

Lösungshinweise zur Leistungskontrolle

Fachmodul Wirtschaftsrecht vom 8. Januar 2021

Teil A

A1 Kann die Specter KIG für den eingetretenen Schaden des Passanten haftbar gemacht werden?

Art. 567 Abs. 3 OR normiert, dass die Gesellschaft für Schäden aus (i) unerlaubten Handlungen haftet, die ein Gesellschafter (ii) in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht.

Eine unerlaubte Handlung liegt gemäss Art. 41 Abs. 1 OR vor, wenn fahrlässig oder vorsätzlich ein widerrechtlicher Schaden adäquat kausal verursacht wird. Vorliegend hat Harvey eine unerlaubte Handlung verursacht, da durch die von ihm herbeigeführte Körperverletzung ein adäquat kausaler Schaden (Ausfall der Gage) eingetreten ist, welcher mindestens fahrlässig bewirkt wurde. Die Gesellschaft haftet für unerlaubten Handlungen, wenn sie von Gesellschaftern in Ausübung von geschäftlichen Verrichtungen begangen wurden. Geschäftliche Verrichtungen sind Besorgungen, welche jemand zu seinem Nutzen verrichten lässt. Dabei genügt es nicht, dass die Schädigung bei Ausübung einer dienstlichen Verrichtung verursacht wurde, sondern es wird ein direkter funktioneller Zusammenhang zwischen Schädigung und geschäftlicher Verrichtung vorausgesetzt.¹ Die Handlung, die zum Schaden geführt hat, muss wenigstens der Gattung nach zu den Geschäften gehören, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann und deren Vornahme daher in die Zuständigkeit des Gesellschafters fällt.² Die Schlägerei mit dem Passanten geschieht vorliegend zwar bei der Auslieferung der Ware, stellt aber keine dienstliche Verrichtung dar und wird durch den Zweck der Gesellschaft nicht gedeckt; es besteht kein funktioneller Zusammenhang. Die Specter KIG haftet somit nicht für den entstandenen Schaden.

A2 Muss der Verwaltungsrat der Litt AG unverzüglich eine Generalversammlung einberufen?

Der Verwaltungsrat hat unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen, wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist (Art. 725 Abs. 1 OR). Aus der Jahresbilanz der Litt AG per 31. Dezember 2020 ist ersichtlich, dass das Aktienkapital zusammen mit den gesetzlichen Reserven (in casu allgemeine Reserven nach Art. 671 OR) CHF 120'000 beträgt. Der Verlust beträgt CHF 63'000 und übersteigt damit die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven. Insofern wäre grundsätzlich unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen.

Vorliegend stellt sich aber die Frage, ob die stillen Reserven von CHF 130'000 auf dem Grundstück aufgelöst werden können, um die Bilanz zu bereinigen. Aktiven dürfen grundsätzlich nicht höher bewertet werden als zu deren Anschaffungs- oder Herstellungskosten. Vorbehalten bleiben Bestimmungen für einzelne Arten von Aktiven (Art. 960a Abs. 2 OR).

¹ PESTALOZZI/VOGT-BSK OR II, Art. 567 N. 18.

² PESTALOZZI/VOGT-BSK OR II, Art. 567 N. 19.

Gemäss Art. 670 Abs. 1 OR dürfen Grundstücke oder Beteiligungen, deren wirklicher Wert über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten gestiegen ist, bis höchstens zu diesem Wert aufgewertet werden, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven infolge eines Bilanzverlustes nicht mehr gedeckt ist.

Gemäss Aufgabenstellung liegt der wirkliche Wert des Grundstücks über dem bilanzierten Anschaffungswert und der Verlust übersteigt – wie bereits festgestellt – die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven. Folglich kann das Grundstück grundsätzlich aufgewertet werden.

