

**Handels- und Wirtschaftsrecht I, Prüfung vom 23.6.2023,
Lösungsskizze**

Frage 1: Ist die Abberufung der Revisionsstelle aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zulässig?

24 Punkte

1. Anwendbares Recht

- a. Die C AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Aktien an einer Börse in der Schweiz kotiert sind. Es handelt sich vorliegend um einen reinen Inlands Sachverhalt, weshalb Schweizer Recht zur Anwendung kommt.
- b. Nach Art. 1 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020, werden die Bestimmungen des neuen Rechts mit seinem Inkrafttreten auf bestehende Gesellschaften anwendbar. Der vorliegende Sachverhalt findet nach dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts am 1. Januar 2023 statt, weshalb dieses Recht anzuwenden ist.

2. Wichtiger Grund für die Abberufung der Revisionsstelle

5 Punkte

- a. Die Amtsdauer der Revisionsstelle bestimmt sich nach Art. 730a OR. Nach Art. 730a Abs. 1 OR wird die Revisionsstelle für ein bis drei Geschäftsjahre gewählt und ihr Amt endet grundsätzlich mit der Abnahme der Jahresrechnung. Eine dreijährige Amtszeit ist auch bei börsenkotierten Aktiengesellschaften zulässig.
- b. Der Verwaltungsrat ist nicht befugt, die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle während des Geschäftsjahres einzustellen, was Art. 726 Abs. 2 OR vermuten lassen könnte. Dies liegt daran, dass der Verwaltungsrat kein Weisungsrecht gegenüber der Revisionsstelle hat (BSK OR II-*Reutter*, Art. 730a N 5; a.A. *von der Crone*, Aktienrecht, § 19 N 1685, welcher allerdings lediglich eine vorübergehende Einstellung erlauben will).
- c. Eine Abberufung der Revisionsstelle durch die Generalversammlung nach Art. 730a Abs. 4 OR ist – im Unterschied zur bisher geltenden Rechtslage – ist nach neuem Recht nur noch aus «wichtigen Gründen» möglich.
- d. Eine voraussetzungslose Abberufung ist nicht mehr statthaft. Man wollte verhindern, dass eine Mehrheit der Aktionäre eine unliebsame Revisionsstelle an einer ausserordentlichen Generalversammlung abberufen oder sie zumindest vor dieser Drohkulisse gefügiger machen kann (BBI 2017 399, 583). Die Neuerung dient mithin dem Schutz von Minderheitsaktionären und anderen Personen, die sich auf die Revisionsstelle verlassen (a.a.O.). Die Gründe für die Abberufung müssen im Anhang zur Jahresrechnung offengelegt werden (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 14 OR).

<p>e. Es ist mithin zu prüfen, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Vorliegend hat die Revisionsstelle gerügt, dass das Darlehen zwischen der C AG und der B GmbH nicht im Vergütungsbericht erwähnt. Ein wichtiger Grund käme nur dann in Betracht, wenn sich dies effektiv als falsch erweisen würde.</p>	
<p>3. Vergütungsbericht</p> <p>a. Aufgrund der Börsenkotierung der C AG kommen die Bestimmungen von Art. 732 ff. OR zur Anwendung (vgl. Art. 732 Abs. 1 OR).</p> <p>b. Nach Art. 734 Abs. 1 OR hat der Verwaltungsrat einer kotierten Gesellschaft jährlich einen schriftlichen Vergütungsbericht zu erstellen. Je nach Ausgestaltung des Vergütungssystems kann dies für das abgelaufene oder das laufende Geschäftsjahr sein (vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 10 N 53 f.). Beide Varianten werden als richtig gewertet.</p> <p>c. Nach Art. 734c Abs. 1 Ziff. 2 OR sind die Darlehen und Kredite, die Personen, die gegenwärtigen oder früheren Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats nahestehen, und die zu nicht marktüblichen Bedingungen gewährt werden oder noch ausstehen, im Vergütungsbericht gesondert anzugeben.</p> <p>d. Das Darlehen über CHF 20 Mio., welches der B GmbH zinslos und ohne Sicherheiten zugesagt wurde, ist im Vergütungsbericht der C AG nicht erwähnt worden.</p> <p>e. Es stellt sich somit die Frage, ob dies zu Recht so erfolgt ist, oder ob der Verwaltungsrat der C AG seine Berichtspflichten nach Art. 734 i.V.m. Art. 734c OR verletzt hat.</p> <p>f. Dies würde voraussetzen, dass (i) die B GmbH als nahestehende Person der C AG gilt und (ii) das der B GmbH zugesagte Darlehen keine zu marktüblichen Konditionen aufweist.</p>	<p>5 Punkte</p>
<p>4. Nahestehende Person</p> <p>a. Das Gesellschaftsrecht definiert den Begriff der nahestehenden Person nicht, setzt ihn aber an verschiedenen Stellen voraus.</p> <p>b. In der Lehre wird argumentiert, dass man unter einer nahestehenden Person eine Person verstehen sollte, die in einer engen Beziehung zu jemand anderem steht. Dabei kann diese Beziehung persönlicher, wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Abgestellt werden soll nach der Lehre auf die Möglichkeit einer Person, eine andere Person zu beherrschen oder einen massgeblichen Einfluss auf deren Finanz- und Geschäftspolitik auszuüben. Entscheidend bleibe die Betrachtung im Einzelfall.</p> <p>c. Beispiele sind etwa nahe Verwandte, Ehe- und Lebenspartner, Gross- und Mehrheitsaktionäre, aber auch Berater oder andere Vertrauenspersonen eine Verwaltungsrats-, Beirats- oder Geschäftsleitungsmitglieds sein. Weiter können Personen- oder Kapitalgesellschaften nahestehend sein, wenn die Organperson einen wesentlichen Einfluss auf sie</p>	<p>5 Punkte</p>

