

Lösungsvorschlag für die schriftliche Prüfung im Modul Handels- und Wirtschaftsrecht (BA) vom 29.06.2018 (FS 18)

Aufgabe 1 (Gewichtung: 60%)

Hinweise zur Korrektur und Berechnung Ihrer Note im gesellschaftsrechtlichen Teil

Diese Musterlösung diente als Korrekturschema für rund 400 Prüfungen und ist deshalb sehr ausführlich gehalten, um eine möglichst einheitliche Korrektur sämtlicher Prüfungen gewährleisten zu können. Basierend auf den eingereichten Lösungen der Prüfungskandidat(inn)en wurden sämtliche in Frage kommenden Lösungsvarianten zugelassen und entsprechend bewertet. Die aus der Lösungsskizze ersichtliche Punktzahl umfasst alle Lösungsvarianten. Es konnten **maximal 251 Punkte** erreicht werden, da selbstverständlich nicht erwartet wurde, dass die Kandidat(inn)en eine derart ausführliche Lösung mit mehreren Lösungsvarianten präsentieren. Vielmehr wurde bei der Korrektur Wert darauf gelegt, dass die zentralen Probleme in den einzelnen Fällen erkannt und unter Anwendung der korrekten juristischen Methodik einer schlüssigen Lösung zugeführt wurden.

Es konnten 24 Zusatzpunkte erzielt werden. Bitte beachten Sie, dass diese Zusatzpunkte für die Gewichtung der einzelnen Prüfungsaufgaben nicht mitberechnet wurden.

	Aufgabe 1 (Teil Gesellschaftsrecht)	Punkte
	Frage 1 (ca. 15%)	
	A. Qualifikation des Rechtsverhältnisses	
	1. Allgemeines	0.5
	Bevor die verschiedenen Optionen aufgezeigt werden können, muss geprüft werden, wie das Rechtsverhältnis zwischen den drei Geschwister zu qualifizieren ist.	
	2. Vorliegen einer einfachen Gesellschaft	8
	<p>Eine einfache Gesellschaft charakterisiert sich nach Art. 530 Abs. 1 OR durch folgende Elemente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vertragliche/vertragsmässige Verbindung - von zwei oder mehreren (natürlichen oder juristischen) Personen - zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks (<i>animus societatis</i>) - mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. <p>Die Gründung ist formfrei möglich und kann durch ausdrückliche oder konkludente Willensäußerungen eingegangen werden. Es gelten die Regeln über das Zustandekommen von Verträgen gem. Art. 1 ff. OR analog.</p> <p>Die einfache Gesellschaft ist die Subsidiärform der Gesellschaftstypen, die nur vorliegt, wenn nicht die Voraussetzungen einer anderen im Gesetz geregelt</p>	

	Gesellschaftsform erfüllt sind (Art. 530 Abs. 2 OR).	
	<p>Anna, Klara und Christoph sind drei natürliche Personen (Personenmehrheit), die sich durch übereinstimmende (ausdrückliche/konkludente) Willensäußerungen verbunden haben (vertragsmässige Verbindung), um gemeinsam das Möbelgeschäft Lagom zu gründen bzw. zu führen (gemeinsamer Zweck). Es darf mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt angenommen werden, dass alle Geschwister Mittel aufwenden, sei dies finanziell oder durch Arbeitseinsatz (gemeinsame Mittel).</p> <p>Da die einfache Gesellschaft subsidiär ist, sind die anderen Gesellschaftstypen zu prüfen.</p>	
	3. Vorliegen einer Kollektivgesellschaft	12
	<p>Es stellt sich dabei somit die Frage, ob die Rechtsgemeinschaft zwischen Anna, Klara und Christoph als Kollektivgesellschaft gemäss Art. 552 ff. OR zu qualifizieren ist.</p> <p>Die Kollektivgesellschaft ist gemäss Art. 552 Abs. 1 OR eine Personengesellschaft, die sich</p> <ul style="list-style-type: none"> - aus zwei oder mehreren natürlichen Personen zusammensetzt, - die sich zum Zwecke vereinigen, unter einer gemeinsamen Firma (vgl. Art. 950 OR) - ein Handels-, Fabrikations-, oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben. <p>Nach Art. 2 lit. b HRegV ist ein Gewerbe eine</p> <ul style="list-style-type: none"> - selbständige (rechtlich und wirtschaftlich), - auf dauernden Erwerb gerichtete (Praxis: 3 Monate genügen; entscheidend ist, ob eine organisierte Tätigkeit vorliegt, die auf eine Wiederholung von gleichartigen, auf Erwerb gerichteten Geschäften abzielt)¹ - wirtschaftliche Tätigkeit (d.h. auf Erwerb gerichtet). <p>Für eine Kollektivgesellschaft, die ein kaufmännisches Gewerbe betreibt, ist der Handelsregistereintrag deklaratorisch (Art. 552 Abs. 2 OR), während er für die Kollektivgesellschaft, die ein nichtkaufmännisches Gewerbe betreibt, konstitutiv ist (Art. 553 OR).</p>	
	<p>Anna, Klara und Christoph sind drei natürliche Personen, die sich zum Zwecke der Gründung eines Möbelgeschäfts vereinigen (<i>siehe Frage 1, A.2.</i>). Die Geschwister betreiben ihr Geschäft unter der Firma Lagom. Das Unternehmen ist mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt wirtschaftlich und rechtlich selbständig, besteht seit 2014 und zielt auf den Verkauf von Möbeln ab, d.h. dadurch wird ein Umsatz generiert, weshalb ein Gewerbe vorliegt.</p>	

¹ BGE 104 Ib 261, E.2; CARL BAUDENBACHER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 Übest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016, N 30 zu Art. 552.

