



Prof. Dr. Peter Forstmoser
Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone

Musterlösung zur Klausur im Handels- und Wirtschaftsrecht vom 6. September 2000

Peter Forstmoser, Hans Caspar von der Crone

Karin Beyeler, Lukas Blättler, Daniel Dédeyan, Fiona Forrer

FRAGE 1

A. Ausgangslage

K. und M. Abderhalden sind Kommanditäre in der Kommanditgesellschaft Bürgi, Conrad & Co. und als solche zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft weder berechtigt noch verpflichtet (Art. 600 Abs. 1 OR). Die Geschäftsführung wird durch die Komplementäre Bürgi und Conrad wahrgenommen (Art. 599 OR), soweit im Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung getroffen wurde. Da es im Sachverhalt hierzu keine Angaben hat, ist von der gesetzlichen Regelung auszugehen.

Zum Schutz der Kommanditäre ist in Art. 600 Abs. 2 OR vorgesehen, dass diese gegen die Vornahme einer Handlung der Geschäftsführung Widerspruch erheben dürfen, wenn diese Handlung nicht mehr zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft gehört. Darum ist zu untersuchen, ob der Aufbau einer eigenen e-commerce Plattform zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Bürgi, Conrad & Co. gehört oder nicht. Hier ist zwischen der ersten und der zweiten Phase der Plattform zu unterscheiden.

B. Verhinderung des Projekts

1. Erste Phase

In der ersten Phase geht es um den Aufbau einer e-commerce Plattform, über die ausschliesslich Elektronikkomponenten vertrieben werden sollen. Dies ist mit dem Gesellschaftszweck vereinbar, weil dieser ja auch den *Vertrieb* von Elektronikkomponenten aller Art vorsieht, ohne die Ausgestaltung des Vertriebs näher zu umschreiben oder gar auf die klassischen Vertriebswege einzuschränken. Die Realisierung der ersten Phase liegt daher im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs; K. und M. Abder-

halden haben dagegen kein Widerspruchsrecht und sie können die erste Phase nicht verhindern (Art. 600 Abs. 2 OR).

2. Zweite Phase

Bei der zweiten Phase der Plattform ist die Rechtslage weniger klar: Es ist fraglich, ob der Betrieb einer *allgemeinen Auktionsplattform* für alle Arten von Kleinteilen und Komponenten für den industriellen Gebrauch noch unter den Gesellschaftszweck der Herstellung und des Vertriebs von Elektronikkomponenten aller Art fällt.

Für eine Subsumtion unter diesen Gesellschaftszweck spricht eine zeitgemässe Auslegung des Zwecks: Dieser soll so ausgelegt werden, dass die Bürgi, Conrad & Co. ihre Geschäftsfelder dem wirtschaftlichen und technologischen Wandel anpassen kann. Unter diesem Blickwinkel ist auch die zweite Phase der Auktionsplattform vom (zeitgemäss verstandenen) Gesellschaftszweck gedeckt und fällt unter den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb. Folglich können K. und M. Abderhalden dagegen nicht Widerspruch erheben.

Gegen eine Subsumtion der zweiten Phase unter den Gesellschaftszweck spricht dessen Wortlaut, da Kleinteile und Komponenten aller Art für den industriellen Gebrauch nicht mehr unter „Elektronikkomponenten aller Art“ im eigentlichen Sinn fallen. Bei dieser Argumentation stellt der Ausbau der e-commerce Plattform zu einer *allgemeinen Auktionsplattform* eine Handlung dar, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Bürgi, Conrad & Co. hinausgeht und gegen die K. und M. Abderhalden gemäss Art. 600 Abs. 2 OR ein Widerspruchsrecht haben.

Auch wenn bei der Korrektur beide Argumentationsweisen zur zweiten Phase gleich bewertet wurden, so ist doch diejenige vorzuziehen, welche die Realisierung der zweiten Phase als eine über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehende Handlung qualifiziert. Dies aus folgenden Gründen: Zieht man einerseits eine Risikobeurteilung in die Betrachtung mit ein, so fällt auf, dass das (finanzielle) Risiko bei diesem Projekt relativ hoch ist. Andererseits ist bei einer Kommanditgesellschaft der Zweck wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden eng auszulegen. Diese zwei Punkte (relativ hohes Risiko des Projekts und enge Auslegung des Zwecks) führen zum Ergebnis, dass die zweite Phase vom Zweck der Bürgi, Conrad & Co. nicht gedeckt ist. Ihre Realisierung wäre demnach eine Handlung, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft gehört und gegen die K. und M. Abderhalden gemäss Art. 600 Abs. 2 OR Widerspruch erheben können.

3. Vorgehen nach Art. 600 Abs. 2 OR

Wollen K. und M. Abderhalden die zweite Phase des Projekts verhindern, müssen sie dagegen zuerst Widerspruch i.S.v. Art. 600 Abs. 2 OR erheben, weil ihr Stillschwei-

gen sonst als Einverständnis gedeutet werden kann¹. Ihr Widerspruch bewirkt sodann, dass für die Realisierung der zweiten Phase die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter, d.h. ein einstimmiger Gesellschafterbeschluss erforderlich ist² (Art. 598 Abs. 2 i.V.m. 557 Abs. 2 und 535 Abs. 3 OR). Indem K. und M. Abderhalden ihre Zustimmung zum Gesellschaftsbeschluss verweigern, können sie also die zweite Phase verhindern³.