<p>hat, sei es durch Einsitz in der Unternehmensleitung, das Halten wesentlicher Beteiligungen oder auch aufgrund eines anderweitigen (faktischen) Einflusses.</p> <p>d. Als Indiz für ein Nahestehen kann nach der Lehre ferner die fehlende Marktüblichkeit des Darlehens bzw. Kredits gesehen werden; der Umstand, dass ein Unternehmen für eine Leistung eine überproportionale Gegenleistung erbringt, lasse sich oft nur durch die spezifische Nähe zum Begünstigten erklären. Diese Begründung ist allerdings leicht zirkulär.</p> <p>e. Vorliegend ist A sowohl Verwaltungsratsmitglied der C AG als auch in der Unternehmensleitung (als CEO) der B GmbH und beherrscht diese. Die B GmbH gilt deshalb als nahestehende Person.</p>	
<p>5. Marktüblichkeit</p> <p>a. Im Vergütungsbericht sind nicht alle Darlehen an nahestehende Personen zu erwähnen, sondern nur jene, welche zu nicht marktüblichen Konditionen gewährt wurden und noch ausstehen.</p> <p>b. Das Darlehen, welches die C AG der B GmbH gewährt hat, ist ausstehend.</p> <p>c. Das Kriterium der Marktüblichkeit wird nach h.L. nach dem Massstab des objektiven Drittvergleichs beurteilt. Danach ist eine Leistung nur dann marktkonform, wenn sie auch von einem unabhängigen Marktteilnehmer zu gleichen Konditionen erbracht worden wäre. Man spricht auch von einem <i>dealing at arm's length</i>.</p> <p>d. Vorliegend handelt es sich um einen klaren Fall, denn nichtverzinsliche Darlehen in Millionenhöhe ohne Sicherheiten zu vergeben ist absolut unüblich und lässt sich ohne das Nahestehen auch nicht erklären.</p> <p>e. Die Marktüblichkeit ist somit zu verneinen.</p>	5 Punkte
<p>6. Ergebnis</p> <p>a. Das Darlehen hätte im Vergütungsbericht Erwähnung finden müssen, weil es zu nicht marktüblichen Bedingungen an eine nahestehende Person vergeben worden ist.</p> <p>b. Deshalb hat die Revisionsstelle die C AG bzw. deren Verwaltungsrat zu Recht gerügt und mit ihrem Hinweis keinen wichtigen Grund für eine Abberufung gesetzt.</p> <p>c. Es sind keine weiteren wichtigen Gründe für eine Abberufung der Revisionsstelle nach Art. 730a Abs. 4 OR zu erkennen.</p> <p>d. Eine Abberufung der Revisionsstelle ist mithin aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nicht zulässig.</p>	4 Punkte

Frage 2: Positive Beschlussfeststellungsklage	30 Punkte
1. Anfechtungsklage/Nichtigkeitsklage Z möchte vorliegend den Beschluss der GV, mit welchem X als Verwaltungsrat bestätigt wird, anfechten und erreichen, dass «Y doch noch als Verwaltungsratsmitglied gewählt wird». Zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen kommen die Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR und die Nichtigkeitsklage nach Art. 706b OR in Frage.	1 Punkt
2. Aktivlegitimation a. Jeder Aktionär kann (unabhängig von der Anzahl Aktien, vom Stimmrecht und der Teilnahme an der GV) die Anfechtungsklage geltend machen und die Nichtigkeitsklage steht jedermann offen. b. Z ist ein Aktionär und somit aktivlegitimiert. c. Rechtsschutzinteresse gegeben	1 Punkt
3. Passivlegitimation a. Passivlegitimiert ist die Gesellschaft. b. Die Klage müsste sich somit vorliegend gegen die W AG richten.	1 Punkt
4. Anfechtungsobjekt a. Anfechtungsobjekt ist der GV-Beschluss. Entscheidend ist dabei die <i>Verkündung</i> des Ergebnisses der Willensbildung der GV durch deren Vorsitzenden. b. Vorliegend ist mithin der Beschluss, mit welchem das Abstimmungsergebnis (7'341 Stimmen zu 7'330 Stimmen) verkündet worden ist, das Anfechtungsobjekt.	2 Punkte
5. Frist a. Die Anfechtungsfrist bei der Anfechtungsklage beträgt zwei Monate (Art. 706a OR). Da Z am Tag nach der Generalversammlung in der Kanzlei erscheint, ist die Frist noch gewahrt. b. Die Nichtigkeitsklage kann «jederzeit» geltend gemacht werden, weshalb die Frist vorliegend kein Problem darstellt.	2 Punkte

