

Lösungshinweise zur Fachprüfung im Wirtschaftsrecht vom 20. Juni 2014

Teil A (20 Punkte)

Frage 1

Namenaktien sind, wenn Gesetz oder Statuten nichts anderes vorsehen, grundsätzlich uneingeschränkt übertragbar (Art. 684 Abs. 1 OR). Zu Yann Vilius: Yann Vilius muss zur Ausübung der verbrieften Rechte die Anerkennung durch die Gesellschaft einholen (vgl. Art. 686 Abs. 4 OR). Er hat deshalb ein Gesuch um Eintragung ins Aktienbuch der Tertaria AG zu stellen (Art. 686 OR). Zur Tertaria AG: Nicht voll liberierte Namenaktien dürfen nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden, es sei denn, sie werden durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben (Art. 685 Abs. 1 OR). Vorliegend handelt es sich um nicht voll liberierte Namenaktien, welche rechtsgeschäftlich mittels Schenkung erworben werden. Die gesetzliche Vinkulierung nach Art. 685 Abs. 1 OR ist somit anwendbar. Die Gesellschaft darf die Zustimmung jedoch nur verweigern, wenn die Zahlungsfähigkeit des Erwerbers zweifelhaft ist und die Leistung einer Sicherheit nicht erfolgt (Art. 685 Abs. 2 OR). Im Sachverhalt findet sich der Hinweis, dass Y. mittellos ist. Seine Zahlungsfähigkeit ist demnach zweifelhaft. Die Tertaria AG kann demzufolge eine Sicherheitsleistung verlangen. Wird die geforderte Sicherheit nicht geleistet, was i.c. wohl anzunehmen ist, kann die Gesellschaft Yann Vilius aufgrund der gesetzlichen Bonitätsvinkulierung als Aktionär ablehnen.

Frage 2

Der Vorgang des Rückzuges von der Börse wird als «Going Private» (alternativ: Dekotierung) bezeichnet. Aus Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1–6 OR ist nicht ersichtlich, dass der Entscheid zur Dekotierung zu den unübertragbaren Kompetenzen der GV zählt. Ebenso wenig geht ein statutarischer Vorbehalt aus dem Sachverhalt zu Gunsten der GV hervor. Der Verwaltungsrat kann in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der GV zugeteilt sind (subsidiäre Generalkompetenz; Art. 716 Abs. 1 OR). Da vorliegend weder das Gesetz noch die Statuten die GV für zuständig erklären, ist der VR infolge subsidiärer Generalkompetenz entscheidungsbefugt.

Frage 3

Es handelt sich bei der Zahlung um eine Leistung in Form von Geld; somit sind die Bestimmungen zur Nachschusspflicht und nicht diejenigen zu den Nebenleistungspflichten zu prüfen (Art. 796 Abs. 4 OR). Die Statuten dürfen Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen

verpflichten (Art. 795 Abs. 1 OR). Eine solche statutarische Grundlage ist gemäss Sachverhalt gegeben. Sofern die Statuten eine Nachschusspflicht vorsehen, so müssen diese den Betrag der mit einem Stammanteil verbundenen Nachschusspflicht definieren. Der Betrag darf das Doppelte des Nennwertes des Stammanteils nicht übersteigen (Art. 795 Abs. 2 OR). Vorliegend hat der Stammanteil von R. B. je einen Nennwert von CHF 5'000. Die vereinbarte Nachschusspflicht pro Stammanteil beträgt CHF 12'500. Die Nachschusspflicht übersteigt somit die maximale Grenze der Nachschusspflicht des Stammanteils. Die statutarische Vereinbarung zur Nachschusspflicht ist infolge Überschreitung dieser Grenze unzulässig; dies gilt infolgedessen ebenso für die Einforderung der Nachschusspflicht.

Frage 4

Das Einzelunternehmen unterliegt gemäss Art. 957 Abs. 1 OR 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 5

Ein Honoraranspruch eines Kollektivgesellschafters für dessen Tätigkeiten im Interesse der Gesellschaft besteht nur, falls ein solcher Anspruch im Gesellschaftsvertrag vereinbart worden ist (Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 537 Abs. 3 OR). 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 für die Berechnung des Anspruchs keine Rolle, dass die Kollektivgesellschaft einen Verlust ausweist.

Frage 6

Vorliegend liegt eine selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit – in casu: Barbetrieb - und somit ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe gemäss Art. 2 lit. b HRegV vor. Als kaufmännisches Unternehmen ist der Eintrag im Handelsregister zwar Pflicht, hat aber nur deklaratorische Wirkung (Art. 552 Abs. 2 i.V.m. Art. 553 OR e contrario). Die Kollektivgesellschaft ist somit trotz fehlenden Handelsregistereintrags gültig entstanden.

