erhöhenden Kapitals die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals nicht übersteigen (Art. 653a Abs. 1 OR) und die geleistete Einlage muss mindestens dem Nennwert entsprechen (Art. 653a Abs. 2 OR). Vorliegend beabsichtigen Anna und Beat, das bestehende Aktienkapital um 20 % zu erhöhen, was unter der Hälfte ist. Zudem entsprechen die zusätzlich geschaffenen Aktien dem Nennwert. Indem Anna und Beat die Ausgabe der Mitarbeiteraktien in den Statuten verankern, erfüllen sie das Erfordernis einer statutarischen Grundlage (Art. 653 Abs. 1 i.V.m. Art. 653b OR). Die Voraussetzungen zur Ausgabe von Mitarbeiteraktien sind vorliegend erfüllt.

Frage 6

Werden bestehende Aktienbestände an einer Börse kotiert so spricht man von einem „Secondary Offering“ (Kotierung bestehender Aktien). Der Beschluss über ein „Secondary Offering“ fällt in die Auffangkompetenz des Verwaltungsrates; vgl. Art. 716 Abs. 1 OR. Da der Entscheid betreffend Börsengang weder durch Gesetz noch durch die Statuten der „Aufderlauer und Familie AG“ der Generalversammlung zugeteilt wurden, ist der Verwaltungsrat für diesen Entscheid zuständig.

Frage 7

Die Beschlüsse des Verwaltungsrates werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, wobei der Vorsitzende den Stichentscheid hat, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen (Art. 713 Abs. 1 OR). Gemäss Sachverhalt, sind je vier Verwaltungsräte dafür und vier Verwaltungsräte gegen einen Börsengang. In solch einer Pattsituation kommt es auf den Stichentscheid der Verwaltungsratspräsidentin Anna an, welche im vorliegenden Fall für den Börsengang der „Aufderlauer und Familie AG“ ist. Entsprechend wird der Vorschlag von Louis infolge Stichentscheids der Verwaltungsratspräsidentin Anna angenommen werden.

Frage 8

Da die „Aufderlauer und Familie AG“ ihre Aktien nun an der SIX Swiss Exchange in Zürich kotiert hat bzw. ihre Aktien zum Handel an der Börse zugelassen wurden (Art. 2 lit. c BEHG) ist sie als Publikumsgesellschaft zu qualifizieren. Sie untersteht deshalb der ordentlichen Revision nach Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a OR. Gemäss Art. 727b Abs. 1 OR müssen Publikumsgesellschaften als Revisionsstelle ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen einsetzen, welches die Voraussetzungen von Art. 6 ff. RAG erfüllt. Gemäss Sachverhalt ist Karl Kontrolleur bloss ein zugelassener Revisor im Sinne von Art. 5 RAG, weshalb er die Voraussetzungen von Art. 727b Abs. 1 OR nicht erfüllt.

Frage 9

Grundsätzlich vertritt der Verwaltungsrat die Gesellschaft nach aussen (Art. 718 Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat kann aber die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) übertragen (Art. 718 Abs. 2 OR). Entsprechend ist die Wahl von Hugo Meyer als Direktor grundsätzlich zulässig. Nach der Wahl sind die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen vom Verwaltungsrat zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (Art. 720 OR; Art. 45 Abs. 1 lit. o HRegV).

Frage 10

Aufgrund Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 und/oder 2 OR liegt im vorliegenden Fall ein Konzern vor, da die „Aufderlauer und Familie AG“ durch die Mehrheitsbeteiligungen („mindestens mehrheitlich beteiligt“) über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs-

oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzufragen. Mit Inkrafttreten des revidierten Rechnungslegungs- und Revisionsrechts per 1.1.2013 wurde ein Systemwechsel vom bisher gültigen Leitungs- (Art. 663e Abs. 1 aOR) hin zum Kontrollprinzip (Art. 963 Abs. 2 OR) vollzogen.

Teil C (30 Punkte)

Frage 1

Gemäss Art. 557 Abs. 1 OR richtet sich das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag. Soweit keine Vereinbarung getroffen wurde, kommen gemäss Abs. 2 von Art. 557 OR die Vorschriften über die einfache Gesellschaft zur Anwendung, jedoch mit den Abweichungen, die sich aus den Bestimmungen zur Kollektivgesellschaft ergeben. Gemäss Art. 577 kann der Richter auf Ausschliessung eines Gesellschafters entscheiden, wenn die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen verlangt werden könnte und diese Gründe vorwiegend in der Person eines Gesellschafters liegen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Weiterführung des Gesellschaftsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist. Da sich James Chopard kategorisch quer stellt und somit das Geschäft der Kollektivgesellschaft faktisch lahm legt, ist die Grenze des Zumutbaren überschritten, weshalb ein Ausschluss möglich ist.

