

Endlich in Pension – Fall zum Gesellschaftsrecht

Roman Schister / Vito Roberto*

Dieser Fall war Teil der Prüfung «Einführung ins Privatrecht», welche die Assessment-Studierenden Ende des Herbstsemesters 2013 abzulegen hatten. Die nachfolgende Musterlösung ist bewusst ausführlich gehalten und behandelt stellenweise (deutlich) mehr, als von den Studierenden erwartet wurde. Dementsprechend konnte die Maximalpunktzahl mit knapperen Ausführungen erreicht werden. Sinnvolle Erläuterungen wurden mit Zusatzpunkten bewertet.

A. Sachverhalt

Hubert Kradolfer arbeitet seit bald 30 Jahren als selbständiger Metzger. Seinen als Einzelunternehmen geführten Betrieb verstärkt seit einiger Zeit sein Sohn Angelo als einziger Mitarbeiter. Da sich Kradolfer sen. Gedanken über seine Pensionierung

macht, sucht er das Gespräch mit Angelo, um die Nachfolge zu regeln. Nach langen Diskussionen wird klar, dass sich Angelo noch nicht sicher ist, ob er den Metzgerbetrieb übernehmen will, oder doch noch eine andere Laufbahn einschlägt. Hubert möchte sein Einzelunternehmen daher derart umstrukturieren, dass er es später auf einfache Art und Weise entweder seinem Sohn oder einem Dritten überlassen kann. Aus diesem Grund entschliesst er sich, eine Aktiengesellschaft zu gründen, in welche er sein Einzelunternehmen einbringen möchte.

Die Bilanz des Einzelunternehmens per 31. Dezember 2013 zeigt Bankguthaben von CHF 15000, Forderungen aus Lieferung und Leistung von CHF 35000, ein Anlagevermögen von CHF 30000 sowie Fremdkapital von CHF 20000.

B. Frage 1

I. Aufgabenstellung

Welche Besonderheiten gilt es in Bezug auf die Gründung der Kradolfer Metzgerei AG zu beachten?

8 Punkte

II. Lösung

Das Umstrukturierungsrecht kennt keine Möglichkeit, ein Einzelunternehmen so umzuwandeln, dass es selbst

* Roman Schister, B.A. HSG/Vito Roberto, Prof. Dr./Lehrstuhl für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität St.Gallen.

TAKTISCHE HINWEISE

- Die Prüfung setzte sich aus einem vertragsrechtlichen und einem gesellschaftsrechtlichen Teil zusammen. Einigen Studierenden war es aus zeitlichen Gründen nicht möglich, alle Fragen zum Gesellschaftsrecht zu beantworten. Häufig war der Grund hierfür, dass bei den Aufgaben des ersten, vertragsrechtlichen Teils zu ausführliche Antworten gegeben wurden. Einmal mehr ist daher darauf hinzuweisen, dass es sich lohnt, sich Gedanken über das eigene Zeit-Management zu machen und dabei auf die Gewichtung der Punkte zu achten (180 Punkte für 180 Minuten Prüfungszeit). Sodann sollte man sich zunächst einen Überblick über alle Aufgaben verschaffen: Denn bei Prüfungen, die sich mehreren Rechtsgebieten widmen, finden sich in den verschiedenen Prüfungsteilen jeweils einfachere und schwierigere Fragen.
- Viele Studierende setzten sich bei Frage 1 nicht mit den besonderen Vorschriften der Sacheinlagegründung auseinander, sondern gingen bloss auf die allgemeinen Voraussetzungen zur Gründung einer Aktiengesellschaft ein. Abermals hätte sich der Blick nach hinten auf die weiteren Aufgaben gelohnt. So widmet sich etwa bereits Frage 2 der Höhe des Aktienkapitals und der Mindestliberierung. Der Blick zurück auf den Sachverhalt hätte schliesslich gezeigt, dass es darum geht, das Einzelunternehmen in eine Aktiengesellschaft einzubringen.
- Wie zur Bearbeitung jeder Rechtsprüfung, empfiehlt sich auch bei einer Erstsemesterprüfung eine fundierte Auseinandersetzung mit dem Gesetzestext. Manche der gestellten Aufgaben lassen sich teilweise bereits dadurch lösen, dass die relevanten Bestimmungen bekannt sind. Eine entsprechende Lektüre und Vorbereitung der Gesetzessammlung erleichtern die Prüfungssituation.