Mit der Aufwertung muss die Unterbilanz beseitigt werden. Bezüglich des Begriffs der Beseitigung der Unterbilanz besteht Unklarheit, wobei drei mögliche Lösungen bestehen: (1) Aufwertung bis zur buchmässigen Deckung der Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven, (2) Aufwertung bis zur buchmässigen Deckung des Aktienkapitals oder (3) Aufwertung bis zur buchmässigen Deckung des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven. Vorliegend betragen die stillen Reserven CHF 130'000, insofern könnten alle drei Varianten der Beseitigung der Unterbilanz erfüllt werden. Da eine teilweise Aufwertung ohne weiteres zulässig ist, kann offenbleiben, um welchen Betrag konkret aufzuwerten ist.

Der Aufwertungsbetrag ist gemäss Art. 670 Abs. 1 OR gesondert als Aufwertungsreserve auszuweisen. Dies führt zu einer Verlängerung der Bilanz, wobei sich die Höhe des Verlustes nicht verändert. Es kann jedenfalls bis zur buchmässigen Deckung der Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven aufgewertet werden, wodurch kein Kapitalverlust mehr besteht. Dies führt dazu, dass sich durch die Aufwertung die unverzügliche Einberufung einer Generalversammlung erübrigt.

A3 Prüfen Sie, ob eine Fusion zwischen der Pearson GmbH und der Specter GmbH möglich ist.

Gesellschaften können fusionieren, indem die eine Gesellschaft die andere übernimmt (Absorptionsfusion; Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG). Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a FusG können dabei Kapitalgesellschaften mit Kapitalgesellschaften fusionieren. GmbH sind Kapitalgesellschaften (Art. 2 lit. c FusG). Insofern können die Specter GmbH und die Pearson GmbH grundsätzlich eine Absorptionsfusion durchführen.

Jedoch ist Art. 6 FusG zu beachten: Eine Gesellschaft, deren Aktien-, Stamm- oder Genossenschaftskapital und deren gesetzliche Reserven zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind oder die überschuldet ist, kann mit einer anderen Gesellschaft nur fusionieren, wenn diese über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung verfügt. Diese Voraussetzung entfällt, soweit Gläubigerinnen und Gläubiger der an der Fusion beteiligten Gesellschaften im Rang hinter alle anderen Gläubigerinnen und Gläubiger zurücktreten.

Aus der Jahresbilanz der Pearson GmbH per 31. Dezember 2020 ist ersichtlich, dass das Stammkapital zusammen mit den allgemeinen Reserven CHF 115'000 beträgt. Der Verlust beträgt CHF 70'000 und übersteigt damit die Hälfte des Stammkapitals und der gesetzlichen Reserven. Insofern kommt Art. 6 FusG hinsichtlich Sanierungsfusion zur Anwendung.

Damit die Sanierungsfusion zulässig ist, muss die Specter GmbH über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung verfügen, da keine Hinweise auf Rangrücktritte bestehen. Zum frei verwendbaren Eigenkapital gehören die freien Reserven und der Gewinnvortrag. Gemäss der vorliegenden – geprüften und von der Gesellschafterversammlung genehmigten – Jahresbilanz liegen freie Reserven in der Höhe von CHF 25'000 und ein Gewinnvortrag von CHF 50'000 vor. Das frei verwendbare Eigenkapital beträgt damit CHF 75'000 und übersteigt den Verlust der Pearson GmbH von CHF 70'000. Bestätigt ein zugelassener Revisionsexperte oder eine zugelassene Revisionsexpertin, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 6 Abs. 2 FusG), ist die Sanierungsfusion vorliegend zulässig.

A4 Kann Omar Navarro von den Byrdes den Ersatz seines gesamten Konkursverlustes verlangen?

(i) Aktiv- und Passivlegitimation

Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates unter anderem den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

Marty und Wendy Byrde sind als Mitglieder des Verwaltungsrates somit passivlegitimiert.

Gemäss Art. 757 Abs. 1 OR sind im Konkurs der geschädigten Gesellschaft auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Dieser Anspruch steht ihnen aber nur zu, wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche verzichtet hat (Art. 757 Abs. 2 OR).

Omar ist Gläubiger der Gesellschaft und die Konkursverwaltung hat auf die Geltendmachung der Ansprüche verzichtet.