4. Entzug der Vertretungsbefugnis

Als weiterer Rechtsbehelf neben dem Widerspruchsrecht können K. und M. Abderhalden nach Art. 603 i.V.m. Art. 565 OR veranlassen, dass den Komplementären Bürgi und Conrad die Vertretungsbefugnis entzogen wird. Auch Kommanditäre dürfen einen solchen Antrag auf Entzug der Vertretungsbefugnis stellen⁴. Dazu müssen beim Richter wichtige Gründe geltend gemacht werden, z.B. Missbrauch der Vertretungsmacht durch die Komplementäre. Der Richter wird vermutlich nicht den vollständigen Entzug, sondern nur eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis von Bürgi und Conrad anordnen (was a maiore minus möglich ist⁵), da sonst niemand mehr vorhanden wäre, der die Bürgi, Conrad & Co. vertreten könnte. Für den Schutz von K. und M. Abderhalden genügt es auch, wenn Bürgi und Conrad in Bezug auf die Realisierung der zweiten Phase nicht mehr vertretungsberechtigt sind.

5. Änderung des Handelsregistereintrages verhindern

Geht man davon aus, dass die zweite Phase nicht mehr unter den Gesellschaftszweck subsumiert werden kann, darf diese erst nach einer Zweckänderung in Angriff genommen werden. Nach Art. 42 Abs. 1 HRV muss eine Kommanditgesellschaft aber die Natur ihres Geschäftes, d.h. ihren Zweck im Handelsregister eintragen, und nach Art. 937 OR ebenso eine allfällige Änderung des Zwecks. Da nach Art. 597 Abs. 1 OR die Veränderung einer einzutragenden Tatsache von allen Gesellschaftern (inklusive den Kommanditären) beim Handelsregisteramt unterzeichnet werden muss, können K. und M. Abderhalden ihre Unterschrift dazu verweigern. Dann bleibt der Gesellschaftszweck („Natur des Geschäfts“ nach Art. 42 Abs. 1 HRV) unverändert und umfasst die zweite Phase weiterhin nicht, weshalb diese nicht realisiert werden darf.

¹ ZK-Siegwart zu OR 599, 600, N 6.

² W. von Steiger, SPR VIII/1, S. 614, FN 16.

³ Ein etwas anderer Ansatz verfolgt L. Handschin, Basler Komm. zu Art. 599/600 OR, N 3.

⁴ W. von Steiger, SPR VIII/1, S. 628; BK-Hartmann zu OR 603, N 8; ZK-Siegwart zu OR 603, N 2; L. Handschin, Basler Komm. zu Art. 603 OR, N 6.

⁵ Pestalozzi/Wettenschwiler, Basler Komm. zu Art. 565 OR, N 7.

C. Rechtsbehelfe zum Schutz der Position von K. und M. Abderhalden

1. Kontroll- und Informationsrechte

Nach Art. 600 Abs. 3 und Art. 598 Abs. 2 i.V.m. Art. 557 Abs. 2 und 541 OR haben die Kommanditäre die gleichen Kontroll- und Informationsrechte wie ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Kollektivgesellschafter oder einfacher Gesellschafter. K. und M. Abderhalden dürfen daher im Umfang von Art. 600 Abs. 3 OR die Bücher kontrollieren und sich im Umfang von Art. 541 OR über den Gang der Gesellschaftsangelegenheiten (insbesondere die Entwicklung der e-commerce Plattform) informieren⁶.

2. Verantwortlichkeit der geschäftsführenden Gesellschafter

Die geschäftsführenden Komplementäre Bürgi und Conrad unterstehen der Verantwortlichkeit von Art. 538 OR (i.V.m. Art. 598 Abs. 2 und Art. 557 Abs. 2 OR)⁷. Sie haften gegenüber K. und M. Abderhalden für Schäden, die aus der Geschäftsführung im Zusammenhang mit der e-commerce Plattform (aber auch mit den übrigen Geschäften) entsteht, und zwar ohne die Möglichkeit einer Vorteilsanrechnung.

3. Kündigung des Gesellschaftsvertrages

K. und M. Abderhalden können den Gesellschaftsvertrag kündigen, falls dieser eine Kündigungsmöglichkeit vorsieht oder die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist (Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 574 Abs. 1 und Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR). Nach Art. 546 Abs. 1 OR beträgt die Kündigungsfrist sechs Monate. Die ordentliche Kündigung i.S.v. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR, die keines Grundes bedarf und auch nicht begründet werden muss⁸, hat zur Folge, dass die Gesellschaft mit Ablauf von sechs Monaten aufgelöst wird⁹.

Allenfalls genügt es auch schon, wenn K. und M. Abderhalden gegenüber Bürgi und Conrad mit der Kündigung nur drohen. Dadurch könnten Bürgi und Conrad veranlasst werden, in das Ausscheiden von K. und M. Abderhalden aus der Gesellschaft nach Art. 576 OR einzuwilligen. Bürgi und Conrad könnten das Geschäft als Kollektivgesellschaft weiterführen, und die ausscheidenden Abderhaldens würden so eine Abfindung erhalten, die i.d.R. höher ist als der Anteil am Liquidationserlös.

⁶ BK-Hartmann zu OR 600, N 7; ZK-Siegwart zu OR 600, N 11-14; W. von Steiger, SPR VIII/1, S. 614; a.M. L. Handschin, Basler Komm. zu Art. 599/600 OR, N 5.