Teil B (30 Punkte)

Frage 1

Die Bilanz der SRC AG weist einen Bilanzverlust von CHF 26 Mio. auf. Folglich ist zu prüfen, ob nach Art. 725 OR ein Kapitalverlust oder gar eine Überschuldung vorliegt. Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR liegt eine Überschuldung vor, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr gedeckt sind, d.h. wenn kein Nettovermögen mehr besteht bzw. wenn der Bilanzverlust grösser ist als das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven zusammen]. In casu liegt keine Überschuldung vor; die SRC AG verfügt über ein Nettovermögen von CHF 9 Mio. ($NeVm = 9 \text{ Mio.} = 75.5 \text{ Mio.} [\text{Total Uml} + \text{AnIVm}] - 66.5 \text{ Mio FrKp; BzV} = 26 \text{ Mio.} < \text{AkKp} + \text{GesRs} = 35 \text{ Mio.}$). Es könnte dagegen ein Kapitalverlust bestehen. Nach Art. 725 Abs. 1 OR liegt ein Kapitalverlust vor, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der ge-

gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist oder m.a.W., wenn der Bilanzverlust grösser oder gleich gross ist wie die Hälfte des Aktienkapitals zuzüglich der gesetzlichen Reserven. Die vorliegende Bilanz der SRC AG weist einen Kapitalverlust aus, da der Bilanzverlust mit CHF 26 Mio. grösser ist als die Hälfte des relevanten Eigenkapitals von nur CHF 17.5 Mio. ($BzV = 26 \text{ Mio.} \geq \frac{1}{2} \times [30 \text{ Mio.} \{AkKp\} + 5 \text{ Mio.} \{AllgRs\}] = 17.5 \text{ Mio.}$). Der Kapitalverlust beträgt nach der derzeitigen Bilanz (vor Verrechnung AllgRs) CHF 8.5 Mio. ($17.5 \text{ Mio.} - 26 \text{ Mio.} = 8.5 \text{ Mio.}$). Nach Art. 725 Abs. 1 OR muss der Verwaltungsrat der SRC AG aufgrund des Vorliegens eines Kapitalverlustes unverzüglich eine ausserordentliche GV einberufen und Sanierungsmassnahmen beantragen. Da die drei Verwaltungsräte gleichzeitig das gesamte Aktionariat repräsentieren, können sie nach Art. 701 Abs. 1 OR eine Universalversammlung durchführen, bei welcher die zwingenden Vorschriften betreffend die Einberufung und Traktandierung nicht eingehalten werden müssen.

Frage 2

In erster Linie können i.S.v. Art. 671 Abs. 3 OR zum Zweck der Sanierung die Allgemeinen Reserven mit dem Bilanzverlust verrechnet werden. Der Bilanzverlust vermindert sich so um CHF 5 Mio. und beträgt neu CHF 21 Mio., womit aber nach wie vor ein Kapitalverlust von CHF 6 Mio. vorliegt ($BzV = 21 \text{ Mio.} \geq \frac{1}{2} \times [30 \text{ Mio.} \{AkKp\} + 0 \{AllgRs\}] = 15 \text{ Mio.}$; $15 \text{ Mio.} - 21 \text{ Mio.} = 6 \text{ Mio.}$). Da die beiden Konti „Wertschriften“ und „Immobilien“ stille Reserven aufweisen, ist eine Aufwertung zwecks Bilanzsanierung zu prüfen. Gemäss Art. 670 Abs. 1 OR [dürfen bei Vorliegen eines Kapitalverlust „zur Beseitigung der Unterbilanz Grundstücke oder Beteiligungen, deren wirklicher Wert über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten gestiegen ist, bis höchstens zu diesem Wert aufgewertet werden“. In casu kann das Konto „Wertschriften“ um CHF 3.5 Mio. auf CHF 6.5 Mio. und das Konto „Immobilien“ um CHF 9.5 Mio. auf 19.5 Mio. aufgewertet werden. Der Aufwertungsbetrag von CHF 13 Mio. ist nach Art. 670 Abs. 1 Satz 2 OR gesondert als Aufwertungsreserve auszuweisen. Die Aufwertung ist laut Art. 670 Abs. 2 OR überdies nur zulässig, nachdem ein zugelassener Revisor zuhanden der GV die Einhaltung der Vorschriften von Art. 670 OR schriftlich bestätigt hat, d.h. insbesondere, dass der wirkliche Wert der betreffenden Aktiven durch die Aufwertung nicht überschritten wird. Im vorliegenden Fall hat der VR die Revisionsstelle zu beauftragen, zuhanden der ausserordentlichen GV einen entsprechenden Bericht zu verfassen, da andernfalls nicht gültig über die Aufwertung Beschluss gefasst werden kann. Durch Aufwertung der beiden Konti auf ihren wirklichen Wert kann der verbleibende Kapitalverlust der SRC AG beseitigt werden ($BzV = 21 \text{ Mio.} < \frac{1}{2} \times [30 \text{ Mio.} \{AkKp\} + 0 \{AllgRs\}] + 13 \text{ Mio.} \{AufwRs\} = 21.5 \text{ Mio.}$). Die bestehende Aufwertungsreserve kann nach Art. 671b OR nicht mit dem Bilanzverlust verrechnet werden; möglich ist nur eine Umwandlung in Aktienkapital bzw. ein Auflösung durch Wiederabschreibung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven.