<p>6. Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsgrund</p> <p>a. Mit der Anfechtungsklage anfechtbar sind gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse. Gemeint sind alle Normen der Rechtsordnung, sofern eine konkrete Verletzung vorliegt. Geprüft wird die Rechtmässigkeit, nicht die Zweckmässigkeit eines GV-Beschlusses. Die Mängel können den Inhalt des Beschlusses (materielle Mängel) oder das Beschlussverfahren (formelle Mängel) betreffen. Im Fall von formellen Mängeln muss die Rechtsverletzung für die Beschlussfassung kausal gewesen sein.</p> <p>b. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist Nichtigkeit nur bei schweren Verstössen gegen die Grundsätze des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts anzunehmen (BGE 115 II 468 E. 3.b). Die Anfechtbarkeit von rechtswidrigen Beschlüssen stellt somit die Regel, die Nichtigkeit dagegen die Ausnahme dar (Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge). Nichtigkeit ist nur anzunehmen, wo die Anfechtbarkeit aus spezifischen Gründen keine genügende Sanktion darstellen würde. Formell mangelhafte Beschlüsse lassen sich unterteilen in a) Scheinbeschlüsse, b) Nichtbeschlüsse und c) formell fehlerhafte Beschlüsse.</p> <p>c. Vorliegend wurde Art. 703 Abs. 1 OR verletzt, welcher den Beschluss der GV mit der Mehrheit der vertretenen Aktionärsstimmen vorsieht. Ebenso könnte eine Verletzung von Art. 692 OR (Stimmrecht) oder von Art. 702 OR geltend gemacht werden. Der Fehler bei der Zählung ist kausal für die Gesetzesverletzung, weshalb ein genügender Grund für eine Anfechtungsklage vorliegt. Ob der Fehler auch eine qualifizierte Rechtsverletzung für die Geltendmachung der Nichtigkeit darstellt, kann somit offenbleiben.</p> <p>d. Diskussion einer Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Materie gemäss Art. 700 Abs. 3 OR. (Jede vertretbare Lösung wurde akzeptiert).</p>	<p>6 Punkte</p>
<p>7. Zwischenfazit</p> <p>Vorliegend sind jedenfalls die Voraussetzungen für eine Anfechtungsklage gegeben. Es stellt sich aber die Frage, ob dies auch zweckmässig ist. Z möchte nämlich nicht nur erreichen, dass der Beschluss aufgehoben wird, sondern, dass Y als VR gewählt wird.</p>	
<p>8. Wirkung einer erfolgreichen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage</p> <p>a. Beide Klagen sind Gestaltungsklagen, welche den Beschluss der GV aufheben (vgl. Art. 706 Abs. 5 OR), nicht aber abändern.</p>	<p>1 Punkt</p>

<p>b. Die Zivilprozessordnung regelt die Gestaltungsklage ("<i>l'action formatrice</i>"; "<i>l'azione costitutiva</i>") in Art. 87 ZPO. Mit ihr verlangt die klagende Partei die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses. Welche Rechte oder Rechtsverhältnisse Gegenstand einer Gestaltungsklage sein können, ist indes keine Frage des Prozessrechts, sondern des materiellen Rechts.</p>	
<p>9. Folge für den vorliegenden Sachverhalt</p> <p>a. Hinsichtlich der gescheiterten Abwahl von X bzw. der Nichtwahl von Y erweisen sich Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage diese beiden Instrumente, die einzig die Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses ermöglichen, als untauglich. Die bloße Aufhebung des Beschlusses, mit welchem X gewählt wurde, führt für Z nicht zum Ziel, weil das rechtmässige Ergebnis dadurch nicht hergestellt werden kann. Es liegt mithin eine Rechtsschutzlücke vor, welche gefüllt werden muss.</p> <p>b. Vorliegend möchte Z erreichen, dass Y gewählt wird, was bei richtiger Zählung auch der Fall gewesen wäre. Während X mit 7'341 Stimmen gewählt wird, kommt Y nur auf 7'330 Stimmen. Wären die 20 für Y eingeworfenen Stimmen mitgezählt worden, hätten umgekehrte Abstimmungsergebnisse resultiert: Y wäre mit 7'350 Stimmen als Verwaltungsratsmitglied gewählt worden und nicht X.</p> <p>c. Um diesem Problem zu begegnen, wurde in der Lehre die sog. positive Beschlussfeststellungsklage entwickelt. Mit dieser wird über die kassatorische Wirkung der Ungültigkeitserklärung hinaus verlangt, den rechtmässigen Beschlussinhalt klarzustellen, das heisst im Regelfall auf gerichtliche Feststellung der Annahme anstelle der protokollierten Ablehnung eines Antrags an der GV zu erkennen.</p> <p>Ziel dieser positiven Beschlussfeststellungsklage ist es, einen rechtmässigen Beschluss an die Stelle des rechtswidrig zustande gekommenen zu setzen. Demzufolge ist sie ihrem Wesen nach nicht Feststellungs-, sondern Gestaltungsklage, gerichtet auf die Herstellung des rechtmässigen Beschlussergebnisses, auf die Änderung des Beschlussinhalts und damit auf eine gerichtliche Neuordnung der gesellschaftlichen Rechtslage.</p>	<p>5 Punkte</p>
<p>10. Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage</p> <p>a. Für die Zulässigkeit einer solchen positiven Beschlussfeststellungsklage spricht, dass jeder Aktionär, auch wenn er nur eine Aktie besitzt, zum mindesten eine Stimme hat (Art. 692 Abs. 2 Satz 1 OR). Generalversammlungsbeschlüsse, welche das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung oder dieses Mindeststimmrecht entziehen oder beschränken, sind nichtig (Art. 706b Ziff. 1 OR). Damit bringt das Gesetz die zentrale Bedeutung zum Ausdruck, welche dem unentziehbaren Stimmrecht des Aktionärs als Mitwirkungsrecht in Angelegenheiten der Aktiengesellschaft zukommt. Wäre das Gericht einzig befugt, ablehnende Generalversammlungsbeschlüsse (wie die Ablehnung der Wahl eines Verwaltungsratsmitglieds) aufzuheben, könnte über dieses</p>	<p>6 Punkte</p>