⁷ L. Handschin, Basler Komm. zu Art. 598 OR, N 3; BK-Hartmann zu OR 598, N 16; W. von Steiger, SPR VIII/1, S. 613; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 14 N 24.

⁸ D. Staehelin, Basler Komm. zu OR 545/546, N 21.

⁹ ZK-Siegwart zu OR 545-547, N 24.

4. Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund

Als letzter Schutzbehelf ist die Auflösung der Gesellschaft aus einem wichtigen Grund zu nennen, die durch Urteil des Richters ausgesprochen wird (Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 574 Abs. 1 und Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR)¹⁰. Allerdings ist die Auflösungsklage ein subsidiärer Rechtsbehelf und kommt nur als ultima ratio in Frage, wenn alle anderen Schutzbehelfe versagen. Da die Auflösungsklage einen „wichtigen Grund“ verlangt, bei Vorliegen wichtiger Gründe aber schon die anderen Schutzbehelfe greifen dürften, ist die Auflösungsklage praktisch beinahe immer ausgeschlossen.

FRAGE 2

Die Kommanditgesellschaft kann auf drei Wegen in eine Aktiengesellschaft überführt werden:

A. Liquidation der Kommanditgesellschaft und „normale“ Gründung einer AG

Die vier Gesellschafter können „durch gegenseitige Übereinkunft“ (Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 574 Abs. 1 und Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR) die Auflösung der bestehenden Kommanditgesellschaft beschliessen¹¹. Dazu müssen sie einen einstimmigen Beschluss darüber fassen, dass die Gesellschaft aufzulösen und nach den Vorschriften von Art. 582 ff. OR (i.V.m. Art. 619 Abs. 1 OR) zu liquidieren sei. Nach der Auflösung und Liquidation der Kommanditgesellschaft können Bürgi, Conrad und K. und M. Abderhalden im üblichen Verfahren eine AG gründen (nach den Vorschriften von Art. 629 ff. OR). Ein Nachteil dieser Lösung liegt darin, dass hier eine Abrechnung über die stillen Reserven stattfindet, was ungünstige steuerrechtliche Folgen hat. In der Prüfungsarbeit wurde ein Hinweis auf diesen Nachteil allerdings nicht verlangt.

B. Sachübernahme nach Art. 628 Abs. 2 OR (i.V.m. Art. 181 OR)

Bei der zweiten Variante gründen Bürgi, Conrad und K. und M. Abderhalden eine AG mit einem hohen, bar liberierten Aktienkapital nach den Vorschriften von Art. 629 ff. OR. Anschliessend kauft die neue AG von der Kommanditgesellschaft das bisher von dieser betriebene Unternehmen (Übertragung des Unternehmens auf die AG durch Singularsukzession nach Art. 181 OR). Damit die AG diesen Kauf vermag, muss ihr

¹⁰ D. Staehelin, Basler Komm. zu OR 545/546, N 30; ZK-Siegwart zu OR 545-547, N 25 ff.; W. von Steiger, SPR VIII/1, S. 458 f.

¹¹ D. Staehelin, Basler Komm. zu OR 545/546, N 18; ZK-Siegwart zu OR 545-547, N 13-15; W. von Steiger, SPR VIII/1, S. 455.

Aktienkapital genügend hoch festgesetzt werden, d.h. die Gründer sind hier mit einer relativ teuren Kapitalbeschaffung konfrontiert.

Es liegt eine Sachübernahmegründung vor (qualifizierte Gründung i.S.v. Art. 628 Abs. 2 OR mit besonderen Schutzvorschriften gemäss Art. 628 Abs. 2, Art. 635 Ziff. 1 und Art. 635a OR), da für die neuzugründende AG schon vor ihrer Eintragung in das Handelsregister vereinbart wird, dass sie für einen bestimmten Betrag gewisse Vermögenswerte (das Unternehmen der Kommanditgesellschaft) übernehmen werde¹².

Nach der Übertragung des Unternehmens auf die neu gegründete AG kann die Kommanditgesellschaft liquidiert werden (Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 582 ff. OR). Als Liquidationserlös wird der von der AG für das Unternehmen bezahlte Kaufpreis an die Gesellschafter ausgeschüttet.

C. Sacheinlage nach Art. 628 Abs. 1 OR (i.V.m. Art. 181 OR)

Bei der dritten Variante gründen die vier Gesellschafter eine AG, in die sie das bisher von der Kommanditgesellschaft betriebene Unternehmen als Sacheinlage einbringen (qualifizierte Gründung, aber nicht Sachübernahme wie bei der zweiten Variante, sondern Sacheinlage nach Art. 628 Abs. 1 OR). Die Übernahme des Unternehmens durch die AG wird nach Art. 181 OR, also durch Singularsukzession bezüglich der Aktiven vollzogen¹³. Als Gegenleistung für das eingelegte Unternehmen weist die AG den einlegenden Gründern eine bestimmte Anzahl Aktien zu; diese Aktien gehören zunächst den Kommanditgesellschaftlern zu gesamter Hand. Nach der Übertragung des Unternehmens auf die AG kommt es zur Liquidation der Kommanditgesellschaft (Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 582 ff. OR), wobei die noch im Gesamteigentum aller Gesellschafter stehenden Aktien der neuen AG als Liquidationserlös an Bürgi, Conrad und K. und M. Abderhalden ausgeschüttet werden.