Frage 3

Das Gesetz sieht in den Art. 650 ff. OR die ordentliche, die genehmigte und die bedingte Kapitalerhöhung vor. Die genehmigte Kapitalerhöhung kommt nicht in Frage, weil das genehmigte Kapital die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals nicht übersteigen darf (Art. 651 Abs. 2 OR). In casu soll das Kapital jedoch auf CHF 46 Mio. erhöht werden, was über der Hälfte liegt. Die bedingte Kapitalerhöhung kommt nicht in Frage, weil der Umfang der Kapitalerhöhung gemäss Aufgabenstellung exakt CHF 16 Mio. auf CHF 46 Mio. betragen soll, was durch die Einräumung von Rechten zum Bezug neuer Aktien nicht möglich ist (Art. 653 Abs. 1 und 2 OR). Alternativ: Zudem greift auch hier die Schranke, wonach die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals nicht überschritten werden darf (Art. 653a Abs. 1 OR). Vorliegend soll das Kapital jedoch auf CHF 46 Mio. erhöht werden, was über der Hälfte liegt. Somit kommt nur die ordentliche Kapitalerhöhung in Frage (Art. 650 OR).

Frage 4

Die Generalversammlung beschliesst über die ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 i.V.m. Art. 650 Abs. 1 OR). Da es sich nicht um einen wichtigen Beschluss aus Art. 704 OR handelt, beschliesst die Generalversammlung die Kapitalerhöhung mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (Art. 703 OR). Camil Cavelti vereint nur 33% der Stimm- und Nennwerte der SRC AG. Er kann somit die ordentliche Kapitalerhöhung nicht verhindern.

Frage 5

Wolfgang Wohlhaber kann sich nur beteiligen, wenn das Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre eingeschränkt oder aufgehoben wird. Die Generalversammlung beschliesst dies mit dem qualifizierten Mehr (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR). Das Bezugsrecht kann nur eingeschränkt oder aufgehoben werden, wenn wichtige Gründe vorgebracht werden (Art. 652b Abs. 2 OR). Alleine im Vorfall nach dem vergangenen Golfturnier und der Tatsache, dass Camil Cavelti und Wolfgang Wohlhaber verstritten sind, liegt noch kein wichtiger Grund vor, der eine Einschränkung des Bezugsrechts von Camil Cavelti rechtfertigen würde.

Frage 6

Gemäss Art. 53 KR sind an der SIX Swiss Exchange kotierte Gesellschaften (Emittenten) – wie die SRC AG – verpflichtet, den Markt über kursrelevante Tatsachen in ihrem Tätigkeitsbereich zu informieren, welche geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen. Art. 53 KR verweist dazu auf die Richtlinie zur Ad hoc-Publizität (RLAhP). Kursrelevant sind qualifizierte Ereignisse i.S.v. Art. 3 RLAhP, namentlich Tatsachen, welche geeignet sind, den durchschnittlichen Marktteilnehmer in seiner Anlageentscheidung zu beeinflussen. Die Tatsache, dass der CFO der SRC AG Vermögen der Gesellschaft veruntreut hat, deswegen fristlos entlassen wurde und dass überdies aufgrund der Anzeige eine Strafuntersuchung gegen ihn läuft, ist geeignet, einen durchschnittlichen Marktteilnehmer in seiner Anlageentscheidung zu beeinflussen. Gemäss Art. 4 Abs. 1 RLAhP liegt eine erhebliche Kursrelevanz vor, wenn eine das übliche Mass der Schwankungen deutlich übersteigende Kursänderung zu erwarten ist. Die zu erwartende Kursschwankung ist in casu erheblich, da das Vertrauen in die einwandfreie Rechnungslegung und Seriosität eines Unternehmens – mithin auch der Anreiz zur Investition in ein solches – empfindlich Schaden nehmen kann, wenn der Finanzchef des Unternehmens Gelder veruntreut hat. Sofern der VR in den wesentlichen Punkten Kenntnis einer solchen Tatsache hat, ist er gemäss Art. 5 RLAhP verpflichtet, den Markt umgehend über diese Vorgänge zu informieren. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass der VR Kenntnis hatte. Die Voraussetzungen einer meldepflichtigen Tatsache sind hier erfüllt, d.h. der Verwaltungsrat der SRC AG hätte die Meldung vornehmen müssen.