<p>Traktandum erst anlässlich einer folgenden Generalversammlung – möglicherweise erst erhebliche Zeit später und unter veränderten Umständen – abgestimmt werden. Der Zustand, der rechtmässig herausgekommen wäre, kann damit im Regelfall nicht mehr hergestellt werden. Dies kommt einer Vereitelung des Stimmrechts gleich.</p> <p>b. Dies kann in zerrütteten Verhältnissen – wie dem vorliegenden Fall – besonders stossend sein, wenn der Verwaltungsrat beziehungsweise der Vorsitzende der Generalversammlung (vgl. Art. 702 OR) anlässlich der folgenden Generalversammlung erneut nicht korrekt zählen lässt respektive wiederum unbefugte Personen zur Stimmrechtsausübung zulässt. Räumt das Gesetz den Aktionären aber ein Stimmrecht ein, muss dieses eines ernsthaften staatlichen Schutzes teilhaftig sein. Es ist denn auch nicht einzusehen, weshalb bei der Anfechtung eines positiven Beschlussergebnisses der rechtmässige Zustand mittels Kassation hergestellt werden kann, dem Aktionär im Falle eines ablehnenden Beschlusses ein vergleichbarer Rechtsschutz indes versagt sein soll. Die Anfechtung muss einen effektiven Rechtsschutz sicherstellen. Dieser ist allein mit der positiven Beschlussfeststellungsklage gewährleistet.</p> <p>c. Die Zulässigkeit einer positiven Beschlussfeststellungsklage setzt allerdings voraus, dass das Gericht ohne Weiteres in der Lage ist, den Zustand festzustellen, der bei rechtmässiger Auszählung der Stimmen herausgekommen wäre. Das Gericht tritt nicht an die Stelle der Generalversammlung oder der Aktionäre (und fällt schon gar nicht einen Ermessensentscheid), sondern merkt einen Fehler in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses aus. Dementsprechend muss das formell korrekte Ergebnis zweifelsfrei ermittelt werden können. Es hat festzustehen, dass wegen des Nichtzählens einiger Stimmen ein Beschlussantrag als abgelehnt verkündet wurde, der nach den tatsächlich gegebenen Stimmverhältnissen als angenommen hätte protokolliert werden müssen. So wird sichergestellt, dass die Willensbildungsautonomie der Generalversammlung sowie die Stimmrechtsträgerschaft der Aktionäre unangetastet bleibt, und nicht das Gericht inhaltlich über gesellschaftliche Belange befindet.</p>	
<p>11. Konsequenz für den vorliegenden Fall</p> <p>a. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass Z eine positive Beschlussfeststellungsklage erheben und dem Gericht beantragen kann, es seien die 20 Stimmen mitzuzählen, welche für Y eingeworfen worden sind und mit welchen der Antrag auf Abwahl von X abgelehnt worden ist.</p> <p>b. Diese ist zulässig, wenn zweifelsfrei feststeht, dass wegen des Nichtzählens einiger Stimmen ein Beschlussantrag als abgelehnt festgehalten wurde, der nach den tatsächlich gegebenen Stimmverhältnissen als angenommen hätte protokolliert werden müssen.</p> <p>c. Dies trifft vorliegend nach dem Sachverhalt zu.</p>	<p>4 Punkte</p>

<p>12. Ergebnis</p> <p>Y könnte im vorliegenden Fall Anfechtungsklage kombiniert mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage erheben, um den ablehnenden Entscheid der Generalversammlung in eine Annahme umzukehren und den Zählfehler zu korrigieren.</p>	<p>1 Punkt</p>

Frage 3: Darf die Kapitalerhöhung eingetragen werden?	18 Punkte
1. Voraussetzungen einer ordentlichen Kapitalerhöhung a. Die Generalversammlung beschliesst die ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 650 Abs. 1 OR). b. Nach Art. 650 Abs. 2 OR muss der Beschluss der Generalversammlung öffentlich beurkundet werden und unter anderem folgende Angaben enthalten: <ul style="list-style-type: none">- den Nennbetrag oder gegebenenfalls den maximalen Nennbetrag, um den das Aktienkapital erhöht werden soll;- die Anzahl oder gegebenenfalls die maximale Anzahl, Nennwert und Art der neu ausgegebenen Aktien sowie Vorrechte, die mit einzelnen Kategorien von Aktien verbunden sind;- den Ausgabebetrag oder die Ermächtigung des Verwaltungsrats, diesen festzusetzen, sowie den Zeitpunkt, ab dem die neuen Aktien zum Bezug von Dividenden berechtigen; [Falls die öffentliche Beurkundung verneint wird, muss im Wege des Hilfsgutachtens trotzdem weitergeprüft werden.] c. Nach Art. 650 Abs. 3 OR muss die ordentliche Kapitalerhöhung innerhalb von sechs Monaten nach dem Beschluss der Generalversammlung beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden; sonst fällt der Beschluss dahin. d. Vor der Handelsregisteranmeldung muss der VR die erforderlichen Beschlüsse treffen. Der VR-Beschluss über die Änderung der Statuten und die Feststellungen sind öffentlich zu beurkunden (Art. 652g Abs. 2 Satz 1 OR). e. Vorliegend hat der VR die notwendigen Beschlüsse getroffen, es stellt sich aber die Frage, ob er die erforderlichen Dokumente rechtzeitig eingereicht hat und falls nicht, wie sich dies auf die Gültigkeit der Beschlüsse ausgewirkt hat.	5 Punkte
2. Fristenwahrung a. Die Frist beginnt mit der Beschlussfassung durch die Generalversammlung zu laufen und endet gemäss der allgemeinen Regelung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR am Tag des sechsten Monats nach dem Beschluss mit der gleichen Tageszahl wie der Tag des Generalversammlungsbeschlusses. b. Der frühere Wortlaut verlangte eine «Eintragung» zur Fristenwahrung. Entgegen diesem Wortlaut musste die Kapitalerhöhung nach h.L. und einheitlicher Handelsregisterpraxis am letzten Tag der Frist nicht im Handelsregister eingetragen sein; es genügte, wenn die Anmeldung	9 Punkte