	Das Möbelgeschäft Lagom ist im Handelsregister eingetragen.	
	4. Weitere Abgrenzungen	4.5
	<p>Das Vorliegen einer Kommandit- oder Kommanditaktiengesellschaft fällt von vornherein ausser Betracht, da es im Sachverhalt keine Hinweise für die Vereinbarung einer Kommanditsumme (bzw. unterschiedliche Gesellschaftergruppen in Bezug auf die Haftung; vgl. Art. 594 Abs. 1 OR, Art. 764 Abs. 1 OR) gibt.</p> <p>In der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) haftet nur das Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten (Art. 772 Abs. 1 OR). Die Geschwister Anna, Klara und Christoph wollen aber aufgrund „erhöhten persönlichen Haftungsrisiken“ das Geschäft in Form einer AG weiterführen, weshalb keine GmbH vorliegt.</p> <p>Bei der Gründung einer Genossenschaft müssen mindestens sieben Mitglieder beteiligt sein (Art. 831 Abs. 1 OR). Die Geschwister gründen das Möbelgeschäft Lagom lediglich zu dritt, weshalb keine Genossenschaft vorliegt.</p>	
	5. Fazit	0.5
	Es liegt eine Kollektivgesellschaft nach Art. 552 ff. OR vor.	
	B. Möglichkeiten der Weiterführung des Möbelgeschäfts Lagom in Form einer Aktiengesellschaft	
	1. Allgemeine Voraussetzungen für die Gründung einer Aktiengesellschaft	9 + 0.5 ZP
	<p>Eine Aktiengesellschaft kann durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen gegründet werden (Art. 625 OR).</p> <p>Die Statuten müssen den absolut notwendigen Inhalt (abschliessend in Art. 626 OR geregelt) beinhalten, der bedingt notwendige Statuteninhalt bestimmt sich nach Art. 627 f. OR. Es sind die Organe zu bestellen (Art. 629 Abs. 1 OR).</p> <p>Das Aktienkapital muss mindestens CHF 100'000 betragen (Art. 621 OR) und gültig gezeichnet werden (Art. 630 OR). Der Nennwert jeder Aktie muss mindestens 1 Rappen betragen (Art. 622 Abs. 4 OR). Bei der Errichtung der Gesellschaft muss die Einlage für mindestens 20% des Nennwerts jeder Aktie geleistet sein; in allen Fällen müssen die geleisteten Einlagen mindestens CHF 50'000 betragen (Art. 632 Abs. 1 und 2 OR). Inhaberaktien müssen vollständig liberiert sein (Art. 683 OR).</p> <p>Der Handelsregistereintrag wirkt konstitutiv (Art. 643 Abs. 1 OR).</p>	
	<p>Vorliegend soll die Aktiengesellschaft durch die Geschwister Anna, Karla und Christoph – drei natürliche Personen – gegründet werden.</p> <p>Das Aktienkapital soll genau CHF 100'000 betragen, zerlegt in 900 Namen- und 100 Inhaberaktien mit einem Nennwert von CHF 100. Nur Anna hat ihre 250 Namenaktien nicht vollliberiert. Sie hält jedoch nur 25% der Aktien und hat bei einem Nennwert von CHF 100 pro Aktie jeweils CHF 50 (d.h. 50%) einbezahlt,</p>	