Omar ist aktivlegitimiert für die Geltendmachung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Byrdes.

(ii) Ersatzanspruch Konkursverschleppungsschaden

Die Mitglieder des Verwaltungsrates haften für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR muss der Verwaltungsrat im Fall der Überschuldung den Richter benachrichtigen, also «die Bilanz deponieren».

Gemäss Sachverhalt war die BLL AG am 31. Dezember 2019 bereits überschuldet. Die Byrdes haben als Verwaltungsräte nicht den Richter benachrichtigt. Damit ist eine Pflichtverletzung gegeben.

Die Byrdes haben aufgrund von Zeitnot nicht korrekt Buch geführt. Damit ist ein Verschulden gegeben.

Die Byrdes haben zu spät die Bilanz deponiert, ansonsten aber keine Sorgfaltspflichtverletzungen begangen. Damit liegt ein sogenannter Konkursverschleppungsschaden vor. Der Schaden liegt hierbei in der Verminderung der Nettoaktiven, der durch den verspäteten Konkurs entstand. Massgeblich sind die Liquidationswerte.

Vorliegend haben sich die Passiven nicht verändert. Die Aktiven sind um CHF 500'000 gesunken. Damit liegt ein Schaden der Gesellschaft von CHF 500'000 vor. Der Konkursverlust und damit der Schaden von Omar beträgt CHF 400'000.

Der Schaden ist durch die verspätete Benachrichtigung des Richters entstanden. Die Pflichtverletzung war somit adäquat kausal für den Schaden.

Damit sind alle Voraussetzungen für eine Verantwortlichkeitsklage erfüllt, sodass die Byrdes für den Schaden haften. Marty und Wendy Byrde haften dabei solidarisch (Art. 759 Abs. 1 OR).

Der Erlös des Prozesses wird vorab zur Deckung der Forderung des klagenden Gläubigers verwendet (Art. 260 Abs. 2 SchKG). Der Gesellschaftsschaden ist grösser, als der Schaden von Omar. Omar wird also seinen gesamten Konkursverlust decken können.

(iii) Fazit

Omar Navarro kann den Ersatz des gesamten Konkursverlustes von CHF 400'000 von den Byrdes verlangen.

Teil B

B1 Sind die aktienrechtlichen Rahmenbedingungen für eine Kompetenzdelegation der First Finance AG an die Gamma AG in beschriebenem Umfang gegeben?

Statutarische Ermächtigung

Gemäss Art. 627 Ziff. 12 OR ist eine statutarische Ermächtigung zur Übertragung der Geschäftsführung auf einzelne Mitglieder des VR oder Dritte möglich. Eine statutarische Ermächtigung zur Übertragung der Geschäftsführung ist in casu in Ziffer 5 der Statuten enthalten.

Organisationsreglement

Die Übertragung der Geschäftsführung ist vom VR nach der Massgabe eines Organisationsreglements (Art. 716b Abs. 1 OR) vorzunehmen. Das Organisationsreglement ist durch den VR zu erlassen. Ein Beschluss des Verwaltungsrats der FF-AG liegt mit der Zustimmung aller Verwaltungsratsmitglieder zum Managementvertrag vor. In casu liegt jedoch kein Dokument mit der Bezeichnung «Organisationsreglement» vor. Aber es ist fraglich, ob es sich beim zwischen der FF-AG und der G-AG geschlossenen Managementvertrag inhaltlich um ein Organisationsreglement i.S.v. Art. 716b OR handelt. Das Organisationsreglement beinhaltet gemäss Art. 716b Abs. 2 OR eine Umschreibung der Aufgaben, regelt die Berichterstattung und bestimmt die erforderlichen Stellen. Inhaltlich erfüllt der Managementvertrag die Vorgaben eines Organisationsreglements (Art. 716b Abs. 2 OR), indem die Aufgaben in der Anlagestrategie beschrieben werden und eine Berichterstattung an den VR durch die Überwachung gewährleistet wird. Das Organisationsreglement muss nach dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* formell nicht als solches bezeichnet und redigiert werden. Dass dieser Grundsatz auch im Aktienrecht gilt, leitet sich aus Art. 18 OR ab. Diese Regelung findet gemäss Art. 7 ZGB zumindest analog auch auf sog. «andere zivilrechtliche Verhältnisse» Anwendung, zu denen die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse gehören, mithin also auch das Aktienrecht.³