D. Nachtrag

Abgesehen davon, dass nur schon die Zulässigkeit eines vom Gesetz nicht vorgesehenen Rechtsformwechsels (im Sinne einer Umwandlung einer *juristischen Person* in eine andere *juristische Person*) strittig ist, muss eine liquidationslose Auflösung einer Kommanditgesellschaft (also einer blossen Rechtsgemeinschaft) und ihre Überführung in eine AG an der Inkompatibilität der beiden Rechtsformen scheitern¹⁴.

¹² Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §15, N 18 f.

¹³ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §15, N 17.

¹⁴ Vgl. BGE 125 III 24.

FRAGE 3

A. Verhinderung der Überführung nach der Variante 1 von Frage 2

Bei der Überführung nach der Variante 1 von Frage 2 besteht ein Schritt darin, dass die Kommanditäre und Komplementäre die Auflösung ihrer Kommanditgesellschaft beschliessen. Dieser Auflösungsbeschluss ist einstimmig zu fassen (Art. 619 Abs. 1 i.V.m. 574 Abs. 1 und 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR). K. und M. Abderhalden können also die Auflösung und Überführung ihrer Kommanditgesellschaft in eine AG verhindern, indem sie ihre Zustimmung zum Auflösungsbeschluss verweigern.

B. Verhinderung der Überführung nach Variante 2 bzw. 3 von Frage 2

K. und M. Abderhalden können auch bei der zweiten und dritten Variante von Frage 2, bei denen die Kommanditgesellschaft letztlich ihr Unternehmen an die neuzugründende AG verkauft, eine Überführung verhindern: Der Verkauf des gesamten Unternehmens stellt eine Handlung der Geschäftsführung dar, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgeht und gegen die die Kommanditäre gemäss Art. 600 Abs. 2 OR Widerspruch erheben können (s. Frage 1). Der Widerspruch der Abderhaldens bewirkt, dass über den Verkauf nur noch einstimmig beschlossen werden kann, und zu diesem Beschluss können K. und M. Abderhalden dann ihre Zustimmung verweigern und so den Verkauf verhindern.

Ausserdem können K. und M. Abderhalden nach Art. 603 i.V.m. Art. 565 beim Richter beantragen, den Komplementären Bürgi und Conrad die Vertretungsbefugnis zu entziehen (siehe schon oben zu Frage 1). Dies ist notwendig, um zu verhindern, dass Bürgi und Conrad irgendwelche Schritte in Richtung Verkauf des Unternehmens oder Gründung einer AG unternehmen können.

Zu denken wäre schliesslich noch an eine Verhinderung des Handelsregistereintrages nach HRV 32 II.¹⁵

FRAGE 4

A. Widerspruchsrecht

Als Kommanditäre haben K. und M. Abderhalden in der Kommanditgesellschaft Bürgi, Conrad & Co. das Widerspruchsrecht von Art. 600 Abs. 2 OR gegen aussergewöhnliche Handlungen der Geschäftsführung. Nach der Anmeldung des Widerspruchs kann über das fragliche Geschäft nur noch einstimmig beschlossen werden. Als Aktio-

¹⁵ Dieser Aspekt war für eine gute Fallösung nicht erforderlich.

näre haben K. und M. Abderhalden kein solches Widerspruchsrecht. Bei der AG ist die Geschäftsführung Aufgabe des Verwaltungsrates (Art. 716 Abs. 2 OR), und der einzelne Aktionär hat keine direkten Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung. In dieser Hinsicht ist der Schutz im Aktienrecht also schlechter.

B. Stimmrecht, Quorumsvorschriften

Im Aktienrecht gilt der Grundsatz „soviel Kapital – soviel Stimmrecht“ (Art. 692 Abs. 1 OR), so dass K. und M. Abderhalden zusammen nur 33 1/3 % aller Stimmrechte auf sich vereinen. Damit können sie sich gegen Bürgi und Conrad bei Beschlüssen, die mit dem Mehr von Art. 703 OR zu fassen sind, nicht durchsetzen. Auch das Quorum von Art. 704 OR nützt den Abderhaldens nichts, denn Bürgi und Conrad repräsentieren zusammen gerade die verlangten zwei Drittel der vertretenen Stimmen und sie vereinigen auch mehr als die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich, so dass sie sich gegen K. und M. Abderhalden in der GV immer durchsetzen können. Im Recht der Kommanditgesellschaft sind dagegen alle Gesellschafterbeschlüsse einstimmig zu fassen (Art. 598 Abs. 2 i.V.m. 557 Abs. 2 und 534 Abs. 1 OR). K. und M. Abderhalden können also durch Verweigerung der Zustimmung ihnen ungünstige Beschlüsse verhindern.

C. Anfechtungsrecht (Art. 706 OR)

In der AG hat jeder Aktionär die Möglichkeit, einen GV-Beschluss anzufechten, wenn der Beschluss das Gesetz, die Statuten oder auch einen allgemeinen ungeschriebenen Grundsatz des Aktienrechts verletzt (Art. 706 OR)¹⁶. Dieses Anfechtungsrecht dient zwar dem Schutz der Aktionäre, doch werden K. und M. Abderhalden dadurch immer noch weniger gut geschützt als in der Kommanditgesellschaft, in der sie ihre Zustimmung zu einem missliebigen Gesellschaftsbeschluss verweigern und dadurch den Beschluss überhaupt verhindern können. Ausserdem ist anzumerken, dass nach feststehender Praxis Beschlüsse des Verwaltungsrates nicht anfechtbar sind¹⁷, so dass diesbezüglich ein direkter Schutz der Aktionäre ganz fehlt (es gibt nur den indirekten Schutz der Verantwortlichkeitsklage).