<p>innerhalb der Frist beim zuständigen Handelsregisteramt einging. Das Datum der Eintragung im Handelsregister, das von der Geschäftslast und den Kapazitäten des Amtes abhängt, war mithin bereits unter altem Recht nicht relevant.</p> <p>c. In Korrektur dieses Wortlauts ist für die Einhaltung der Frist neu die Anmeldung beim Handelsregisteramt massgebend (Art. 26 HRegV) und nicht das Datum der Eintragung im Register, auf das die Anmeldenden keinen Einfluss haben.</p> <p>d. <i>In casu</i> endete die Frist zur Handelsregisteranmeldung somit am 3. Juli 2023. Laut dem Sachverhalt wurde diese Frist grundsätzlich auch eingehalten.</p> <p>e. Es stellt sich aber die Frage, welche Auswirkungen der Umstand hat, dass der Beschluss zunächst nur als Kopie eingereicht wird und die öffentliche Urkunde erst am 5. Juli 2023.</p> <p>f. Art. 929 Abs. 2 OR führt mit dem Anmeldungs- sowie dem Belegprinzip zwei wichtige Grundsätze auf.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Für gewöhnlich beginnt das ordentliche Eintragungsverfahren mit einer von den anmeldenden Personen an das Handelsregisteramt gerichteten schriftlichen Erklärung (auf Papier oder in elektronischer Form), mit der die Erfassung von eintragungspflichtigen oder -berechtigten Tatsachen ins Handelsregister beantragt wird (Anmeldungsprinzip). - Sämtliche dem Handelsregister zur Eintragung angemeldeten Tatsachen müssen gemäss dem Belegprinzip nachgewiesen werden. Das bedeutet, dass nichts ins Handelsregister eingetragen werden darf, was nicht durch einen schriftlichen Beleg (auf Papier oder in elektronischer Form) nachgewiesen ist, wie beispielsweise durch öffentliche Urkunden, Prüfbestätigungen, Protokolle, Zirkularbeschlüsse, Erbbescheinigungen oder sonstige Erklärungen (Belegprinzip). <p>g. Nach Art. 20 Abs. 1 HRegV sind die Belege im Original oder in beglaubigter Kopie einzureichen. Vorliegend wurde aber zunächst nur eine unbeglaubigte Kopie eingereicht, welche diesen formellen Anforderungen nicht genügt.</p> <p>h. Die Ausnahme von Art. 23 Abs. 3 HRegV ist vorliegend nicht einschlägig.</p> <p>i. Die Anmeldung gilt dann als eingereicht, wenn sämtliche Belege beigelegt sind und den rechtlichen Anforderungen genügen (Art. 26 HRegV). Eine Kapitalerhöhung gilt danach nur als rechtzeitig angemeldet, wenn sie auch eintragungsfähig ist. Dies war vorliegend aber erst am 5. Juli 2023 der Fall, weshalb die Frist verpasst wurden ist und die Eingabe verspätet eingereicht worden ist.</p>	
<p>3. Folgen der verspäteten Eingabe</p>	<p>4 Punkte</p>

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">a. Es stellt sich nun die Frage, was die Rechtsfolge der verspäteten Anmeldung sind und inwiefern sie sich auf die Eintragungsfähigkeit der Kapitalerhöhung auswirkt.b. Die Sechsmonatsfrist nach Art. 650 Abs. 3 OR ist eine Verwirkungsfrist, verliert doch der Erhöhungsbeschluss der GV nach Ablauf dieser Frist ohne Weiteres seine Wirkung. Spätestens bis zum Ablauf der sechs Monate hat der VR seinen Pflichten nachzukommen, ansonsten fällt der Erhöhungsbeschluss <i>ex tunc</i> dahin.c. Eine Eintragung würde schon aus diesem Grund ausser Betracht fallen.d. Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses mangels zugrundeliegenden GV-Beschlusses. | |
|--|--|