	sodass die Vorschriften über die Mindestliberierung erfüllt sind. Es kann angenommen werden, dass die drei Geschwister die Aktien gültig zeichnen, rechtsgültige Statuten erstellen und die Organe bestellen werden.	
	2. Sachübernahmegründung	3.5
	Statt durch Sacheinlageliberierung kann ein Vermögenswert durch Verbindung einer Bargründung mit dem Kauf des einzubringenden Vermögenswertes (sog. Sachübernahme) in eine AG eingebracht werden. In einem ersten Schritt hat der Eigentümer der einzubringenden Sache die Einlagepflicht in bar zu erfüllen, danach verkauft er der neu gegründeten Aktiengesellschaft den einzubringenden Vermögenswert. ² Beabsichtigt die Gesellschaft Sachübernahmen von Aktionären oder einer diesen nahestehenden Person, so müssen die Statuten den Gegenstand, den Namen des Veräusserers und die Gegenleistung der Gesellschaft angeben (Art. 628 Abs. 2 OR).	
	Vorliegend könnten die drei Geschwister Anna, Klara und Christoph bei der Gründung der Lagom AG ihre Einlagepflicht in bar erfüllen und anschliessend der neu gegründeten Lagom AG die Kollektivgesellschaft Lagom verkaufen. Damit können sie das Möbelgeschäft Lagom in Form einer Aktiengesellschaft, der Lagom AG, weiterführen.	
	3. Sacheinlagegründung	
	a) Allgemeines	5.5
	Die Sachleistung ist die Einbringung von anderen Wirtschaftsgütern als Geld (namentlich Sachwerten) zur Leistung der Einlage auf das Aktienkapital. ³ Einlagefähige Vermögenswerte sind insbesondere auch Unternehmen, d.h. die Gesamtheit von Aktiven und Passiven. ⁴ Leistet ein Aktionär eine Sacheinlage, so müssen die Statuten den Gegenstand und dessen Bewertung sowie den Namen des Einlegers und die ihm zukommenden Aktien (Aktienäquivalent) angeben (Art. 628 Abs. 1 OR). Die Sacheinlage ist gestützt auf einen schriftlichen oder öffentlich beurkundeten Sacheinlagevertrag zu leisten (Art. 634 Ziff. 1 OR). Weiter muss ein Gründungsbericht mit Prüfungsbestätigung vorliegen (Art. 634 Ziff. 3 OR, Art. 635 f. OR).	
	Vorliegend ist zu prüfen, ob die Gesamtheit der Aktiven und Passiven der Kollektivgesellschaft Lagom als Sacheinlage in die neu zu gründende Lagom AG eingebracht werden kann.	

² HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 2 N 155.

³ CONRADIN CRAMER, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 620-659b OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 3 zu Art. 628 OR; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 N 375.

⁴ VON DER CRONE (Fn. 2), § 2 N 132.

	b) Voraussetzungen der Sacheinlagefähigkeit	8 + 3.5 ZP
	<p>Bei der Sacheinlage besteht das Problem der Bewertung der Einlagen. Es besteht die Gefahr der bloss fiktiven Deckung des Aktienkapitals durch das Einbringen wertloser oder überbewerteter Sach- oder Vermögenswerte. Um das Problem der Bewertung der Einlagen einzudämmen, legt sieht das Gesetz Schutzmechanismen vor, welche die Gläubiger und Aktionäre vor Überbewertung zu schützen.</p>	
	<p>Gegenstand einer Sacheinlage können nur Vermögenswerte sein, die</p> <ul style="list-style-type: none"> - bilanzierungsfähig (aktivierungsfähig), - frei übertragbar, - frei verfügbar; - verwertbar sind. <p>Die Bilanzierungsfähigkeit eines Aktivums setzt voraus, dass dessen (Verkehrs-) Wert verlässlich geschätzt werden kann (Art. 959 Abs. 2 OR). Der Vermögenswert muss nach den einschlägigen Rechnungslegungsvorschriften als Aktivum in der Bilanz aufgeführt werden können.</p> <p>Weiter muss die Sacheinlage rechtsgültig und tatsächlich auf die Gesellschaft übertragen werden können, so dass diese nach der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister unmittelbar und bedingungslos darüber verfügen kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält (vgl. Art. 634 Ziff. 2 OR).⁵</p> <p>Schliesslich muss der fragliche Vermögenswert verwertbar sein, d.h. er muss von der Gesellschaft auf Dritte übertragen und in flüssige Mittel umgewandelt oder verpfändet werden können.</p>	
	<p>Sacheinlagen werden häufig in einem sachlichen Zusammenhang zum Zweck der übernehmenden Gesellschaft stehen. Das Gesetz schreibt einen solchen Zusammenhang allerdings nicht vor. Allerdings können sich diesbezüglich entsprechende Unterschiede in der Bewertung ergeben.</p> <p>Die frühere Handelsregisterpraxis forderte, dass der Gegenstand der Sacheinlage für die Gesellschaft im Hinblick auf den Gesellschaftszweck einen Nutzen aufweisen. Inzwischen wurde auf dieses Kriterium verzichtet, da es nicht hinreichend justiziabel ist und nicht der Sicherung der Aufbringung des Aktienkapitals dient.⁶</p>	
	<p>Vorliegend ist die Gesamtheit der Aktiven und Passiven der Kollektivgesellschaft Lagom aktivierbar (werthaltig), übertragbar und mit der Eintragung der Gesellschaft frei verfügbar. Ebenfalls ist sie für die Zweckverfolgung der Lagom AG nützlich, da das Möbelgeschäft in Form der AG weitergeführt werden soll.</p>	
	c) Form der Einbringung der Kollektivgesellschaft	2.5 + 1.5 ZP
	<p>Gemäss Art. 181 Abs. 4 OR ist bei der Übernahme des Geschäfts von im Handels-</p>	

⁵ BGE 132 III 668, E. 3.2.1.

⁶ VON DER CRONE (Fn. 2), § 2 N 145 m.w.H.