Unübertragbare Aufgaben

Die in Art. 716a Abs. 1 OR genannten Aufgaben dürfen vom VR nicht delegiert werden. Bei den auf die G-AG im Managementvertrag übertragenen Aufgaben handelt es sich nicht um in Art. 716a Abs. 1 OR aufgeführte unübertragbare Aufgaben des VRs. Insbesondere verbleibt die Definition der Anlagestrategie, und damit die Oberleitung i.S.v. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR, beim VR der FF-AG. Auch nimmt der VR der FF-AG unter dem Managementvertrag mit der G-AG die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen i.S.v. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR wahr.

Fazit

Die aktienrechtlichen Rahmenbedingungen für die Übertragung der Geschäftsführung von der FF-AG auf die G-AG sind vorliegend erfüllt.

B2 Kann die Alpha AG diese Änderung der Statuten der First Finance AG im Hinblick auf die anstehende ordentliche Generalversammlung anstossen? Wenn nein, wieso nicht? Wenn ja, wie müsste sie diesbezüglich vorgehen?

Eine Statutenänderung ist nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR eine unübertragbare Aufgabe der GV. Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine weiteren statutarischen Hürden i.S.v. Art. 627 Ziff. 1 OR für eine Statutenänderung.

Ein Aktionär, der über Aktien mit einem Nennwert von CHF 1 Mio. verfügt, kann die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen (Art. 699 Abs. 3 Satz 2 OR). Die A-AG verfügt über 15% der Aktien der FF-AG, d.h. bei einem Aktienkapital, das gesamthaft einen Nennwert von CHF 10 Mio. hat, über Aktien im Nennwert von CHF 1.5 Mio. Die A-AG ist eine qualifizierte Aktionärin, die i.S.v. Art. 699 Abs. 3 OR die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen kann. Die A-AG

³ BGE 142 III 16, E.3.4; LARDELLI/SCHMID-BSK ZGB I, Art. 7 N. 7.

hat dazu ein schriftliches Begehren zu formulieren, das sich an den VR der FF-AG richtet und gemäss Art. 699 Abs. 3 Satz 3 OR den Verhandlungsgegenstand und einen Antrag zu enthalten hat.

Über nicht gehörig angekündigte Verhandlungsgegenstände können an der GV keine Beschlüsse gefasst werden (Art. 700 Abs. 3 OR). Die A-AG hat aufgrund der in 40 Tagen stattfindenden GV zeitlich dringlich vorzugehen, damit eine gehörige, rechtzeitige Information der Aktionäre i.S.v. Art. 700 Abs. 1 OR (20 Tage vor der GV) erfolgen kann.

B3 Nachdem sich der Verwaltungsrat der First Finance AG diesem Ansinnen verweigert und die Alpha AG einige Zeit gezögert hat, kommt letztere 19 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung mit der Frage auf Sie zu, welche Möglichkeit es noch gebe, um ihr Anliegen durchzusetzen?

Über nicht gehörig angekündigte Verhandlungsgegenstände können an der GV keine Beschlüsse gefasst werden (Art. 700 Abs. 3 OR). Gemäss Art. 700 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 OR ist vorausgesetzt, dass die Aktionäre 20 Tage vor der GV gehörig über die Verhandlungsgegenstände informiert werden. Folglich kann die Traktandierung für die kommende GV, die in 19 Tagen stattfindet, aus zeitlichen Gründen nicht mehr durchgesetzt werden.