D. Verantwortlichkeitsklage

Im Aktienrecht sind alle Mitglieder des Verwaltungsrates (und auch alle anderen mit der Geschäftsführung befassten Personen) der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären für den Schaden verantwortlich, den sie durch pflichtwidriges und schuldhaftes

¹⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N 13-17; Dreifuss/Lebrecht, Basler Komm. zu OR 706, N 10.

¹⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N 9; Ch. von Greyerz, SPR VIII/2, S. 192 f.

Handeln adäquat kausal verursachen¹⁸. Im Aktienrecht haften die verantwortlichen Personen für jedes Verschulden (auch für leichte Fahrlässigkeit), wobei ein objektiver Verschuldensmassstab gilt¹⁹.

Im Recht der Kommanditgesellschaft unterstehen die geschäftsführenden Komplementäre der Verantwortlichkeit gemäss Art. 538 OR (i.V.m. Art. 598 Abs. 2 und 557 Abs. 2 OR). Je nachdem, ob Bürgi und Conrad für ihre Tätigkeit als Geschäftsführer eine Vergütung beziehen oder nicht, ist der anzuwendende Sorgfaltsmassstab gleich (im Fall von Art. 538 Abs. 3 OR, wo auf Art. 398 Abs. 1 OR verwiesen wird) bzw. milder als im Aktienrecht (im Fall von Art. 538 Abs. 1 OR, wo ein subjektivierter Sorgfaltsmassstab zugrunde gelegt wird). Im ersten Fall ist der Schutz der Abderhaldens als Kommanditäre und als Aktionäre in Bezug auf die Verantwortlichkeit gleichwertig; im zweiten Fall sind sie aber als Kommanditäre wegen des milderen Sorgfaltsmassstabes weniger gut geschützt als in einer AG.

E. Austritt aus der Gesellschaft

Aus der Kommanditgesellschaft können K. und M. Abderhalden gemäss Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 576 und 580 OR austreten (siehe Frage 1). Als Aktionäre haben sie die Möglichkeit des Austretens hingegen nicht, denn mit dem Austritt eines Aktionärs aus der AG wäre die Rücknahme seiner Kapitaleinlage verbunden, was zu einer verbotenen Reduktion der Haftungsbasis führte²⁰ (Art. 680 Abs. 2 OR, Verbot der Einlagerückerstattung). K. und M. Abderhalden könnten ihre Aktionärsstellung nur durch Übertragung der Mitgliedschaft, d.h. durch Veräusserung ihrer Aktien an einen Dritten loswerden, was aber dann schwierig ist, wenn die Aktien nicht liquid sind (wie vermutlich in unserem Fall). In diesem Punkt geht also der Schutz im Aktienrecht weniger weit als im Kommanditgesellschaftsrecht.

F. Informationsrechte

In diesem Bereich bietet das Aktienrecht einen viel geringeren Schutz als das Recht der Kommanditgesellschaft. Während die Kommanditäre ein Kontrollrecht im Umfang von Art. 600 Abs. 3 OR und ein Informationsrecht nach Art. 541 OR (i.V.m. Art. 598 Abs. 2 und Art. 557 Abs. 2 OR) haben, sind die Informations-, Auskunfts- und Einsichtsrechte des Aktionärs stark eingeschränkt. Nach Art. 697 Abs. 2 OR kann nämlich eine Auskunftserteilung zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses verweigert werden, und nach Art. 697 Abs. 3 OR besteht das Recht auf Einsicht in die Geschäftsbücher

¹⁸ Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N 384 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36, N 3 ff.; Ch. von Greyerz, SPR VIII/2, S. 290 ff.

¹⁹ P. Widmer, Basler Komm. zu OR 754, N 17; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36, N 80.

²⁰ Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N 260.

sogar nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der GV oder gemäss einem Beschluss des Verwaltungsrates, wobei wieder das Geschäftsgeheimnis zu wahren ist. Bei der AG besteht sodann zwar die Möglichkeit, eine Sonderprüfung zu verlangen (Art. 697a ff. OR), doch ist deren praktische Durchsetzung langwierig und kostspielig.

G. Fazit

Die Interessen von K. und M. Abderhalden werden im Aktienrecht weniger gut geschützt als im Kommanditgesellschaftsrecht. Der Grund dafür liegt unter anderem darin, dass das gesetzgeberische Leitbild der AG auf grosse Publikumsgesellschaften mit vielen persönlich nicht in der AG engagierten Aktionären ausgerichtet ist. Das Gesetz geht davon aus, dass der typische Aktionär vor allem finanzielle Interessen hat, sonst aber nicht weiter an die Gesellschaft gebunden ist. Daher hat der Aktionär auch keine weitere Pflicht, als die von ihm übernommenen Aktien zu liberieren. Insbesondere trifft ihn keine Treuepflicht – als „Korrelat“ dazu sind dann aber auch die Rechte der Aktionäre (im Vergleich zu jenen eines Kommanditärs) stark eingeschränkt.

K. und M. Abderhalden entsprechen nicht diesem typischen Aktionärsbild: Sie haben nicht nur finanzielle Interessen, sondern sie wollen auch einen gewissen Einfluss auf bzw. eine Kontrolle über die Geschäftsführung haben. Solche Interessen sind in einer AG nicht geschützt – in einer Kommanditgesellschaft hingegen schon: Diese ist im Gegensatz zur AG (Kapitalgesellschaft) eine Personengesellschaft und nimmt in ihrer Ausgestaltung darauf Rücksicht, dass die Gesellschafter neben finanziellen noch weitere Interessen z.B. bezüglich der Geschäftsführung haben. In einer solchen Gesellschaft sind die Abderhaldens besser aufgehoben als in einer AG.