Frage 7

Gemäss der am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) (SR 221.331), ist die Organvertretung i.S.v. Art. 689c OR für börsennotierte Unternehmen wie die SRC AG unzulässig (Art. 11 VegüV). Mitglieder des Verwaltungsrates, die wider besseres Wissen eine Organstimmrechtsvertretung einsetzen, können mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden (Art. 24 Abs. 2 Ziff. 2 VegüV). Arthur Affolter handelt an der ausserordentlichen Generalversammlung der SRC AG als Organstimmvertreter; den Mitgliedern des VR droht folglich Strafe nach Art. 24 VegüV hat.

Teil C (30 Punkte)

Frage 1

Die Gesellschaft befindet sich im Konkurs. Naheliegend ist die Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 827 i.V.m. Art. 753 Ziff. 1 OR). Art. 753 Ziff. 1 OR statuiert die sog. Gründungshaftung bei Sacheinlagen. Gründer, Mitglieder des Verwaltungsrates und alle Personen, die bei der Gründung mitwirken, werden sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, wenn sie absichtlich oder fahrlässig Sacheinlagen, Sachübernahmen oder die Gewährung besonderer Vorteile zugunsten von Aktionären oder anderen Personen in den Statuten, einem Gründungsbericht oder einem Kapitalerhöhungsbericht unrichtig oder irreführend angeben, verschweigen oder verschleiern, oder bei der Genehmigung einer solchen Massnahme in anderer Weise dem Gesetz zuwiderhandeln (Ausführung Gesetzestext). Gläubiger Gabriel Gerber steht die Aktivlegitimation zu, zumal der Konkursverwalter darauf verzichtet hat, Ansprüche geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1, resp. 2 OR). Bei der Klage nach Art. 753 OR sind die Gesellschafter passivlegitimiert. Es bedarf eines Schadens. Vorliegend wird Gabriel Gerber aus der Konkursmasse überhaupt nicht befriedigt. Ein Schaden liegt somit vor. Es muss ein widerrechtliches Verhalten vorliegen. Sacheinlagen wurden unrichtig oder irreführend angegeben. Widerrechtlichkeit ist gegeben. Das widerrechtliche Verhalten muss kausal zum Eintritt des Schadens führen. Die Kausalität liegt vor, hat Gabriel Gerber doch gerade aufgrund der Annahme, dass die Gesellschaft wegen dem scheinbar unbelasteten Grundstück finanziell stabil ist, investiert. Es bedarf eines Verschuldens. Vorliegend handelten Alina Arnold, Bea Buchs und Claudio Christen wissentlich (vorsätzlich), ein Verschulden liegt vor. Fazit: Gabriel Gerber kann gegen Alina Arnold, Bea Buchs und Claudio Christen vorgehen.

Frage 2

Nach Art. 823 Abs. 2 OR können die Statuten vorsehen, dass die Gesellschafterversammlung Gesellschafter aus der Gesellschaft ausschliessen darf, wenn bestimmte Gründe vorliegen. Vorliegend ist keine solche Statutenbestimmung ersichtlich. Die Gesellschaft kann gemäss Art. 823 OR Abs. 1 OR aber den Ausschluss von Bea Buchs aus wichtigen Gründen beim Richter verlangen (sog. Ausschlussklage). Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft den klagenden Gesellschaftern nicht mehr zugemutet werden kann. Vorliegend kauft sich Bea Buchs ohne Rücksprache mit den anderen Gesellschaftern auf Gesellschaftskosten teure Sachen. Ein wichtiger Grund ist zu bejahen. Damit Bea Buchs ausgeschlossen werden kann, muss die Gesellschafterversammlung gemäss Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 OR einen Ausschlussbeschluss fassen. Dieser bedarf gemäss Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 OR eines qualifizierten Quorums (mindestens 2/3 der vertretenen Stimmen sowie der absoluten Mehrheit des gesamten Kapitals mit dem ein ausübbares Stimmrecht verbunden ist). In casu wollen Alina Arnold und Claudio Christen Bea Buchs ausschliessen. Somit ist das nötige 2/3 Quorum sowie die absolute Mehrheit des gesamten Kapitals erreicht. Folglich hat die Gesellschaft die Möglichkeit, mit einer Ausschlussklage beim Richter den Ausschluss von Bea Buchs zu verlangen.