Frage 4: Erstattung der «Boni»	24 Punkte
<p>I. Vorgehen über eine Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 1 OR</p> <p>Mitglieder des Verwaltungsrates sind nach Art. 678 Abs. 1 OR zur Rückerstattung von «von Dividenden, Tantiemen, anderen Gewinnanteilen, Vergütungen, Bauzinsen, gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven oder anderen Leistungen verpflichtet, wenn sie diese ungerechtfertigt bezogen haben». Umfasst sind somit neu auch «Vergütungen», die ungerechtfertigterweise bezogen worden sind.</p>	1 Punkt
<p>1. Aktivlegitimation</p> <p>a. Als Aktionärin der G AG ist Frau E aktivlegitimiert.</p> <p>b. Ihr Anspruch geht auf Leistung an die Gesellschaft (Art. 678 Abs. 4 OR).</p>	1 Punkt
<p>2. Passivlegitimation</p> <p>a. Passivlegitimiert sind u.a. auch die Verwaltungsratsmitglieder der Gesellschaft.</p> <p>b. B und C sind als Verwaltungsratsmitglieder passivlegitimiert.</p>	1 Punkt
<p>3. Gegenstand der Rückerstattungspflicht</p> <p>a. Neben den Gewinnentnahmen erwähnt das Gesetz in Art. 678 Abs. 1 OR auch «Vergütungen». Es ist zu prüfen, ob die «Boni» allenfalls darunter zu subsumieren sind.</p> <p>b. Es handelt sich bei den Boni nicht um Tantiemen i.S.v. Art. 677 OR. Die Ausrichtung von Tantiemen wäre nur zulässig, wenn sie (i) eine Grundlage in den Gesellschaftsstatuten haben, (ii) durch die GV-Beschlossen werden und (iii) nachdem die Zuweisung an die gesetzliche Reserve gemacht und eine Dividende von mindestens 5 Prozent an die Aktionäre ausgerichtet worden ist. Da vorliegend die Prämie unabhängig vom Jahresergebnis der AG gezahlt werden soll, handelt es sich nicht um eine Tantieme.</p> <p>c. B und C erhalten für ihre Arbeitsleistung, d.h. die erfolgreiche Suche eines Käufers für die Divinos AG, ein Entgelt. Dies ist als Vergütung zu qualifizieren.</p>	2 Punkte
<p>4. Ungerechtfertigt</p> <p>a. Ungerechtfertigt ist die Ausschüttung, wenn der Gewinnanteil in Verletzung von Gesetz oder Statuten ausgerichtet wurde. Der Sanktionierungsbereich von Art. 678 erfasst sowohl formelle als auch materielle Verletzungen der Ausschüttungsschranken.</p>	2 Punkte

<p>b. Die Vergütung der Verwaltungsratsmitglieder wird gemäss den Statuten durch die Generalversammlung festgelegt, was diese auch getan hat. B und C beziehen demgemäss für ihre Tätigkeit ein Honorar von CHF 10'000 pro Monat. Indem sie darüber hinaus und entgegen den statuarischen Bestimmungen beschliessen, sich eine zusätzliche Vergütung auszurichten, verstossen sie gegen die Statuten.</p> <p>c. Mithin ist die Ausschüttung ungerechtfertigt.</p>	
<p>5. Keine Verjährung</p> <p>a. Der Rückerstattungsanspruch verjährt gemäss Art. 678a Abs. 1 OR mit Ablauf von drei Jahren, nachdem die Gesellschaft oder der Aktionär davon Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber zehn Jahre nach Entstehung des Anspruchs.</p> <p>b. Seit der Auszahlung (Ende Januar 2023) sind noch keine drei Jahre vergangen, weshalb der Anspruch noch nicht verjährt ist.</p>	1 Punkt
<p>6. Verhältnis zur ungerechtfertigten Bereicherung</p> <p>a. Nach Art. 678 Abs. 3 findet Art. 64 OR Anwendung. Dadurch wird klar gestellt, dass es sich bei Art. 678 OR um eine Sondernorm zum Bereicherungsrecht handelt. Zurückzuerstatten ist demnach nur im Umfang der Bereicherung: Die Rückerstattung kann insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hierbei nicht in gutem Glauben war oder mit der Rückerstattung rechnen musste.</p> <p>b. Vorliegend ist zwischen B und C zu unterscheiden. B verwendet die CHF 54'000 für eine Luxusurlaubsreise. C investiert das Geld hingegen komplett in den Kauf einer IWC-Uhr.</p> <ul style="list-style-type: none"> - B ist zwar entreichert, weshalb eine Rückerstattung grundsätzlich ausscheiden würde. Allerdings musste er sich als Verwaltungsrat bewusst sein, dass die Statuten die Vergütung der VR-Mitglieder abschliessend regelten, weshalb er die zusätzliche Vergütung nicht in gutem Glauben erhalten hat. Aufgrund seiner Bösgläubigkeit kann B nicht einwenden, er sei entreichert (Art. 678 Abs. 3 i.V.m. Art. 64 OR). - C ist nicht entreichert, da die Uhr ein Anlageobjekt ist, dessen Wert erhalten bleibt., C ist daher ebenfalls nicht entreichert. 	4 Punkte
<p>7. Zwischenergebnis</p> <p>E kann gegen B und C die Rückerstattung der Boni aus Art. 678 Abs. 1 OR fordern. Ihre Klage geht auf Leistung an die Gesellschaft.</p>	