als Aktiengesellschaft weiterbesteht¹. So kann das Einzelunternehmen nach herrschender Lehre weder Ausgangs- noch Zielrechtsform bei der im Fusionsgesetz (FusG) vorgesehenen Umwandlung sein, da es sich bei ihm nicht um eine Gesellschaft im Sinne des FusG handelt². Vielmehr ist das Unternehmen als Vermögen auf die (neu gegründete) Aktiengesellschaft zu übertragen³. Dieser Vorgang stellt regelmässig eine Sacheinlage oder gegebenenfalls eine Sachübernahme dar und ist besonderen Gründungsvorschriften unterworfen⁴. Diese sollen sicherstellen, dass die eingebrachten Güter dem Wert der ausgegebenen Aktien entsprechen, das Aktienkapital durch das Vermögen gedeckt ist und damit das Haftungssubstrat der Gläubiger nicht schon im Augenblick der Gründung oder kurz danach gefährdet ist⁵.

Im Einzelnen sieht das Gesetz folgende Besonderheiten für die Gründung vor:

- Sacheinlagen müssen gestützt auf einen schriftlichen oder öffentlich beurkundeten Sacheinlagevertrag geleistet werden (Art. 634 Ziff. 1 OR).

- Die Gesellschaft muss nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin über die eingelegten Sachen verfügen können⁶ oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung im Grundbuch haben (Art. 634 Ziff. 2 OR).
- Die Gründer müssen einen Gründungsbericht verfassen, in dem sie Rechenschaft über Art und Zustand der Sacheinlagen sowie die Angemessenheit der Bewertung ablegen (Art. 635 Ziff. 1 OR). Bei einem Einzelunternehmen ist dabei insbesondere auf die einzelnen Bilanzposten sowie deren Bewertung einzugehen. Der Bericht muss bei der Gründung vorliegen (Art. 634 Ziff. 3 OR).
- Der Gründungsbericht ist von einem zugelassenen Revisor zu prüfen und dessen Vollständigkeit sowie Richtigkeit schriftlich zu bestätigen (Art. 635a OR). Die Prüfungsbestätigung muss ebenfalls bei der Gründung vorliegen (Art. 634 Ziff. 3 OR).
- Die Statuten müssen den Gegenstand und dessen Bewertung sowie den Namen des einlegenden Aktionärs und die ihm zukommenden Aktien enthalten (Art. 628 Abs. 1 OR). Die entsprechende Bestimmung in den Statuten kann von der Generalversammlung nach zehn Jahren aufgehoben werden (Art. 628 Abs. 4 OR).
- Der Gegenstand der Sacheinlage und die dafür ausgegebenen Aktien sind in das Handelsregister einzutragen (Art. 642 OR).

Die besonderen Gründungsvorschriften versuchen, den Vermögensschutz zu gewährleisten. Sie bedienen sich dabei insbesondere zweier Schutzinstrumente: Zum einen wird durch die Veröffentlichung der Statuten sowie weiterer Unterlagen für eine gewisse Publizität gesorgt. Zum anderen garantiert die Überprüfung der Unterlagen durch einen zugelassenen Revisor die Richtigkeit der gemachten Angaben⁷.

C. Frage 2

I. Aufgabenstellung

Kann Hubert mit den vorhandenen Mitteln eine Aktiengesellschaft gründen?

6 Punkte

¹ So nennt das Fusionsgesetz das Einzelunternehmen auch nicht in der Liste der zulässigen Umwandlungen in Art. 54 FusG. Ob es sich hierbei jedoch um eine abschliessende Aufzählung handelt, ist umstritten; dazu etwa GLANZMANN, LUKAS, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. Aufl., Bern 2014, N 1021 ff.

² Art. 2 lit. b FusG *e contrario*; GLANZMANN (Fn. 1), N 160; im Ergebnis gleich JÖRG, FLORIAN S., Die Einzelunternehmung, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 77 ff., 100.