	<p>register eingetragenen Gesellschaften das FusG anzuwenden. Die Einbringung durch Universalsukzession richtet sich folglich nach Art. 69 ff. FusG (<i>siehe Frage 1, B.4.</i>).</p> <p>Der in Art. 181 Abs. 4 OR statuierte Ausschluss der Übertragung des Vermögens nach Art. 181 OR (Singularsukzession) dient vor allem dem Schutz der Gesellschafter und Gläubiger, da diese Übertragungen den strengeren Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes unterliegen.⁷</p>	
	Gemäss Sachverhalt ist die Kollektivgesellschaft Lagom im Handelsregister eingetragen, weshalb sich die Einbringung der Kollektivgesellschaft Lagom als Sacheinlage in die neu zu gründende Lagom AG nach Art. 69 ff. FusG richtet.	
	d) Fazit	0.5
	Die drei Geschwister Anna, Klara und Christoph können bei der Gründung der Lagom AG ihre Einlagepflicht durch Einbringen der Kollektivgesellschaft Lagom (als Sacheinlage) erfüllen und damit das Möbelgeschäft Lagom in Form einer Aktiengesellschaft, der Lagom AG, weiterführen.	
	4. Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG	
	a) Allgemeines	1.5 + 1 ZP
	<p>Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften können Ihr Vermögen mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen, sog. Vermögensübertragung (Art. 69 Abs. 1 FusG).</p> <p>Der Unterscheid der Vermögensübertragung zur Spaltung ist, dass die Gegenleistung an die übertragende Gesellschaft und nicht an deren Gesellschafter geht (Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG).</p>	
	Die im Handelsregister eingetragene Kollektivgesellschaft Lagom könnte ihr Vermögen auf die neu zu gründende Aktiengesellschaft Lagom AG übertragen, wobei sie folgendes zu beachten hat:	
	b) Vorgehen	8.5
	<p>Es muss ein schriftlicher Übertragungsvertrag von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger abgeschlossen werden (Art. 70 Abs. 1 FusG). Der Inhalt bestimmt sich nach Art. 71 FusG. Der Übertragungsvertrag erlangt seine Rechtswirksamkeit erst mit der Eintragung im Handelsregister (Art. 73 Abs. 2 FusG).</p> <p>Die Gesellschafter sind nach Art. 74 Abs. 1 FusG durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan über die Vermögensübertragung zu informieren. Der Inhalt der Information richtet sich nach Art. 74 Abs. 2 FusG.</p>	

⁷ RUDOLF TSCHÄNI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 4 zu Art. 181.

	Wenn das gesamte Vermögen übertragen wird, bedarf es eines Auflösungsbeschlusses der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft durch gegenseitige Übereinkunft (Art. 574 Abs. 1 i.V.m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Anschliessend wird die übertragende Gesellschaft liquidiert nach Art. 582 ff. OR.	
	Da vorliegend das gesamte Vermögen der Kollektivgesellschaft Lagom auf die Lagom AG übertragen werden soll, müssen Anna, Klara und Christoph gemeinsam die Auflösung der Kollektivgesellschaft Lagom beschliessen. Nach der Übertragung des gesamten Vermögens auf die Lagom AG erfolgt die Liquidation der Kollektivgesellschaft Lagom.	
	c) Fazit	0.5
	Die drei Geschwister können das Vermögen der Kollektivgesellschaft Lagom mit Aktiven und Passiven auf die neu zu gründende Aktiengesellschaft, die Lagom AG, übertragen und damit das Möbelgeschäft in Form einer Aktiengesellschaft weiterführen.	
	5. Umwandlung nach Art. 53 ff. FusG	
	a) Allgemeines	4.5 + 0.5 ZP
	Nach Art. 54 Abs. 2 lit. a FusG kann sich eine Kollektivgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, mithin eine AG, umwandeln. Das Gesetz definiert die Umwandlung als "Änderung der Rechtsform einer Gesellschaft, ohne dass deren Rechtsverhältnisse geändert werden" (Art. 53 FusG). Die bisherige Gesellschaft bleibt also bestehen und ändert lediglich ihre Rechtsform. Bei der Umwandlung finden die Bestimmungen des ZGB und des OR über die Gründung der entsprechenden Gesellschaft Anwendung, wobei aber die Vorschriften über die Anzahl der Gründer bei Kapitalgesellschaften und die Vorschriften über die Sacheinlagen keine Anwendung finden (Art. 57 FusG). Gegebenenfalls ist eine Zwischenbilanz zu erstellen (Art. 58 FusG).	
	Die Kollektivgesellschaft Lagom könnte in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden, wobei alle Aktiven und Passiven in einem Schritt auf die Aktiengesellschaft übergehen. Dabei ist folgendes zu beachten:	
	b) Umwandlungsplan und -bericht	10
	Nach Art. 59 ff. FusG muss ein Umwandlungsplan und ein Umwandlungsbericht ausgearbeitet werden. Der Umwandlungsplan wird durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan erstellt (Art. 59 Abs. 1 FusG) und sein Inhalt bestimmt sich nach Art. 60 FusG. Bei der Kollektivgesellschaft bedarf der Umwandlungsplan der schriftlichen Form und der Zustimmung aller Gesellschafter, ausser der Gesellschaftsvertrag sieht eine Mehrheit von drei Vierteln vor (Art. 59 Abs. 2 i.V.m. Art. 64 Abs. 2 FusG). Der Umwandlungsbericht wird ebenfalls durch das oberste Leitungs- oder Ver-	