Die A-AG hat somit beim VR der FF-AG die Einberufung einer ausserordentlichen GV zu verlangen. Ein Aktionär ist berechtigt, die Einberufung einer ausserordentlichen GV zu verlangen, wenn er 10% des Aktienkapitals vertritt (Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR). Die A-AG erfüllt diese Voraussetzung, sie verfügt über 15% des Aktienkapitals und kann dementsprechend ein Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen GV an den VR der FF-AG richten.

Zusammen mit diesem Begehren um Einberufung einer GV hat die A-AG die Traktandierung der Statutenänderung inkl. entsprechendem Antrag zu verlangen. Dass das Traktandierungsrecht im Einberufungsrecht eingeschlossen ist, ergibt sich aus Art. 700 Abs. 2 OR.

B4 Welche aktienrechtlichen Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung hat die Alpha AG und wie gestaltet sich das aktienrechtliche Vorgehen inkl. der gerichtlichen Durchsetzung in der vorliegenden Konstellation?

(Hinweis: Prozessrechtliche Ausführungen sind nicht verlangt.)

Informations- und Kontrollrechte = Aktionärsrechte

Die im Aktienrecht vorgesehenen Informations- und Kontrollrechte sind nicht vermögensmässige Aktionärsrechte. Insofern ist daraus nur berechtigt, wer Aktionär/Aktionärin ist. Die A-AG ist Aktionärin der FF-AG. Die A-AG ist folglich grundsätzlich berechtigt, die Informations- und Kontrollrechte gegenüber der FF-AG auszuüben.

Bekanntgabe des Geschäftsberichts

Die A-AG hat die Möglichkeit, vor der ordentlichen Generalversammlung den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht am Gesellschaftssitz der FF-AG einzusehen, bzw. sich diese Unterlagen von der FF-AG senden zu lassen (Art. 696 Abs. 1 OR).

Einsicht ins Organisationsreglement

Gestützt auf Art. 716b Abs. 2 OR kann ein Aktionär, der ein schützenswertes Interesse glaubhaft machen kann, beim VR der Gesellschaft eine schriftliche Orientierung über den Inhalt des Organisationsreglements verlangen. Dieser Anspruch besteht jederzeit und kann ausserhalb der GV geltend gemacht werden. Die Orientierung hat schriftlich zu erfolgen und erstreckt sich auf den Inhalt des Organisationsreglements sowie auch auf die tatsächlich gelebte Organisation.

Auskunfts- und Einsichtsrecht

Weiter kann die A-AG ein Auskunfts- und Einsichtsrecht geltend machen. Diese Rechte können nur im Rahmen einer GV beantragt werden (Art. 697 Abs. 1 OR).

Sonderprüfung

Weiter besteht die Möglichkeit eine Sonderprüfung durchzuführen (Art. 697a OR). Die Sonderprüfung ist der verlängerte Arm des Auskunftsrechts; die Sonderprüfung verhält sich zum Auskunftsrecht subsidiär (Art. 697a Abs. 1 OR). D.h. der Aktionär, der die Sonderprüfung verlangt, muss vorgängig das Auskunftsrecht gemäss Art. 697 OR geltend gemacht haben. Dabei genügt die Ausübung in der Generalversammlung. Eine gerichtliche Durchsetzung des Auskunfts- oder Einsichtsanspruchs wird nicht verlangt. Damit die GV über eine Sonderprüfung beschliessen kann, bedarf es keiner Traktandierung (Art. 700 Abs. 3 OR).

Entspricht die GV dem Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers, kann die Gesellschaft oder jeder Aktionär innert 30 Tagen das Gericht um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen (Art. 697a Abs. 2 OR).

Entspricht die GV dem Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers nicht, kann gemäss Art. 697b Abs. 1 OR ein Aktionär, der mindestens 10% des Aktienkapitals vertritt, innert drei Monaten eine gerichtliche Einsetzung verlangen. Der Gesuchsteller hat dabei glaubhaft zu machen, dass Organe Gesetz oder Statuten verletzen und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR). Die A-AG erfüllt diese Voraussetzung, sie vertritt 15% des Aktienkapitals und ist damit berechtigt die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers zu verlangen.