Um in einer personalistischen AG wie der Bürgi-Conrad AG einen gleichwertigen Schutz wie in einer Kommanditgesellschaft zu erreichen, müsste ein Aktionärsbindungsvertrag mit entsprechenden Garantien zum Schutz der Interessen von K. und M. Abderhalden unter den Aktionären vereinbart werden.

H. Alternative Argumentation

In der Korrektur wurden auch Punkte verteilt, wenn man (fälschlicherweise) argumentierte, das Aktienrecht schütze die Interessen von K. und M. Abderhalden gleich gut wie das Recht der Kommanditgesellschaft. Dies gestützt auf die Überlegung, dass dem an sich weniger weit gehenden Schutz des Aktionärs auch eine viel weniger weit gehende persönliche Einbindung des Aktionärs in die Gesellschaft (als bei der Kommanditgesellschaft) gegenübersteht und ausserdem die Mitgliedschaft leicht übertragen werden kann. Diese Argumentation trifft jedoch nur für die „typische“ AG zu, nicht aber für eine Kleinst-AG wie in unserem Fall, daher ist sie als falsch zu betrachten.

FRAGE 5

A. Beurteilung des Vorgehens

Durch die Zukäufe der börsenkotierten Beteiligungen auf dem Markt überschreiten K., M. und Q einzeln die Schwellenwerte der Meldepflicht **nicht** (für K. und M.: 10 %, für Q: 5 %; BEHG 20 I).

Das gemeinsame Vorgehen weist aber auf eine vertragliche Grundlage hin, immerhin liegt mit der „Aktennotiz“ eine übereinstimmende, gegenseitige Willensäusserung vor. Ob von einer einfachen Gesellschaft ausgegangen werden kann, ist zumindest diskutabel, aber insofern eher zu verneinen, als der Zweck (feindliches Übernahmeangebot) von K. und M. allein bestimmt wird und Q nur deren Interessen wahrt, womit es am gemeinsam festgelegten Zweck fehlt²¹. Es kann somit festgehalten werden, dass eine gemeinsame Absprache mit Dritten i.S.v. BEHG 20 I, insb. ein Rechtsverhältnis zum Erwerb von Beteiligungspapieren i.S.v. BEHV-EBK 15 II lit. a vorliegt, womit K., M. und Q als Gruppe unter die Meldepflicht gemäss BEHG 20 III fallen.

Die Meldepflicht wird bereits durch den blossen Zusammenschluss zu einer Gruppe i.S.v. BEHV-EBK 15 ausgelöst, also schon als sich K. und M. mit je 6 % zu einer Gruppe mit 12 % der Aktien zusammenschliessen.²² Erneut meldepflichtig wird die Gruppe, sobald K., M. und Q durch Zukäufe zusammen mehr als 20% der Aktien erworben haben.

B. Persönliche Risiken

1. Börsenrechtliches Risiko

Wenn der Meldepflicht nicht nachgelebt wird, müssen K. und M. als Sanktion eine Busse nach BEHG 41 I lit. a und II gewärtigen.

2. Aktienrechtliches Risiko

Mangels einer Treuepflicht im Aktienrecht (vgl. OR 680 I) bestehen in dieser Hinsicht keine Risiken.

²¹ Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. A., Bern 1998, § 1 N 69.

²² Siehe BEHV-EBK 15 II lit.b. Dies entspricht auch Sinn und Zweck von BEHG 20. Vgl. auch Ch. Meier-Schatz, zu BEHG 20 N 240, in: Hertig/Meier-Schatz u.a. [Hg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000. Nebenbemerkung: Dass Meier-Schatz im Unterschied zum ABV bei Konsortien zwecks Beteiligungserwerbs die Meldepflicht erst beim Erwerb selbst entstehen lassen will (a.a.O., N 235), ist erstens umstritten und zweitens i.c. irrelevant, da K. und M. schon Aktionäre sind und bereits beim Zusammenschluss ihr Stimmrecht gemeinsam in bestimmter Weise ausüben wollen.

3. Vertragsrechtliches Risiko

K., M. und Q haben mit der Aktennotiz einen Vertrag (ev. einfache Gesellschaft) hinsichtlich des Raids und einen Aktionärbindungsvertrag hinsichtlich der Stimmabgabe abgeschlossen. Wer ausschert, trägt ein haftungsrechtliches Risiko (OR 97 I).²³

4. Werbekampagne

Diffamierende Werbekampagnen etc. können einen Verstoß gegen ZGB 28 oder UWG 3 f darstellen und das Risiko der entsprechenden Sanktionen nach sich ziehen. Wie gross dieses Risiko ist, hängt von der Ausgestaltung der Kampagne ab.²⁴

FRAGE 6

K., M. und Q halten zusammen als Gruppe 24,7 % der Bürgi-Conrad AG. Der Schwellenwert von 33 1/3 % (BEHG 32 I) ist nicht erreicht. Folglich besteht keine Angebotspflicht (die erst durch das Verfügungsgeschäft ausgelöst wird). Sobald aber durch die Ankäufe die Schwelle von 33 1/3 % überschritten wird, entsteht die Angebotspflicht von BEHG 32 I für alle restlichen Aktien, zumal eine Opting-up- (BEHG 32 I i. f.) oder Opting-out-Klausel (BEHG 22 II) laut Sachverhalt nicht besteht. Die Zulässigkeit eines Teilangebots würde eine solche Klausel voraussetzen.