³ Dabei kann freilich die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG angewandt werden, sofern das Einzelunternehmen als übertragender Rechtsträger ins Handelsregister eingetragen ist; GLANZMANN (Fn. 1), N 180.

⁴ JÖRG (Fn. 2), 100.

⁵ BÖCKLI, PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 N 372; MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 94; SCHENKER, FRANZ, in: Heinrich Honseil/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 634 OR N 1.

⁶ Hierbei kann die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG besonders attraktiv sein, weil Gründung und Übertragung mit der Eintragung in das Handelsregister rechtswirksam werden und somit die unmittelbare Verfügbarkeit gewährleistet ist; GLANZMANN (Fn. 1), N 197 m.w.H.

⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 95; SCHENKER (Fn. 5), Art. 634 OR N 2.

II. Lösung

Das Gesetz sieht vor, dass das Aktienkapital einer Aktiengesellschaft mindestens CHF 100 000 zu betragen hat (Art. 621 OR) und bei der Gründung eine Einlage von mindestens 20 Prozent des Nennwertes jeder Aktie geleistet werden muss (Art. 632 Abs. 1 OR). In jedem Fall müssen die geleisteten Einlagen aber CHF 50 000 betragen (Art. 632 Abs. 2 OR)⁸. Diese Voraussetzungen müssen unabhängig von der Art der Liberierung erfüllt sein. Es kommt also nicht darauf an, ob in bar oder wie hier mittels Sachwerten geleistet wird⁹.

Kradolfers Umwandlungsbilanz sieht wie folgt aus:

Aktiven		Passiven	
Bank	15 000	Fremdkapital	20 000
Forderungen L & L	35 000	Eigenkapital	60 000
Anlagevermögen	30 000		
	80 000		80 000

Die Nettoaktiven berechnen sich als Aktiven von CHF 80 000 abzüglich des Fremdkapitals von CHF 20 000 und betragen damit CHF 60 000. In diesem Umfang stehen also Vermögenswerte zur Verfügung, die zur Liberierung des Aktienkapitals verwendet werden können. Nach den oben gemachten Ausführungen genügt die berechnete Summe, um die Aktiengesellschaft zu gründen, da die Mindestliberierung von CHF 50 000 überschritten wird.

Die zum Mindestkapital bestehende Differenz von CHF 40 000 wird als Forderung der Gesellschaft gegen den Aktionär auf der Aktivseite in die Bilanz aufgenommen¹⁰. Das Aktienkapital auf der Passivseite wird dementsprechend mit den vollen CHF 100 000 Mindestkapital ausgewiesen.

D. Frage 3

I. Aufgabenstellung

Als Hubert am Stammtisch von einem Kollegen erfährt, dass er eine Revisionsstelle benennen muss, ist er empört. Er will nicht, dass fremde Leute in seinen Unterlagen stöbern, und erachtet die Kosten einer Revision als zu hoch.

Welche Formen der Revision kennen Sie? Kann Hubert eine Aktiengesellschaft gründen, ohne eine Revisionsstelle zu bezeichnen?

6 Punkte

II. Lösung

1. Revisionsformen

Das Gesetz kennt grundsätzlich zwei unterschiedliche Formen der Revision. Zum einen ist dies die ordentliche Revision (Art. 727, 727b sowie 728 ff. OR), die in erster Linie für Publikumsgesellschaften, Gesellschaften einer gewissen Grösse¹¹ und Konzerne (Art. 727 Abs. 1 OR) vorgesehen ist¹². Bei der ordentlichen Revision gehen die Vorschriften über die Unabhängigkeit sehr weit. Ebenso werden an die Person, welche die Revision durchführt, erhöhte Anforderungen gestellt, indem lediglich ein Revisionsexperte oder ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen im Sinne des Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG) die Prüfung vornehmen darf (Art. 727b OR)¹³. Zum anderen kennt das Gesetz die eingeschränkte Revision (Art. 727a, 727c, 729 ff. OR), die im Grundsatz bei allen anderen Gesell-

⁸ Anstelle vieler BÖCKLI (Fn. 5), § 4 N 425; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 102.