Sachverständiger

Schliesslich besteht die Möglichkeit, dass die GV der FF-AG einen Sachverständigen einsetzt, der die Geschäftsführung oder Teile davon überprüft (Art. 731a Abs. 3 OR).

Teil C

C1 Ist die Beschreibung des fraglichen Schaukelstuhls (Abb. 1) als «designgeschützter Schaukelstuhl» aus lauterkeitsrechtlicher Perspektive zulässig?

(Hinweis: Nehmen Sie im Rahmen ihrer Antwort insbesondere auch kurz Stellung zum Argument von Stefan Staub.)

Irreführungstatbestand (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG)

Es stellt sich die Frage, ob die Beschreibung als «designgeschützter Schaukelstuhl» gegen den Irreführungstatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verstossen könnte. Der Tatbestand dieser Norm verlangt (1) eine Angabe (2) mit Wettbewerbsrelevanz, die (3) geeignet ist, zu einer Täuschung oder Irreführung zu führen:

(1) Der Text auf dem Metallschild bzw. dem Verkaufsschild enthält eine Angabe, denn die Beschreibung als «designgeschützter Schaukelstuhl» wird von den Durchschnittsadressaten als nachprüfbare Tatsachenbehauptung über den designrechtlichen Schutz des Produkts (Schaukelstuhl) verstanden.

(2) Die im Beschreibungstext enthaltene Angabe ist wettbewerbsrelevant, weil sich diese auf die Ware von Stefan Staub und damit auf eine gesetzlich vorgesehene Angabekategorie bezieht.

(3) Die Angabe ist unrichtig bzw. irreführend, weil die Durchschnittsadressaten aufgrund der Beschreibung als «designgeschützter Schaukelstuhl» davon ausgehen können, dass der fragliche Schaukelstuhl in der Schweiz designrechtlich geschützt ist, dieser aber in Tat und Wahrheit nie als Design angemeldet wurde.

Das Argument von Stefan Staub, wonach es ausreichend sei, dass der Schaukelstuhl designrechtlich grundsätzlich schutzfähig wäre, vermag daran nichts zu ändern, weil das Designrecht gemäss Art. 5 Abs. 1 DesG erst mit der Eintragung im Design-Register entsteht, wodurch die behauptete designrechtliche Schutzfähigkeit ohne Registereintrag noch keinen Designschutz und folglich auch keine damit verbundene Exklusivität begründen kann, selbst wenn die materiellen Schutzvoraussetzungen (Neuheit, Eigenart) gegeben wären.

Generalklausel (Art. 2 UWG)

Da das Verhalten von Stefan Staub den Irreführungstatbestand gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG erfüllt, liegt darin zugleich ein Verstoss gegen die Generalklausel i.S.v. Art. 2 UWG.

Fazit

Die Beschreibung als «designgeschützter Schaukelstuhl» verletzt Art. 3 Abs. 1 lit. b und Art. 2 UWG und ist damit lauterkeitsrechtlich unzulässig.

C2 Kommt «Ofenschmaus» grundsätzlich überhaupt als markenrechtlicher Schutzgegenstand in Frage?

(Hinweis: Die konkreten Schutzvoraussetzungen sind nicht zu prüfen.)

Schutzgegenstand

Art. 1 Abs. 1 MSchG setzt für das Vorliegen eines tauglichen Schutzgegenstandes bzw. einer Marke voraus, dass (1) ein Zeichen vorliegt, das sich (2) als Kennzeichnungsgegenstand auf Waren und/oder Dienstleistungen bezieht und (3) zur Unterscheidung geeignet ist:

(1) Bei «Ofenschmaus» handelt es sich um ein Zeichen, zumal gemäss Art. 1 Abs. 2 MSchG insbesondere Wörter als Zeichen bzw. Marken in Frage kommen.

(2) Das Zeichen «Ofenschmaus» bezieht sich auf Waren, weil damit gemäss Sachverhalt bestimmte Waren gekennzeichnet werden sollen.