Nach UEV-UEK 10 V muss sich aber schon das Angebot für den Erwerb von Beteiligungspapieren, deren zukünftiger Erwerb die Angebotspflicht auslösen würde, auf alle kotierten Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft erstrecken.²⁵ Ein Teilangebot über 33 1/3 % hinaus ist somit auch vor Erwerb dieser Quote ausgeschlossen und verstößt ex lege gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz von BEHG 24 II (so UEV-UEK 10). Dass nach Sachverhalt eine proportionale Berücksichtigung der Aktionäre bei Überzeichnung gewährleistet wäre, vermag daran nichts zu ändern.

Es ist allerdings einzuräumen, dass der Wortlaut von BEHG 32 I eher an ein zweistufiges Verfahren (1. freiwilliges Angebot bis 33 1/3 %, 2. nach Erwerb dieser Quote Pflichtangebot für den Rest) denken lässt. Insofern besteht ein gewisser Widerspruch zwischen dem Gesetz und der Übernahmeverordnung.

²³ Dieser Aspekt war für eine gute Falllösung nicht erforderlich.

²⁴ Dieser Aspekt war für eine gute Falllösung nicht erforderlich.

²⁵ Es handelt sich bei UEV-UEK 10 V um eine analoge Anwendung von BEHG 32 I auf die Ausgestaltung des Angebots, und noch nicht um die Angebotspflicht von BEHG 32. Dies äussert sich in der Praxis der Übernahmekommission z.B. darin, dass das Angebot, anders als jenes von BEHG 32, nicht bedingungsfeindlich ist. Die einzige durch UEV-UEK 10 V ausgeschlossene Bedingung ist die Beschränkung auf ein Teilangebot.

FRAGE 7

A. Börsenrechtliche Beurteilung

Zu prüfen ist eine Verletzung von BEHG 29 II. Umstritten, aber wohl zu bejahen, ist als Rechtsfolge zivilrechtliche Nichtigkeit des Verkaufs²⁶. Sollte diese Norm verletzt worden sein, dann können die Angreifer K. und M. auf Feststellung der Nichtigkeit klagen.

Der Verkauf der buergiconrad.com als des Hauptaktivums der Bürgi-Conrad AG ändert den Aktivbestand der Gesellschaft erheblich und stellt mithin eine Abwehrmassnahme nach BEHG 29 II dar (vgl. auch UEV-UEK 35; man spricht im vorliegenden Fall von einer Crown Jewel Defense). Allerdings gilt die Stillhaltepflicht des VR nach Gesetzeswortlaut erst ab Veröffentlichung des Angebots (BEHG 29 II; bzw. ab Voranmeldung, vgl. UEV-UEK 9 III lit. c). Da das Übernahmeangebot laut Sachverhalt noch nicht veröffentlicht worden ist, ist BEHG 29 II nicht verletzt.

Angesichts des klaren Wortlauts von BEHG 29 II wäre eine expansive Auslegung kaum vertretbar. Man müsste geradezu eine unechte Lücke²⁷ annehmen und aus dem Telos von BEHG 29 II ableiten, dass aus dem Gedanken der Neutralisierung des Interessenkonflikts des VR und der Vermeidung einer Aushöhlung der Zielgesellschaft ein Verkauf des Hauptaktivums im Übernahmekampf verboten ist. Eine unechte Lücke darf nur bei einem sachlich unbefriedigenden, krass stossenden Ergebnis über ZGB 2 II berichtigt werden, wovon in casu nicht ausgegangen werden kann. Denn immerhin erzeugt die Norm im Dienste der Transparenz einen gewissen Anreiz für die Angreifer, ihr Vorhaben möglichst schnell publik zu machen.²⁸

Auch eine Interessenabwägung führt zu keinem andern Ergebnis. Das Interesse der Angreifer, möglichst lange im Verborgenen zu agieren, ohne Abwehrmassnahmen zu riskieren, muss dem Interesse der Zielgesellschaft weichen, nicht durch jedes Gerücht und ohne Information über einen allfälligen Übernahmepreis in ihren Handlungen blockiert zu werden.

B. Aktienrechtliche Beurteilung

In Frage kommt eine Klage auf Feststellung des Nichtzustandekommens des Kaufvertrags. Diese hat Erfolg, wenn (a) entweder der Verwaltungsrat ohne die Vertretungs-

²⁶ Rudolf Tschäni/Matthias Oertle zu BEHG 29 N 22, in: Vogt/Watter [Hg.], Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel etc. 1999.

²⁷ D.h. das Gesetz enthält für die Rechtsfrage eine Antwort, die aber im konkreten Fall sachlich unbefriedigend, stossend ist (vgl. H. M. Riemer, Einleitungsartikel [...], Bern 1987, § 4 N 82).

²⁸ Da somit nicht nur kein stossendes Ergebnis, sondern gar keine Lücke vorliegt, kommt man zum gleichen Ergebnis, wenn man der aufgeschlosseneren Meinung folgend die Unterscheidung zwischen echter und unechter Lücke nicht mehr bemüht und dem Richter bei Lücken generell die rechtserzeugende Funktion nach ZGB 1 II zumutet.

macht nach OR 718a I handelte, oder (b) zwar Vertretungsmacht bestand, aber der Dritte bezüglich des Nichtbestehens der Vertretungsbefugnis nicht gutgläubig war.