	<p>waltungsorgan in schriftlicher Form erstellt (Art. 61 Abs. 1 FusG) und sein Inhalt bestimmt sich nach Art. 61 Abs. 3 FusG. Bei Zustimmung aller Gesellschafter ist bei kleineren und mittleren Unternehmen (vgl. Art. 2 lit. e FusG) ein Verzicht auf den Umwandlungsbericht möglich (Art. 61 Abs. 2 FusG).</p> <p>Ausserdem kann bei kleineren und mittleren Unternehmen bei Zustimmung aller Gesellschafter auf die Überprüfung des Umwandlungsplans und -berichts durch einen zugelassenen Revisor verzichtet werden (Art. 62 Abs. 2 FusG).</p>	
	<p>Die Kollektivgesellschaft Lagom gilt wohl als kleines oder mittleres Unternehmen i.S.v. Art. 2 lit. e FusG, da ihre Anteile nicht börsenkotiert sind, mit 15 Mitarbeitern und einem inneren Unternehmenswert von CHF 10 Millionen nicht zwei der relevanten Grössen überschritten werden und sie mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt keine Anleihensobligationen ausstehend hat. Vorliegend wäre deshalb bei Zustimmung aller Gesellschafter ein Verzicht auf den Umwandlungsbericht sowie auf die Überprüfung des Umwandlungsplans und -berichts durch einen zugelassenen Revisor möglich.</p>	
	c) Umwandlungsbeschluss und Eintragung ins Handelsregister	5.5
	<p>Es besteht während 30 Tagen vor Beschlussfassung ein Einsichtsrecht der Gesellschafter am Sitz der Gesellschaft in: den Umwandlungsplan, den Umwandlungsbericht, den Prüfungsbericht des Revisors, die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls die Zwischenbilanz (Art. 63 Abs. 1 FusG). Bei Zustimmung aller Gesellschafter ist bei kleineren und mittleren Unternehmen (vgl. Art. 2 lit. e FusG) ein Verzicht auf das Einsichtsverfahren nach Art. 63 Abs. 1 FusG möglich (Art. 63 Abs. 2 FusG).</p> <p>Der Umwandlungsbeschluss bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 65 FusG). Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan muss dem Handelsregisteramt die Umwandlung zur Eintragung anmelden (Art. 66 FusG). Damit wird die Umwandlung rechtswirksam (Art. 67 FusG).</p>	
	<p>Vorliegend wäre bei Zustimmung aller Gesellschafter ein Verzicht auf das Einsichtsverfahren möglich, da die Kollektivgesellschaft Lagom nach Art. 2 lit. e FusG als kleines oder mittleres Unternehmen gilt.</p>	
	d) Fazit	1
	<p>Die drei Geschwister können die Kollektivgesellschaft Lagom in eine Aktiengesellschaft, die Lagom AG, umwandeln und damit das Möbelgeschäft in Form einer Aktiengesellschaft weiterführen. Die Lagom bleibt bestehen, allerdings ändert sich ihre Rechtsform von einer Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft.</p>	
	6. Fusion nach Art. 3 ff. FusG	
	a) Allgemeines	7.5