(3) Schliesslich ist das Zeichen «Ofenschmaus» abstrakt zur Unterscheidung geeignet, weil es grundsätzlich ohne weiteres als Unterscheidungskennzeichen dienen kann.

Fazit

Bei «Ofenschmaus» handelt es sich um einen tauglichen markenrechtlichen Schutzgegenstand, da alle diesbezüglich relevanten Voraussetzungen i.S.v. Art. 1 MSchG erfüllt sind.

C3 Sehen Sie ein rechtliches Risiko, dass die geplante Markeneintragung von «Ofenschmaus» für die genannten Waren aufgrund eines absoluten Ausschlussgrunds ganz oder teilweise verweigert wird?

(Hinweis: Gehen Sie unabhängig von Ihrer Antwort auf Frage C2 davon aus, dass «Ofenschmaus» als markenrechtlicher Schutzgegenstand grundsätzlich in Frage kommt.)

Absoluter Ausschlussgrund

Es stellt sich die Frage, ob die Eintragung des Zeichens «Ofenschmaus» in Bezug auf die beanspruchten Waren ganz oder teilweise am absoluten Ausschlussgrund «Gemeingut» i.S.v. Art. 2 lit. a MSchG scheitern könnte. Gemeingut liegt vor, wenn das fragliche Zeichen nicht unterscheidungskräftig ist oder – jedenfalls nach vorherrschender Auffassung – wenn es freihaltebedürftig ist. Die erforderliche Unterscheidungskraft liegt vor, wenn ein Zeichen für die konkret beanspruchten Waren und/oder Dienstleistungen von den angesprochenen Verkehrskreisen als Kennzeichen aufgefasst wird. Ein anderer absoluter Ausschlussgrund i.S.v. Art. 2 lit. b-d MSchG ist dagegen im vorliegenden Fall offensichtlich nicht einschlägig.

In Bezug auf die beanspruchten Waren «Brot» und «Backwaren» könnte das Zeichen «Ofenschmaus» von den massgeblichen Verkehrskreisen als Beschreibung der damit gekennzeichneten Produkte und damit als nicht unterscheidungskräftig aufgefasst werden, da es sich sowohl bei Brot wie auch bei sonstigen Backwaren um Lebensmittel handelt, die im Ofen hergestellt werden.

Demgegenüber wird das Zeichen «Ofenschmaus» in Bezug auf die beanspruchten Waren «Tee», «Biere» und «alkoholfreie Getränke» von den massgeblichen Verkehrskreisen wohl nicht als beschreibend und damit als unterscheidungskräftig bzw. als Kennzeichen aufgefasst, da die Produkte Tee, Biere und alkoholfreie Getränke durch das fragliche Zeichen nicht direkt in ihren Eigenschaften beschrieben werden, weil diese insbesondere nicht im Ofen hergestellt werden und das Wort «Schmaus» eher auf eine leckere Mahlzeit anstatt auf ein Getränk hindeutet.

Fazit

In Bezug auf die beanspruchten Waren Brot und Backwaren besteht – anders als hinsichtlich der restlichen Waren (Tee, Biere, alkoholfreie Getränke) – ein rechtliches Risiko, dass das Zeichen «Ofenschmaus» von Seiten des IGE als beschreibend und damit als nicht unterscheidungskräftiges Gemeingut i.S.v. Art. 2 lit. a MSchG qualifiziert und folglich nicht ins schweizerische Markenregister eingetragen wird.

C4 Berta Bischof möchte von Ihnen wissen, ob – und wenn ja, unter welchen Bedingungen und auf welchen Zeitpunkt – sie die «Genossenschaft Dorflädeli Wyler» einseitig verlassen kann. Was antworten Sie?

Austrittsrecht

Kraft der genossenschaftsrechtlichen Austrittsfreiheit i.S.v. Art. 842 Abs. 1 OR steht jedem Genossenschafter der Austritt frei, solange die Auflösung der Genossenschaft nicht beschlossen ist. In diesem Sinne bedarf der Austritt eines Genossenschafters weder einer Zustimmung der Genossenschaft noch einer besonderen Form.