<p>II. Verantwortlichkeitsklage gegen B und C</p> <p>a. Das Verhältnis der Rückerstattungsklage zur Verantwortlichkeitsklage ist umstritten. Gemäss Rechtsprechung des BGer und herrschender Lehre handelt es sich um einen Fall von Anspruchskonkurrenz (BGE 140 III 533). Eine Mindermeinung geht mit Berufung auf die Schadensminderungspflicht bzw. das Bereicherungsverbot von der Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage aus.</p> <p>b. Folgt man der h.L. und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ist mithin zusätzlich die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage möglich und zu prüfen.</p>	2 Punkte
<p>1. Aktivlegitimation</p> <p>a. E ist als Aktionärin grundsätzlich aktivlegitimiert.</p> <p>b. Sofern das fehlbare Verhalten eines Exekutivorgans zu einer Verarmung der Gesellschaft führt, erleidet in erster Linie die <i>Gesellschaft einen (unmittelbaren) Schaden</i> und die Aktionäre/Gläubiger (infolge des Wertverlusts des Gesellschaftsvermögens) nur einen <i>mittelbaren Schaden</i> in ihrem Privatvermögen (z.B. Wertverlust der Aktien oder teilweiser Ausfall einer Gläubigerforderung infolge Gesellschaftskonkurs). Dieser mittelbare Schaden im Privatvermögen ist ein blosser <i>Reflexschaden</i>, der dem Geschädigten nach den Regeln des allg. Haftpflichtrechts keinen eigenständigen Ersatzanspruch verleiht. <i>Ausserhalb eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens</i> ist deshalb primär die Gesellschaft legitimiert, ihren eigenen Schaden einzuklagen; die Aktionäre sind nur zu einer Klage mit Leistung an die Gesellschaft berechtigt (Art. 756).</p> <p>c. Vorliegend ist die Gesellschaft nicht im Konkurs, weshalb die Aktionärin E nach Art. 756 OR zur Klage auf Leistung an die Gesellschaft berechtigt ist.</p>	1 Punkt
<p>2. Passivlegitimation</p> <p>Bei B und C handelt es sich um VR-Mitglieder, weshalb sie passivlegitimiert sind.</p>	1 Punkt
<p>3. Pflichtverletzung</p> <p>a. Pflichtwidrig ist die Verletzung von Bestimmungen, welche das Vermögen der Gesellschaft, der Aktionäre oder der Gläubiger schützen. Zur Begründung eines Anspruchs aus mittelbarer Schädigung genügt es, wenn eine durch Gesetz oder Statuten aufgestellte aktienrechtliche Organpflicht, möge sie nun die Gesellschaft, den Aktionär oder den Gläubiger schützen, verletzt ist. Die Frage der Pflichtverletzung richtet sich nach den Verhältnissen (d.h. dem Wissensstand, dem Recht und den Massstäben) im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung, d.h. es hat eine <i>ex ante</i> Betrachtung stattzufinden.</p>	1 Punkt

<p>b. Vorliegend haben sich B und C bewusst über die statutarischen Vergütungsbestimmungen hinweggesetzt. Darüber hinaus liegt u.U. eine Verletzung der Treupflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR vor. Eine Pflichtverletzung ist zu bejahen.</p>	
<p>4. Schaden</p> <p>a. Schaden ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem hypothetischen Stand, den sein Vermögen ohne die Pflichtverletzung hätte. Auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist grundsätzlich von dieser sog. Differenztheorie auszugehen.</p> <p>b. Gegenüber B und C ist eine Rückerstattungsklage möglich (s. oben). Wird dieser Anspruch erfüllt, entfällt der Schaden der Gesellschaft. Andernfalls besteht der Schaden in Umfang von 2x CHF 54'000.</p>	2 Punkte
<p>5. Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang</p> <p>a. Voraussetzung für eine Haftung ist, dass das widerrechtliche und schuldhafte Verhalten des Organs den Schaden verursacht hat. Erforderlich ist zunächst ist zunächst eine natürliche Kausalität, mit anderen Worten muss das pflichtwidrige Verhalten <i>conditio sine qua non</i> für den Schadenseintritt sein. Der Kausalzusammenhang muss i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung adäquat sein, d.h. eine Ursache muss «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet sein, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolges durch jenes Ereignis allgemein als begünstigt erscheint [...]».</p> <p>b. Bejaht man einen Schaden (s.o.), ist die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden zu bejahen, weil (i) der Vermögensabfluss ohne die statutenwidrige Handlung nicht eingetreten wäre und (ii) die statutenwidrige Entnahme von Kapital aus der Gesellschaft nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet ist, zu einem Vermögensabfluss von der Gesellschaft zu führen.</p>	1 Punkt
<p>6. Verschulden</p> <p>a. Die Mitglieder des VR und der GL sowie Liquidatoren haften für jedes Verschulden, d.h. auch für leichte Fahrlässigkeit. Dabei gilt nach heute allgemein anerkannter Auffassung ein objektiver Verschuldensmassstab. Es genügt also nicht, dass die Geschäftsführungsorgane die gleiche Sorgfalt angewendet haben, wie sie sie in ihren eigenen Angelegenheiten beachten. Ein Verschulden ist vielmehr immer dann gegeben, wenn der Beklagte nicht so gehandelt hat, wie es von einem objektivierten Organ in der konkreten Stellung verlangt werden darf; anders gewendet: Das Verhalten des VR-Mitglieds wird mit demjenigen verglichen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten,</p>	2 Punkte