(a) Nimmt man an, der Betrieb der Auktionsplattform sei ohnehin nie vom Gesellschaftszweck gedeckt gewesen, dann war der Verkauf derselben vom Zweck gedeckt und folglich bestand Vertretungsmacht. Nimmt man an, der Verkauf stünde dem Gesellschaftszweck entgegen, weil der Betrieb der Auktionsplattform vom Gesellschaftszweck gedeckt gewesen sei - was bei der AG wegen der fehlenden persönlichen Haftung der Gesellschafter eher angenommen werden kann als bei einer Kommanditgesellschaft – oder weil durch den Verkauf eine faktische Zweckänderung erfolgt sei, so ist zu fragen, ob der Verkauf vom Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen ist.²⁹ Diese Frage ist relativ restriktiv zu beantworten und kann im vorliegenden Fall verneint werden, da der Verkauf von Unternehmensteilen nicht etwas darstellt, was mit der Führung eines Unternehmens im Bereich Elektronikkomponenten nicht im Entferntesten in Zusammenhang gebracht werden könnte. Folglich bestand Vertretungsmacht.³⁰

(b) Auf das Bestehen von Vertretungsmacht kann sich nur berufen, wer als Dritter in bezug auf die Vertretungsbefugnis gutgläubig war. Der Verkauf zentraler Geschäftsteile verändert die Gesellschaft in ihrem Wesen und gehört in die Kompetenz der GV und nicht des VR³¹ - womit der VR-Beschluss zugleich als nichtig betrachtet werden kann (vgl. OR 706b Ziff. 3)³². Dass der Hauptkonkurrent nicht darüber im Bild gewesen sei, was zum Tätigkeitsgebiet der Bürgi-Conrad AG zählte, erscheint als höchst unwahrscheinlich. Gutgläubigkeit bezüglich der Befugnis von Bürgi und Conrad, ihr Unternehmen auszuhöhlen, kann somit verneint werden. Folglich ist kein Vertrag zustande gekommen.³³

Wenn kein Kaufvertrag bestand, fragt es sich, wie der bereits vollzogene Verkauf rückgängig gemacht werden kann. Die Verantwortlichkeitsklage (OR 754 I) als Druckmittel, um den VR zur Durchsetzung der Vindikation zu bewegen, kommt nicht in Frage, da es an einem Schaden fehlt. Die Gegenleistung für die buergiconrad.com erfolgte gemäss Sachverhalt aufgrund einer professionellen Bewertung. Eine solche nimmt für gewöhnlich die Ertragskraft zur Grundlage und berücksichtigt somit auch die künftige Gewinnentwicklung. Dafür, dass ein darüber hinausgehender entgangener

²⁹ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 21 N 5 m. Hinw.

³⁰ Ein gegenteiliges Ergebnis ist bei überzeugender Begründung vertretbar.

³¹ Vgl. BGE 100 II 384 ff., unter Annahme einer faktischen Zweckänderung.

³² Eine Nichtigkeit des VR-Beschlusses wegen Verstosses gegen die aktienrechtliche Grundstruktur vermag das Fehlen der Vertretungsbefugnis höchstens zu unterstreichen. Falsch ist hingegen die Aussage: Weil der VR-Beschluss nichtig sei, sei der Vertrag nicht zustande gekommen. Doppelt falsch ist die Aussage: Weil der VR-Beschluss nichtig sei, sei der Vertrag nichtig.

³³ Ein gegenteiliges Ergebnis ist vertretbar.

Gewinn üblicherweise erzielbar gewesen wäre oder aufgrund der konkreten Umstände in Aussicht gestanden hätte³⁴, liefert der Sachverhalt keine Hinweise und muss auch angesichts des riskanten und schnellebigen e-commerce-Sektors bezweifelt werden.

Weigert sich der Verwaltungsrat zu vindizieren, so könnten K. und M. zusammen mit ihrer mehr als zehnpromzentigen Beteiligung die Auflösungsklage nach OR 736 Ziff. 4 anstrengen, die gerade auch dem Schutz einer Minderheit vor der Willkür einer Mehrheit dient.³⁵ Der Richter kann dann auf eine weniger weit gehende Lösung erkennen, z.B. auf den Befehl an Bürgi und Conrad, unter Androhung von StGB 292 zu vindizieren.

Da die Auflösungsklage ultima ratio ist, ist an Alternativen zu denken. ZGB 393 Z. 4 sieht eine Vertretung für Körperschaften vor, bei denen „nicht für die Verwaltung gesorgt“ ist. Dies ist jedoch nicht schon bei jedem Interessenkonflikt gegeben³⁶, sondern dann, wenn gar kein Entscheid mehr möglich ist. In Frage kommt dagegen eine analoge Anwendung von ZGB 392 Ziff. 2.³⁷ Die AG würde dann nur für das Einzelgeschäft der Vindikation durch einen Beistand vertreten. Ob das Anliegen einer Publikumsgesellschaft bei der Vormundschaftsbehörde am besten aufgehoben ist, steht allerdings auf einem andern Blatt.

³⁴ H. Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. A., Zürich 1998, N 348.

³⁵ Vgl. BGE 105 II 114 ff.; aktuell: BGE 126 III 266 ff.

³⁶ Vgl. BK-Schnyder/Murer zu ZGB 393 Ziff. 4 N 60, 71.

³⁷ Ebd. N 61.