⁹ BAUDENBACHER, CARL, BSK (Fn. 5), Art. 621 OR N 3; WALDBURGER, MARTIN, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 632 OR N 2 m.w.H.

¹⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 102.

¹¹ Die Grösse beurteilt sich dabei nach Kriterien aus der Jahresrechnung und der Beschäftigungslage. Namentlich ist die ordentliche Revision vorzunehmen, wenn zwei der folgenden Kriterien in zwei aufeinander folgenden Jahren erfüllt sind: Bilanzsumme von CHF 20 Millionen; Umsatz von CHF 40 Millionen; 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR).

¹² BÖCKLI (Fn. 5), § 15 N 104 ff. Gemäss Art. 727 OR besteht bei Gesellschaften, die nicht gesetzlich zur Durchführung einer ordentlichen Revision verpflichtet sind, die Möglichkeit eines «Opting-ups»; Abs. 2 sieht vor, dass Aktionäre, die mindestens zehn Prozent der Aktien vertreten, eine ordentliche Revision verlangen können; Abs. 3 enthält die Möglichkeit, die ordentliche Revision in den Statuten vorzusehen oder diese für eine bestimmte Jahresrechnung durch die Generalversammlung zu beschliessen (BÖCKLI [Fn. 5], § 15 N 110 ff.).

¹³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 493.

schaften durchzuführen ist (Art. 727a Abs. 1 OR)¹⁴. Die Anforderungen an Unabhängigkeit und Fähigkeitsnachweise gehen weniger weit. So genügt hier die Prüfung durch einen zugelassenen Revisor nach dem RAG (Art. 727c OR)¹⁵.

Die Kradolfer Metzgerei AG ist weder eine Publikumsgesellschaft noch ein Konzern und gemäss Sachverhalt eine in jeder Beziehung kleine Unternehmung. Sie untersteht daher nicht den Bestimmungen über die ordentliche Revision nach Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR. Dementsprechend kann nach Art. 727a Abs. 1 OR eine Revisionsstelle gewählt werden, die eine eingeschränkte Revision durchführt.

2. Verzicht auf eine Revisionsstelle («Opting-out»)

Ist eine Gesellschaft – wie die Kradolfer Metzgerei AG – nicht zur ordentlichen Revision verpflichtet, sieht das Gesetz vor, dass unter gewissen Voraussetzungen gänzlich auf die Durchführung einer Revision verzichtet werden kann (sog. «Opting-out»). Damit soll vor allem kleineren Gesellschaften die Möglichkeit gegeben werden, eine Revision abhängig vom aktuellen Bedarf durchzuführen, was letztlich auch finanziell zu einer Entlastung führt¹⁶. Die Voraussetzungen für einen solchen Verzicht sind, dass einerseits alle Aktionäre einem solchen Vorgehen zustimmen und die Gesellschaft andererseits im Jahresdurchschnitt nicht mehr als zehn Vollzeitstellen hat (Art. 727a Abs. 2 OR).

Bei der Gründung ist Hubert der einzige Aktionär der Gesellschaft. Es ergibt sich unmittelbar aus dem Sachverhalt, dass er eine Revision eigentlich gar nicht will und dem Verzicht entsprechend zustimmen wird. Daher ist die erste Voraussetzung des Verzichts auf die Revision sicherlich gegeben. Ebenso ist dem Sachverhalt zu entnehmen, dass Angelo der einzige Mitarbeiter in der Metzgerei ist. Die zweite Voraussetzung ist damit ebenso erfüllt.

Gemäss Art. 727a Abs. 5 OR sind die Statuten entsprechend anzupassen und dem Handelsregister Meldung zu machen¹⁷. Mit der Anmeldung zur Eintragung des Verzichts ist eine Erklärung abzugeben, dass die Voraussetzungen der ordentlichen Revision nicht erfüllt sind, nicht mehr als zehn Vollzeitstellen bestehen und alle Aktionäre auf die eingeschränkte Revision verzichten (Art. 62 Abs. 1 HRegV)¹⁸. Diese Erklärung kann bereits bei der Gründung abgegeben werden (Art. 62 Abs. 3 HRegV).