	<p>Gesellschaften können fusionieren, indem die eine die andere übernimmt (Absorptionsfusion) oder sie sich zu einer neuen Gesellschaft zusammenschliessen (Kombinationsfusion) (Art. 3 Abs. 1 lit. a und b FusG).</p> <p>Kollektivgesellschaften können als übertragende Gesellschaften mit Kapitalgesellschaften fusionieren (Art. 4 Abs. 2 lit. b FusG).</p> <p>Es sind die Bestimmungen zu den Anteils- und Mitgliedschaftsrechten (Art. 7 f. FusG) sowie zum Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz (Art. 25 ff. FusG) zu beachten. Gegebenenfalls ist eine Zwischenbilanz zu erstellen (Art. 11 FusG).</p>	
	<p>Es besteht die Möglichkeit der Absorptionsfusion: Die Kollektivgesellschaft Lagom kann als übertragende Gesellschaft mit der neu zu gründenden Lagom AG fusionieren, indem diese die Kollektivgesellschaft Lagom übernimmt. Deshalb müssen die drei Geschwister Anna, Klara und Christoph zuerst die neue Aktiengesellschaft, die Lagom AG, gründen (<i>zum Vorgehen siehe Frage 1, B.1.</i>).</p>	
	<p>b) Fusionsvertrag, Fusionsbericht und Prüfung</p>	<p>9</p>
	<p>Die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der an der Fusion beteiligten Gesellschaften müssen einen Fusionsvertrag abschliessen (Art. 12 Abs. 1 FusG). Dieser bedarf der schriftlichen Form und der Zustimmung der Generalversammlung (GV) bzw. der Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften (Art. 12 Abs. 2 FusG).</p> <p>Bei Kapitalgesellschaften muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan den Fusionsvertrag der GV zur Beschlussfassung unterbreiten, wobei bei der Aktiengesellschaft mindestens zwei Drittel der an der GV vertretenen Aktienstimmen und die absolute Mehrheit des von ihnen vertretenen Aktiennennwerts zustimmen muss (Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG).</p> <p>Bei Kollektivgesellschaften bedarf der Fusionsvertrag der Zustimmung aller Gesellschafter, ausser der Gesellschaftsvertrag sieht eine Mehrheit von drei Vierteln vor (Art. 18 Abs. 2 FusG).</p> <p>Der Inhalt des Fusionsvertrags bestimmt sich nach Art. 13 FusG.</p>	
	<p>Die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften müssen einen schriftlichen Bericht über die Fusion erstellen (Art. 14 Abs. 1 FusG). Bei Zustimmung aller Gesellschafter können kleine und mittlere Unternehmen (<i>vgl. Art. 2 lit. e FusG</i>) auf die Erstellung eines Fusionsberichts verzichten (Art. 14 Abs. 2 FusG).</p>	
	<p>Die an der Fusion beteiligten Gesellschaften müssen den Fusionsvertrag, den Fusionsbericht und die der Fusion zu Grunde liegende Bilanz von einem zugelassenen Revisionsexperten prüfen lassen, falls die übernehmende Gesellschaft eine Kapitalgesellschaft ist (Art. 15 Abs. 1 FusG). Bei Zustimmung aller Gesellschafter können kleine und mittlere Unternehmen (<i>vgl. Art. 2 lit. e FusG</i>) auf die Prüfung verzichten (Art. 15 Abs. 2 FusG).</p>	

	Vorliegend wäre bei Zustimmung aller Gesellschafter ein Verzicht auf die Erstellung eines Fusionsberichts und auf die Prüfung möglich, da die Kollektivgesellschaft Lagom nach Art. 2 lit. e FusG als kleines oder mittleres Unternehmen gilt.	
	c) Fusionsbeschluss und Eintragung im Handelsregister	7.5
	<p>Es besteht während 30 Tagen vor Beschlussfassung ein Einsichtsrecht der Gesellschafter am Sitz der Gesellschaft in: den Fusionsvertrag, den Fusionsbericht, den Prüfungsbericht, die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls die Zwischenbilanz (Art. 16 Abs. 1 FusG). Bei Zustimmung aller Gesellschafter ist bei kleineren und mittleren Unternehmen (vgl. Art. 2 lit. e FusG) ein Verzicht auf das Einsichtsverfahren nach Art. 16 Abs. 1 FusG möglich (Art. 16 Abs. 2 FusG).</p> <p>Der Fusionsbeschluss bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 20 Abs. 1 FusG). Sobald der Fusionsbeschluss aller an der Fusion beteiligten Gesellschaften vorliegt, müssen deren oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgane dem Handelsregisteramt die Fusion zur Eintragung anmelden (Art. 21 Abs. 1 FusG). Damit wird die Fusion rechtswirksam (Art. 22 Abs. 1 FusG). Mit der Fusion wird die übertragende Gesellschaft aufgelöst und im Handelsregister gelöscht (Art. 3 Abs. 2 FusG; Art. 21 Abs. 3 FusG).</p>	
	Vorliegend wäre bei Zustimmung aller Gesellschafter ein Verzicht auf das Einsichtsverfahren möglich, da die Kollektivgesellschaft Lagom nach Art. 2 lit. e FusG als kleines oder mittleres Unternehmen gilt.	
	d) Fazit	2
	Die drei Geschwister Anna, Klara und Christoph können in einem ersten Schritt die Lagom AG gründen. In einem zweiten Schritt kann die Lagom AG die Kollektivgesellschaft Lagom übernehmen, die anschliessend aufgelöst und im Handelsregister gelöscht wird. Mit der Möglichkeit dieser Absorptionsfusion können die drei Geschwister das Möbelgeschäft in Form einer Aktiengesellschaft weiterführen.	
	7. Schlussfazit	0.5
	<p>Die Kollektivgesellschaft Lagom von Klara, Anna und Christoph kann auf fünf verschiedenen Wegen in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sacheinlage/ -übernahme - Vermögensübertragung - Umwandlung nach FusG - Fusion nach FusG 	