Frage 2

Art. 795 Abs. 1 OR sieht vor, dass die Statuten die Gesellschafter zur Leistung von Nachschusspflichten verpflichten können. Es braucht demnach eine Anpassung der Statuten. Hierfür ist gemäss Art. 797 OR die Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter notwendig.

Frage 3

Gemäss Art. 795 Abs. 2 OR darf der Betrag der Nachschusspflicht das Doppelte des Nennwerts des Stammanteils nicht übersteigen. Der Nennwert der Stammanteile der GmbH beträgt jeweils CHF 1'000, weshalb die geplante Nachschusspflicht von CHF 5'000 pro Stammanteil nicht zulässig wäre. Nachschüsse dürfen zudem nur eingefordert werden, wenn einer der in Art. 795a Abs. 2 OR genannten Gründe erfüllt ist. Ein solcher liegt vor, wenn die Gesellschaft aus in den Statuten umschriebenen Gründen Eigenkapital benötigt. Da die Statuten vorliegend aber keine Gründe nennen, ist die geplante Einforderung der Nachschusspflicht nicht zulässig.

Frage 4

Die Egger & Partner Financing GmbH ist Kommanditärin, weshalb sie gemäss Art. 608 Abs. 1 OR gegenüber Dritten mit der im Handelsregister eingetragenen Kommanditsumme haftet. Gemäss Art. 612 Abs. 1 OR gilt, dass derjenige, der einer Kollektivgesellschaft als Kommanditär beitrifft, mit der Kommanditsumme auch für die vor seinem Beitritt entstandenen Verbindlichkeiten haftet. Die GmbH ist dazumal der Kollektivgesellschaft als Kommanditärin beigetreten, weshalb der geltend gemachte Einwand nicht stichhaltig ist. Erst wenn die Gesellschaft aufgelöst wird, können Gläubiger gemäss Art. 610 Abs. 2 OR verlangen, dass die Kommanditsumme in die Liquidations- oder Konkursmasse eingeworfen wird, soweit sie nicht bereits geleistet wurde. Da die Kommanditsumme in der Höhe von CHF 2'000'000 bereits einbezahlt wurde, besteht kein Klagerecht für die Bank. Aus diesem Grund haftet die GmbH vorliegend nicht für die Rückzahlung des Darlehens.

Frage 5

Gemäss Art. 54 Abs. 1 lit. a FusG kann eine Kapitalgesellschaft sich in eine Kapitalgesellschaft mit einer anderen Rechtsform umwandeln. Laut Art. 2 lit. c FusG gelten als Kapitalgesellschaften insbesondere Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, weshalb die Umwandlung zulässig ist.

Frage 6

Gemäss Art. 940 Abs. 1 OR hat der Handelsregisterführer zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind. Bei der Eintragung einer juristischen Person ist insbesondere zu prüfen, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen, wie Art. 940 Abs. 2 OR zu entnehmen ist. Die Kognition des Handelsregisterführers ist im Bereich der materiell-rechtlichen Voraussetzungen aber auf den Bereich des eindeutig zwingenden Rechts beschränkt. Er darf nur einschreiten, wenn die verlangte Eintragung sich als offensichtlich und unzweideutig rechtswidrig erweist. Gemäss Art. 680 Abs. 1 OR kann der Aktionär auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag. Hierbei handelt es sich um eine zwingende Bestimmung, gegen die mit der vorliegend geplanten Nachschusspflicht offensichtlich verstossen wird. Aus diesem Grund muss der Handelsregisterführer die Eintragung der Gesellschaft verweigern.

Frage 7

Gemäss Art. 165 Abs. 1 HRegV können Verfügungen der kantonalen Handelsregisterämter angefochten werden. Beschwerdeberechtigt sind gemäss Abs. 3 lit. a Rechtseinheiten, deren Anmeldung abgewiesen wurde. Der Handelsregisterführer hat vorliegend die Eintragung der AG verweigert, weshalb sie aufgrund der genannten Bestimmung zur kantonalen Beschwerde berechtigt ist.

Frage 8

Eine Nachschusspflicht könnte vertraglich in einem sog. Aktionärsbindungsvertrag vereinbart werden. Vertragsparteien dieses Vertrags sind aber nur die Aktionäre. Da die Gesellschaft nicht Vertragspartnerin ist, könnte sie die Nachschüsse nicht einfordern.

Frage 9

Gemäss Art. 785 Abs. 1 OR bedarf die Abtretung von Stammanteilen der schriftlichen Form, zudem ist gemäss Art. 786 Abs. 1 die Zustimmung der Generalversammlung notwendig.