Hubert kann seine Aktiengesellschaft also gründen, ohne eine Revisionsstelle zu bezeichnen.

E. Frage 4

I. Aufgabenstellung

Nach langem Überlegen hat sich Angelo entschieden, von seinem Vater die Mehrheit der Aktien der inzwischen gegründeten Kradolfer Metzgerei AG zu übernehmen. Da Hubert sich nicht sicher ist, wie sich sein Sohn in Zukunft verhalten wird, will er vorläufig 49 Prozent am Aktienkapital behalten und nimmt vor der Übertragung der Aktien an Angelo, im Rahmen einer ausserordentlichen Generalversammlung, folgende Bestimmungen in die Statuten auf:

- Art. 9 Jeder Aktionär ist verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu wahren und alles zu unterlassen, was der Gesellschaft Schaden zufügen könnte.
- Art. 14 Aktionäre, die zusammen 40 Prozent des Kapitals vertreten, können die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung beantragen.

Kommentieren Sie die einzelnen Statutenbestimmungen, insbesondere im Hinblick auf deren Gültigkeit!

je 4 Punkte

II. Lösung

1. Beurteilung von Art. 9

Mit der Bestimmung wird versucht, eine Treuepflicht für die Aktionäre einzuführen. Art. 680 Abs. 1 OR enthält jedoch die einzige, dem Gesell-

¹⁴ BÖCKLI (Fn. 5), § 15 N 128.

¹⁵ Zum Ganzen auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 493 ff.

¹⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 504; WATTER, ROLF/MAIZAR, KARIM, BSK (Fn. 5), Vor Art. 727/727a OR N 26.

¹⁷ Hinweise, worauf bei der Anpassung der Statuten zu achten ist, finden sich bei BÖCKLI (Fn. 5), § 15 N 526 ff.

¹⁸ Sog. «KMU-Erklärung»; siehe auch BÖCKLI (Fn. 5), § 15 N 674; WATTER/MAIZAR (Fn. 16), Art. 727a OR N 33.

schaftsrecht entspringende¹⁹ Aktionärspflicht, nämlich die Liberierung der gezeichneten Aktien. Eine weitergehende Verpflichtung ist statutarisch – so schon der Gesetzeswortlaut – nicht möglich²⁰. Damit ist auch gesagt, dass weder Gesetz noch Statuten eine Verpflichtung persönlicher Art, insbesondere eine Treuepflicht oder ein Konkurrenzverbot, vorsehen können²¹. Da die Statutenbestimmung gegen die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft verstösst, ist sie nichtig (Art. 706b Ziff. 3 OR)²².

Möglich ist es selbstverständlich, dass die Aktionäre untereinander einen Aktionärsbindungsvertrag schliessen und z.B. das Abstimmungsverhalten, die Vertretung im Verwaltungsrat, die Dividendenpolitik, Vorhand-, Vorkaufs-, Kauf- oder Mitverkaufsrechte vereinbaren. Bricht ein Aktionär die Vereinbarung, bleibt dies der Gesellschaft gegenüber jedoch unbeachtlich²³.

Ergänzt werden muss schliesslich, dass Kradolfer jun. nun die Mehrheit der Aktien hält. Da letztlich der Übergang des Betriebs auf den Sohn Ziel der Umstrukturierung ist, darf unterstellt werden, dass Kradolfer jun. sich selbst an der nächsten Generalversammlung in den Verwaltungsrat wählen oder aber zumindest die Geschäftsführung übernehmen wird. Diesfalls trifft ihn ohnehin die sehr weitgehende Sorgfalts- und Treuepflicht von Art. 717 Abs. 1 OR²⁴, weshalb die Befürchtungen von Kradolfer sen. als unbegründet erscheinen. Doch selbst dann, wenn der Sohn nicht formell in eine Organstellung tritt, wird ihn dieselbe Treuepflicht treffen, da er tatsächlichen Organen vorbehaltene Entscheide trifft oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmt, womit er nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum faktischen Organ wird²⁵.