	Frage 2 (ca. 3%)	
	A. Qualifizierung Zusammenschluss	
	1. Allgemeines	2.5
	Gemäss Sachverhalt möchte die Lagom AG Anteile der Nordic AG mittels Aktientausch übernehmen. Der Zusammenschluss erfolgt, indem Aktionär Herbert Schäfer seine Beteiligung an der Nordic AG als Sacheinlage in die übernehmende Lagom AG einbringt. Nach dieser Transaktion sollen beide Gesellschaften weiter bestehen bleiben. Dies legt den Schluss nahe, dass es sich nicht um eine Fusion handeln kann, da im vorliegenden Fall keine Gesellschaft nach der Transaktion aufgelöst wird.	
	2. Quasifusion	15.5
	<p>Als Quasifusion gilt die Zusammenführung von Unternehmen zu einer engen wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung der rechtlichen Identität der einzelnen Unternehmen. Im Gegensatz zur echten Fusion nach Art. 3 ff. FusG kommt es bei diesem Vorgang nicht zu einer rechtlichen Verschmelzung der zusammengeführten Unternehmen, sondern bleiben diese bestehen.⁸</p> <p>Der Zusammenschluss erfolgt durch Austausch der Beteiligungsrechte (sog. Aktientausch) dergestalt, dass die übernehmende Gesellschaft eine Kapitalerhöhung unter Verzicht auf das Bezugsrecht ihrer Anteilsinhaber vornimmt. Die neu ausgegebenen Beteiligungsrechte werden sodann den Anteilsinhabern der zu übernehmenden Gesellschaft gegen Sacheinlage ihrer Beteiligungsrechte in die übernehmende Gesellschaft angeboten.</p> <p>De facto handelt es sich also um einen blossen Erwerb von Beteiligungspapieren, bei dem der Kaufpreis nicht in Bargeld, sondern in Aktien der kaufenden Gesellschaft entrichtet wird. Zur Abgeltung kann allerdings auch ein Teil Bargeld geleistet werden.</p> <p>Die Anteilsinhaber der übernommenen Gesellschaft werden somit dank den neu ausgegebenen Beteiligungsrechten zu Anteilsinhabern der übernehmenden Gesellschaft.</p>	
	<p>Vorliegend will die Lagom AG die Nordic AG übernehmen. Herbert Schäfer überträgt 70% der Stimmrechte an der Nordic AG an die Lagom AG, womit diese Hauptaktionärin der Nordic AG wird. Die Nordic AG und die Lagom AG werden damit zu einer engen wirtschaftlichen Einheit zusammengeführt. Es bleiben beide Unternehmen bestehen. Die Nordic AG behält ihre Rechtspersönlichkeit bei. Die Organisationsform der beteiligten Gesellschaften wird nicht verändert.</p> <p>Im Gegenzug erhält Herbert Schäfer die durch die Kapitalerhöhung geschaffenen Anteile an der Lagom AG, d.h. er wird damit neu Anteilsinhaber der Lagom AG. Das Bezugsrecht der Anteilsinhaber der Lagom AG, d.h. Anna, Klara und Chris-</p>	

⁸ ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011, N 1394.

	toph, wird dabei ausgeschlossen. Ein Aktientausch liegt vor.	
	B. Fazit	3
	Der Zusammenschluss der Lagom AG und der Nordic AG ist als Quasifusion zu qualifizieren. Da es sich rechtlich nicht um eine Fusion handelt, sondern um einen blossen Beteiligungserwerb, sind die Vorschriften des FusG vorliegend nicht anwendbar ⁹ ; der Aktientausch erfolgt rein schuldrechtlich. Entsprechend kommen die Bestimmungen des Aktienrechts zur Anwendung.	

⁹ Von BÜREN/STOFFEL/WEBER (Fn. 8), N 1396.

	Frage 3 (ca. 21%)	
	A. Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR)	
	1. Anfechtungsobjekt	4
	Anfechtungsobjekt der Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR bilden Beschlüsse der GV.	
	Die Einberufungs- und Traktandierungsvoraussetzungen (Art. 699 f. OR) müssen eingehalten werden.	
	Die Kapitalerhöhung wurde vorliegend an der GV vom 25. Juni 2018 beschlossen. Die GV wurde gemäss Sachverhalt frist- und formgerecht einberufen. Folglich ist der GV-Beschluss ein taugliches Anfechtungsobjekt.	
	2. Aktivlegitimation	6
	Gemäss Art. 706 Abs. 1 OR sind der Verwaltungsrat (als Organ) und jeder einzelne Aktionär berechtigt, Beschlüsse der GV beim Richter mit Klage anzufechten. Die Aktivlegitimation würde grundsätzlich auch Partizipanten zustehen (Art. 706 Abs. 1 i.V.m. Art. 656a Abs. 2 OR und Art. 656c Abs. 2 OR e contrario).	
	Die Aktivlegitimation besteht unabhängig davon, ob ein Aktionär an der GV teilgenommen hat. ¹⁰ Sie muss aber in jedem Fall im Zeitpunkt der Klageeinleitung vorliegen, weshalb ein Aktionär, der seine Aktien nach der GV verkauft, mit dem Verkauf auch seine Anfechtungsberechtigung verliert, währendem der Erwerber mit den Beteiligungsrechten zugleich auch das Anfechtungsrecht erwirbt. ¹¹	
	Anna hält gemäss Sachverhalt 25% der Aktien der Lagom AG. Als Aktionärin ist sie somit zur Anfechtung des GV-Beschlusses aktivlegitimiert.	
	3. Anfechtungs- bzw. Rechtsschutzinteresse	8 + 1 ZP
	Die Erhebung einer Anfechtungsklage setzt ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse des Anfechtungsklägers voraus (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), wobei dieser nicht zwingend eigene Interessen verfolgen muss, sondern es genügt, wenn er Interessen der Gesellschaft wahren will. ¹² In jedem Fall muss ein gutheissendes Urteil aber die Rechtsstellung des Anfechtungsklägers effektiv ändern. ¹³	
	Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und einem Teil der Lehre sind Aktionäre grundsätzlich nur dann aktivlegitimiert, wenn sie gegen den betreffenden GV-Beschluss gestimmt, sich enthalten oder nicht an der GV teilgenommen haben, da eine Anfechtung im Falle der Zustimmung gegen Treu und Glauben	