Die Auflösung der Genossenschaft wurde vorliegend nicht beschlossen, da die übrigen Genossenschafterinnen die «Genossenschaft Dorflädeli Wyler» gemäss Sachverhalt unbedingt weiterführen wollen.

Es liegen zudem keine statutarischen oder vertraglichen Beschränkungen der Austrittsfreiheit i.S.v. Art. 843 Abs. 1 OR vor, da gemäss Sachverhalt keine diesbezüglichen Regelungen getroffen wurden.

Kündigungstermin und -frist

Art. 844 Abs. 1 OR setzt für die Gültigkeit des Austritts eines Genossenschafters voraus, dass dieser auf Ende des Geschäftsjahres und unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist erfolgt.

Fazit

Kraft der Austrittsfreiheit i.S.v. Art. 842 Abs. 1 OR ist es Berta Bischof grundsätzlich möglich, einseitig aus der «Genossenschaft Dorflädeli Wyler» auszutreten. Dabei hat sie allerdings den Kündigungstermin sowie die Kündigungsfrist gemäss Art. 844 Abs. 1 OR zu beachten, womit sie den am 6. Januar 2021 gefassten Austrittsentschluss frühestens auf Ende des Geschäftsjahres 2022 in die Tat umsetzen kann.

C5 Nehmen Sie an, Berta Bischof habe die «Genossenschaft Dorflädeli Wyler» mittlerweile erfolgreich verlassen können und der Vermieter des von der Genossenschaft gemieteten Ladenlokals störe sich aus haftungsrechtlichen Gründen an der Tatsache, dass aufgrund dieser Mutation nur noch sechs Genossenschafterinnen an der «Genossenschaft Dorflädeli Wyler» beteiligt sind. Könnte der genannte Vermieter Erich Eichhof etwas dagegen unternehmen?

Absinken der Genossenschaftszahl

Wird die von Art. 831 Abs. 1 OR vorausgesetzte Mindestzahl von sieben Genossenschafte rn nach der Gründung unterschritten, sind gemäss Art. 831 Abs. 2 OR die aktienrechtlichen Vorschriften über die Mängel in der Organisation der Gesellschaft i.S.v. Art. 731b OR entsprechend anwendbar.

Vorliegend sind infolge des Austritts von Berta Bischof nur noch sechs Genossenschafterinnen an der «Genossenschaft Dorflädeli Wyler» beteiligt, womit die vorausgesetzte Mindestzahl unterschritten wird und folglich die in Art. 731b OR normierten aktienrechtlichen Vorschriften über die Mängel in der Organisation der Gesellschaft zur Anwendung kommen.

Bei Mängeln in der Organisation der Gesellschaft können gemäss Art. 731b Abs. 1 OR insbesondere die Gläubiger der Gesellschaft dem zuständigen Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Erich Eichhof ist antragsberechtigt, da er als Vermieter des von der Genossenschaft gemieteten Ladenlokals Gläubiger der Genossenschaft ist.

Art. 731b Abs. 1bis OR enthält einen nicht abschliessenden Katalog mit möglichen Massnahmen, die bei vorliegenden Organisationsmängeln gegen die Gesellschaft beantragt werden können. Da die Mindestzahl von sieben Genossenschafte rn für den Tatbestand der Genossenschaft ein begriffsbestimmendes Element darstellt, fällt im vorliegenden Fall zum Vornherein nur die Beantragung der Massnahmen i.S.v. Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1 und 3 OR in Betracht.⁴ Erich Eichhof könnte somit beim zuständigen Gericht die Ansetzung einer Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands oder als Ultima Ratio die Auflösung der Genossenschaft beantragen.

Fazit

Infolge der genossenschaftsrechtlich unzulässigen Unterschreitung der Mindestzahl von sieben Genossenschafterinnen könnte Erich Eichhof beim zuständigen Gericht die Massnahmen gemäss Art. 831 Abs. 2 i.V.m. Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1 und 3 OR beantragen.

* * *

⁴ BGE 138 III 407, E. 2.5.2.