2. Beurteilung von Art. 14

Art. 699 Abs. 3 OR sieht vor, dass Aktionäre, die alleine oder zusammen zehn Prozent des Aktienkapitals auf sich vereinigen, die Einberufung einer Generalversammlung verlangen können. Ferner müssen – entgegen dem Wortlaut – auch Aktionäre, die über mindestens eine Million Franken am Aktienkapital verfügen, die Einberufung verlangen können. Wäre dies nicht der Fall, würde dieses Minderheitsrecht bei sehr grossen Gesellschaften ausgehebelt²⁶. Die Bestimmung ist dahingehend zwingend, dass sta-

tutarisch lediglich Erleichterungen wie etwa ein niedrigerer Schwellenwert, die Einräumung eines Individualrechts oder aber die Erteilung des Einberufungsrechts an Inhaber von Partizipationsscheinen (stimmrechtslose Aktien) möglich sind²⁷.

Die Bestimmung in den Statuten der Kradolfer Metzgerei AG versucht, die Schwelle zur Einberufung und Traktandierung auf 40 Prozent anzuheben. Dadurch würde zum Nachteil der Minderheitsaktionäre von der gesetzlichen Bestimmung abgewichen. Da diese jedoch bloss Erleichterungen zugunsten der Aktionäre erlaubt, verstösst die Statutenbestimmung gegen zwingendes Recht und ist damit nichtig²⁸.

F. Frage 5

I. Aufgabenstellung

Mit 67 Jahren beginnt sich bei Hubert Kradolfer das Alter langsam bemerkbar zu machen. Er entscheidet sich, seine Aktien zu verkaufen, und ist froh,

¹⁹ Weitere Pflichten werden dem Aktionär freilich durch Gesetz auferlegt, so etwa die börsenrechtliche Meldepflicht in Art. 20 BEHG, die Angebotspflicht in Art. 32 BEHG oder die Stimm- und Offenlegungspflicht in Art. 22 f. VegüV; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 158 ff.

²⁰ BÖCKLI (Fn. 5), § 1 N 19.

²¹ BGE 91 II 298, E. 6a; BGE 105 II 114, E. 7b; KURER, PETER/KURER, CHRISTIAN, BSK (Fn. 5), Art. 680 N 7.

²² BÖCKLI (Fn. 5), § 16 N 168.

²³ Zu den Aktionärsbindungsverträgen BÖCKLI (Fn. 5), § 12 N 572 ff.

²⁴ Zu deren Teilgehalten ausführlich BÖCKLI (Fn. 5), § 13 N 596 ff.; WATTER, ROLF/ROTH PELLANDA, KATJA, BSK (Fn. 5), Art. 717 OR N 3 ff.

²⁵ BGE 128 III 29, E. 3; BÖCKLI (Fn. 5), § 13 N 659 und § 18 N 109 ff.; PLÜSS, ADRIAN/FACINCANI-KUNZ, DOMINIQUE/KÜNZLI, ASTRID, CHK (Fn. 9) Art. 717 OR N 1.

²⁶ Umgekehrt muss es dafür auch Aktionären mit zehn Prozent des Aktienkapitals möglich sein, Geschäfte zu traktandieren. Würde man hier dem Wortlaut nach auslegen, könnte bei den meisten Aktiengesellschaften eine Minderheit die Generalversammlung einberufen, ohne jedoch ein Geschäft einzubringen. Siehe zum Ganzen BÖCKLI (Fn. 5), § 12 N 60 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 361 f.; DUBS, DIETER/TRUFFER, ROLAND, BSK (Fn. 5), Art. 699 OR N 12; TANNER, BRIGITTE, CHK (Fn. 9) Art. 699 OR N 21 f.

²⁷ DUBS/TRUFFER (Fn. 26), Art. 699 OR N 12; TANNER (Fn. 26), Art. 699 OR N 23.