<p>ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann.</p> <p>b. Vorliegend handelten B und C vorsätzlich (sie wussten um die statutarischen Bestimmungen und handelten dennoch), weshalb ein Verschulden gegeben ist.</p>	
<p>7. Verjährung</p> <p>a. Die Handlungen von B und C erfolgten Mitte Januar 2023, weshalb der Anspruch noch nicht nach Art. 760 Abs. 1 OR verjährt ist.</p>	1 Punkt
<p>8. Décharge</p> <p>a. Nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 7 OR können die Aktionäre anlässlich der Generalversammlung die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrats beschliessen. Art. 758 OR schränkt die Wirkung einer solchen Décharge ein.</p> <p>b. Vorliegend wurde keine Décharge erteilt, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.</p>	
<p>9. Zwischenergebnis</p> <p>a. Die Verantwortlichkeitsklage steht prinzipiell zur Verfügung und ihre Voraussetzungen sind bis auf den Schaden grds. gegeben.</p> <p>b. Ein Schaden entfällt, wenn B und C je CHF 54'000 gemäss Art. 678 OR erstatten. Andernfalls liegt in dieser Höhe ein Schaden vor und eine Verantwortlichkeitsklage ist begründet.</p> <p>c. E könnte somit auch die Verantwortlichkeitsklage geltend machen.</p>	
<p>10. Gesamtergebnis</p> <p>E kann sowohl im Wege einer Rückerstattungsklage als auch einer Verantwortlichkeitsklage die CHF 108'000 von B und C an die A AG zurückfordern. Bei einer Anspruchskonkurrenz kann der Betrag nur einmal geltend gemacht werden.</p>	1 Punkt

Frage 5: Hat H finanzmarktrechtliche Pflichten verletzt?	16 Punkte
1. Die Anwendbarkeit der Meldepflichten nach FinfraG a. Gemäss Art. 120 Abs. 1 FinfraG muss derjenige, welcher direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien oder Erwerbs- oder Veräusserungsrechte bezüglich Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz kotiert sind, oder einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz hauptkotiert sind, erwirbt oder veräussert und dadurch den Grenzwert von 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33 $\frac{1}{3}$, 50 oder 66 $\frac{2}{3}$ Prozent der Stimmrechte, ob ausübbar oder nicht, erreicht, unter- oder überschreitet, dies der Gesellschaft und den Börsen, an denen die Beteiligungspapiere kotiert sind, melden. b. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Meldepflicht ist an die Kotierung in der Schweiz gekoppelt. c. Die R AG hat ihren Sitz in Bern und ihre Aktien sind an der Berner Börse kotiert, weshalb die Bestimmungen von Art. 120 ff. FinfraG vorliegend einschlägig sind.	3 Punkte
2. Meldepflichtige Personen a. Art. 120 FinfraG gilt für natürliche und juristische Personen, die an einer meldepflichtigen Aktiengesellschaft beteiligt sind. b. Mit dem Wort «erwirbt» sind nicht nur Rechtsgeschäftliche Erwerbsvorgänge (z.B. Kauf oder Tausch) gemeint, sondern auch der Erwerb von Todes wegen, wie Art. 24 Abs. 2 FinfraV-FINMA zeigt. H erwirbt 12.5% des Aktienkapitals der R AG durch den Erbgang, weshalb Art. 120 FinfraG auf sie anwendbar ist.	2 Punkte
3. Zeitpunkt des Aktienerwerbs a. H hat die Aktien von ihrem Vater erworben, als dieser am 1. Februar 2023 überraschend verstorben ist. b. Im Erbrecht erfolgt der Erwerb <i>ipso iure</i> durch eine Universalsukzession (Art. 560 ZGB). Hinweise auf eine Ausschlagung liegen dem Sachverhalt keine vor. Im Gegenteil ist klar, dass H die Erbschaft antreten möchte. [Keine Punkte, da dies in der Sachverhaltsangabe steht]. Damit ist klar, dass der Erwerb der Aktien mit dem Tod des Vaters von H erfolgt ist.	2 Punkte
4. Überschreitung eines Schwellenwerts	2 Punkte

<p>a. H hat 12.5% der Stimmrechte der R AG geerbt. Mithin ist der Schwellenwert von 10% der Stimmanteile überschritten und der Vorgang ist meldepflichtig.</p> <p>b. Durch den Verkauf des Aktienpakets am 20. Februar 2023 hat sie den Schwellenwert unterschritten. Auch dieser Vorgang ist meldepflichtig.</p>	
<p>5. Zeitpunkt der Meldung</p> <p>a. Die Meldung muss gem. Art. 24 Abs. 1 FinfraV-FINMA innerhalb von vier Börsentagen nach dem Erwerb (zum Zeitpunkt oben) bei der Gesellschaft und der zuständigen Offenlegungsstelle erfolgen. Bei Erbschaften beträgt die Frist 20 Börsentage (Art. 24 Abs. 2 FinfraV-FINMA).</p> <p>b. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass H den Erwerb des Aktienpakets nie gemeldet hat. Sie hat lediglich die Veräußerung des Aktienpakets am gleichen Tag (und somit fristgerecht) gemeldet. Die Meldung beim Verkauf ersetzt nicht die vorgeschriebene Meldung beim Erwerb.</p>	5 Punkte
<p>6. Ergebnis</p> <p>Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auch der Aktienerwerb durch H durch den Erbgang ein meldepflichtiger Vorgang war. H musste diesen somit melden, auch wenn sie die Aktien bereits vor Fristablauf wieder veräußert hat. H hat dies versäumt und somit Art. 120 FinfraG und dessen Ausführungsbestimmungen verletzt.</p>	2 Punkte

Max. Punkte inhaltliche Lösung	112 Punkte
Max. Punkte für guten Aufbau und Sprache	8 Punkte
Max. Gesamtpunkte	120 Punkte

* * * * *