Frage 3

Gemäss Art. 795 Abs. 1 OR können Statuten die Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen verpflichten. Vorliegend gibt es eine solche Verpflichtung in Art. 15 der Statuten. Die Statuten müssen den Betrag, der mit einem Stammanteil verbundenen Nachschusspflicht, festlegen. Dieser darf das Doppelte des Nennwerts der Stammanteile nicht übersteigen (Art. 795 Abs. 2 OR). Dies stellt vorliegend kein Problem dar, legen die Statuten doch fest, dass der Nachschuss in der Höhe von CHF 19'500 (Nennwert der Stammanteile ist CHF 10'000) besteht. Art. 795a Abs. 2 Ziff. 2 OR sieht vor, dass die Nachschüsse eingefordert werden können, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte ohne diese zusätzlichen Mittel

nicht ordnungsgemäss weiterführen kann. Dies ist laut Sachverhalt vorliegend gegeben. Gemäss Art. 795a Abs. 1 OR steht die Befugnis, die Nachschüsse einzufordern den Geschäftsführern zu. Alina Arnold ist Geschäftsführerin (und es kommt ihr Einzelgeschäftsführungsbefugnis zu), d.h. sie darf den Nachschuss einfordern.

Frage 4

Gemäss Art. 795d Abs. 1 OR besteht für ausscheidende Gesellschafter die Nachschusspflicht während dreier Jahre nach der Eintragung des Austritts im Handelsregister weiter. Grundsätzlich ist Bea Buchs somit weiterhin nachschusspflichtig. Art. 795d Abs. 2 OR bestimmt jedoch, dass ausgeschiedene Gesellschafter nur Nachschüsse leisten müssen, wenn die Gesellschaft in Konkurs fällt. Vorliegend könnte Bea Buchs mangels Konkursituation somit nicht zur Zahlung des Nachschusses angehalten werden.

Frage 5

Gemäss Art. 54 Abs. 1 FusG kann sich eine Kapitalgesellschaft grundsätzlich in eine Kapitalgesellschaft mit einer anderen Rechtsform oder in eine Genossenschaft umwandeln. Die Abstain GmbH ist gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c FusG eine Kapitalgesellschaft, während die Kollektivgesellschaft nach eben diesem Artikel keine Kapitalgesellschaft ist. Die vorliegende Umwandlung ist gesetzlich nicht vorgesehen und somit unzulässig.

Frage 6

Die persönliche Haftung sämtlicher Gesellschafter ist zwingend (Art. 552 Abs. 1 OR), d.h. Dritten gegenüber stets bestehend. Gesellschaftsrechtlich kann Alina damit nicht entlastet werden. Vertraglich können die Gesellschafter die Haftung einzelner Gesellschafter aber wegbedingen. Dies wirkt jedoch einzig gesellschaftsintern. Alina Arnold könnte dann auf vertraglicher Basis auf Claudio Christen Regress nehmen, wenn sie von Dritten als Kollektivgesellschafterin finanziell belangt würde.

Frage 7

Gemäss Art. 612 Abs. 1 OR ist ein Beitritt als Kommanditär in eine Kollektivgesellschaft möglich. Tim Arnold kann somit als Kommanditär eintreten. Die Kollektivgesellschaft wandelt sich mit dem Beitritt eines Kommanditärs in eine Kommanditgesellschaft um (Art. 55 Abs. 1 lit. a FusG). Gemäss Art. 55 Abs. 4 FusG kommen die Vorschriften des Umwandlungskapitels nicht zur Anwendung, die Umwandlung ist vielmehr formlos gültig oder die Änderung ergibt sich unmittelbar aus dem Wechsel der Gesellschafter. Die Kommanditsumme muss im Handelsregister eingetragen werden (Art. 608 OR oder Art. 606 OR). Tim Arnold muss die Kommanditsumme somit im HReg eintragen lassen, damit seine beschränkte Haftung von CHF 5'000 greift.