²⁸ DUBS/TRUFFER (Fn. 26), Art. 699 OR N 12.

dass sich sein Sohn schliesslich doch noch dazu entschieden hat, den Familienbetrieb fortzuführen. Diesem fällt es jedoch schwer, die Kunden zu halten, und die Geschäfte gehen immer schlechter. Nach kurzer Zeit verfügt die Kradolfer Metzgerei AG nur noch über Anlagevermögen von CHF 40 000 sowie Forderungen aus Lieferung und Leistung von CHF 10 000. Demgegenüber stehen Fremdkapital von CHF 48 000, das Aktienkapital von CHF 100 000, gesetzliche Reserven von CHF 22 000 sowie ein Verlustvortrag von CHF 120 000.

Liegt eine Situation vor, in welcher der Verwaltungsrat handeln muss? Erläutern Sie die Gründe!

12 Punkte

II. Lösung

Die Bilanz der Kradolfer Metzgerei AG sieht nun wie folgt aus:

Aktiven	Passiven
Umlauf- und Anlagevermögen 50 000	Fremdkapital 48 000
Verlustvortrag ²⁹ 120 000	Aktienkapital 100 000
	Gesetzliche Reserven 22 000

Es stellt sich vorliegend die Frage, ob ein Kapitalverlust nach Art. 725 Abs. 1 OR oder gar eine Über-

schuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR gegeben ist. Bei der Beurteilung der Sachlage ist zwischen diesen beiden Tatbeständen zu unterscheiden.

1. Kapitalverlust

Ein Kapitalverlust liegt vor, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven durch das Nettovermögen nicht mehr gedeckt ist. Ist dies der Fall, hat der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen (Art. 725 Abs. 1 OR)³⁰. Für die Feststellung, ob ein Kapitalverlust gegeben ist, muss primär auf die letzte Jahresrechnung zu Fortführungswerten zurückgegriffen werden. Ergeben sich unter dem Jahr Anzeichen, dass ein Kapitalverlust eintreten könnte, ist eine Zwischenbilanz zu erstellen³¹.

Vorliegend betragen das Aktienkapital CHF 100 000 und die gesetzlichen Reserven CHF 22 000;

insgesamt also CHF 122 000. Die Hälfte davon sind CHF 61 000. Die Aktiven betragen CHF 50 000 (CHF 10 000 aus Forderungen aus Lieferung und Leistung sowie CHF 40 000 aus dem Anlagevermögen). Davon in Abzug zu bringen sind CHF 48 000 Fremdkapital, sodass Nettovermögenswerte von CHF 2 000 verbleiben. Diese decken die eben berechneten CHF 61 000 nicht.

Damit liegt ein Kapitalverlust i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR vor. Der Verwaltungsrat hat unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen. Dabei wird er regelmässig eine ausserordentliche Generalversammlung durchführen müssen; nur in Ausnahmefällen darf die nächste ordentliche Generalversammlung abgewartet werden, nämlich dann, wenn diese zeitlich sehr nahe liegt³².

²⁹ Kumulierte Verluste wären nach dem Rechnungslegungsrecht als Minusposten im Eigenkapital zu erfassen (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. d OR). Hier wird jedoch darauf verzichtet, um die Bilanzposten analog der in Fn. 30 und 33 erwähnten Grafiken darzustellen.

³⁰ BÖCKLI (Fn. 5), § 13 N 744 mit einer grafischen Darstellung in § 13 N 740; WÜSTINER, HANSPETER, BSK (Fn. 5), Art. 725 OR N 18; PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI (Fn. 25), Art. 725 OR N 3.

³¹ BÖCKLI (Fn. 5), § 13 N 717 ff.; WÜSTINER (Fn. 30), Art. 725 OR N 21 f.; PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI (Fn. 25), Art. 725 OR N 4.

³² BÖCKLI (Fn. 5), § 13 N 719a; WÜSTINER (Fn. 30), Art. 725 OR N 24.

2. Überschuldung

Ebenfalls zu prüfen ist, ob eine Überschuldung vorliegt. Dies ist zu bejahen, wenn das Eigenkapital überhaupt nicht mehr und das Fremdkapital nicht mehr zu 100 Prozent durch die Aktiven gedeckt sind³³. Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung³⁴, hat der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen. Zeigt diese zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten³⁵ eine Überschuldung, ist die Bilanz zu deponieren, sofern nicht Gläubiger im Ausmass der Überschuldung den Rangrücktritt³⁶ erklären (Art. 725 Abs. 2 OR)³⁷. Damit hat der Verwaltungsrat, respektive bei Versäumnis die Revisionsstelle, eine unmittelbare Pflicht zu handeln³⁸; es handelt sich dabei um eine der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats im Sinne von Art. 716a OR (Abs. 1 Ziff. 7).

Bei der Kradolfer Metzgerei AG betragen die Aktiven im letzten Jahresabschluss CHF 50 000 und das Fremdkapital CHF 48 000. Damit liegt zu Buchwerten keine Überschuldung vor. Nachdem das Gesetz kumulativ sowohl bei der Bilanz zu Fortführungswerten als auch bei jener zu Veräusserungswerten eine Überschuldung fordert, müsste der Verwaltungsrat den Richter bei einer statischen Betrachtung nicht benachrichtigen.

Sollten die liquiden Mittel den Weiterbestand mittelfristig nicht ermöglichen, dürfen in der Bilanz nicht die Fortführungswerte berücksichtigt werden. Zu Veräusserungswerten wird mit Sicherheit eine Überschuldung vorliegen, da schon die Anlagewerte deutlich tiefer bewertet werden müssten³⁹. In diesem Fall besteht folglich bereits eine Überschuldung und der Verwaltungsrat müsste nach Art. 725 Abs. 2 OR den Richter benachrichtigen.

³³ In diesem Fall spricht man von einem «echten» Kapitalverlust. Wäre man durch die Auflösung stiller Reserven noch in der Lage, das Fremdkapital mit Aktiven zu decken, läge bloss ein «unechter» Kapitalverlust vor. Vgl. BÖCKLI (Fn. 5), § 13 N 746 mit einer grafischen Darstellung in § 13 N 741; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 83; WÜSTINER (Fn. 30), Art. 725 OR N 29 f.; PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI (Fn. 25), Art. 725 OR N 12.

³⁴ Hierzu auch BÖCKLI (Fn. 5), § 13 N 767 ff.; WÜSTINER (Fn. 30), Art. 725 OR N 33 ff.; PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI (Fn. 25), Art. 725 OR N 13 ff.

³⁵ Die hier eingesetzten Liquidationswerte, die bei der Zerschlagung der Gesellschaft noch erreicht werden können, sind regelmässig kleiner als die Fortführungswerte. Dadurch kann es zu einer augenblicklichen Reduktion der Aktivposten kommen (BÖCKLI [Fn. 5], § 13 N 747). Eine Erhöhung der Werte tritt relativ selten ein. Vorstellbar wäre eine solche etwa bei einer Immobiliengesellschaft, da bei Liegenschaften der Buchwert nicht selten kleiner als der Liquidationswert ist.

³⁶ Mit dem Rangrücktritt ist es dementsprechend möglich, eine Verbindlichkeit von der Zählung als Schuld auszuschliessen; der Gläubiger verzichtet jedoch nicht auf seine Forderung. Vielmehr erklärt er lediglich, im Falle von Konkurs oder Liquidation erst nach den anderen Gesellschaftsgläubigern befriedigt werden zu wollen. Siehe zum Rangrücktritt MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 86 ff. sowie ausführlich BÖCKLI (Fn. 5), § 13 N 792 ff.

³⁷ Zeitlich räumen die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die h.L. dem Verwaltungsrat eine Toleranzfrist von vier bis sechs Wochen ein, in der die Benachrichtigung unterbleiben darf und weitere Sanierungsmassnahmen ergriffen werden können, sofern diese Aussicht auf Erfolg innert nützlicher Zeit versprechen. Vgl. hierzu BGE 116 II 533, E. 5a; BGE 132 III 564, E. 5.1; BÖCKLI (Fn. 5), § 13 N 816 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 5), § 16 N 85; WÜSTINER (Fn. 30), Art. 725 OR N 40a; PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI (Fn. 25), Art. 725 OR N 19 mit einer Frist von 60 Tagen und Hinweis auf BGer 4C.117/1999.

³⁸ BÖCKLI (Fn. 5), § 13 N 747a.

³⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen in Fn. 35.