¹⁰ BGE 74 II 41, E. 4a; 99 II 55, E. 1.

¹¹ BÖCKLI (Fn. 3), § 16 N 104; BSK OR II-DUBS/TRUFFER (Fn. 1), N 5 zu Art. 706.

¹² BÖCKLI (Fn. 3), § 16 N 107 ff.

¹³ VON DER CRONE (Fn. 2), § 8 N 179 (m.w.H.).

	verstösst. ¹⁴ Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB kann letztlich jedoch nur dann vorliegen, wenn sich jemand bewusst in Widerspruch zu eigenem früheren Verhalten setzt, weshalb sich ein zustimmender Aktionär nicht zwingend in einem wesentlichen Irrtum i.S.v. Art. 23 ff. OR befunden haben muss, damit ein Rechtsschutzinteresse angenommen werden könnte. ¹⁵	
	Anna hat gemäss Sachverhalt an der GV der Lagom AG teilgenommen und gegen die Kapitalerhöhung protestiert bzw. gestimmt. Überdies würde sich ein gutheissendes (Gestaltungs-)Urteil auch auf die Rechtsstellung von Anna auswirken, da sie keine Aktien erwerben müsste, um ihre Beteiligungsquote beizubehalten. Es liegt ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse von Anna vor.	
	4. Passivlegitimation	3.5
	Passivlegitimiert ist die Aktiengesellschaft, deren Beschluss mit Klage angefochten wird (Art. 706 Abs. 1 OR). Sie wird durch den Verwaltungsrat vertreten, soweit dieser nicht selbst klagt (Art. 706a Abs. 2 OR e contrario).	
	Anna will sich gegen den Kapitalerhöhungsbeschluss der Lagom AG wehren. Folglich ist die Lagom AG passivlegitimiert.	
	5. Kapitalerhöhung	
	a) Qualifikation der Kapitalerhöhung	8
	Zunächst ist zu prüfen, was für eine Art Kapitalerhöhung in casu vorliegt. Das Aktienrecht sieht drei verschiedene Arten vor: <ul style="list-style-type: none"> - die ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 650 OR); - die genehmigte Kapitalerhöhung (Art. 651 OR); sowie - die bedingte Kapitalerhöhung (Art. 653 OR). 	
	Die Liberierung von Aktien mittels Sacheinlage ist bei der bedingten Kapitalerhöhung nicht zugelassen. ¹⁶ Ohnehin sollen in casu keine Anleihen oder ähnliche Obligationen mit Wandel- oder Optionsrechten ausgegeben werden (vgl. Art. 653 Abs. 1 OR), weshalb keine bedingte Kapitalerhöhung vorliegen kann. Der Verwaltungsrat will der GV der Lagom AG direkt eine Erhöhung des Aktienkapitals und nicht bloss eine Ermächtigung zur Erhöhung (vgl. Art. 651 Abs. 1 OR) beantragen, weshalb auch das Vorliegen einer genehmigten Kapitalerhöhung zu verneinen ist. Die Kapitalerhöhung der Lagom AG dient der Beschaffung der für den Aktien-tausch mit Herbert Schäfer benötigten Aktien und mithin der Übernahme der Nordic AG. Herbert Schäfer steht somit als Zeichner der neuen Aktien fest. Die	

¹⁴ BGE 99 II 55, E. 1; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 6 zu Art. 706 (m.w.H.).

¹⁵ VON DER CRONE (Fn. 2), § 8 N 181.

¹⁶ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II, S. 868; CHRISTOPH K. WIDMER, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998, 215, insbesondere Fn. 1262; MATTHIAS D. TRAUTMANN, Die qualifizierte Kapitalerhöhung, Diss. Zürich/St. Gallen 2016, mit ausführlicher Begründung in Rz 222 ff.

	Lagom AG beabsichtigt damit eine ordentliche Kapitalerhöhung gemäss Art. 650 OR.	
	b) Voraussetzungen der ordentlichen Kapitalerhöhung	12.5
	Eine ordentliche Kapitalerhöhung muss von der GV beschlossen und vom Verwaltungsrat innerhalb von drei Monaten durchgeführt werden (Art. 650 Abs. 1 OR).	
	Vorliegend kann davon ausgegangen werden, dass die von der GV der Lagom AG am 25. Juni 2018 beschlossene Kapitalerhöhung (<i>siehe Frage 3, A.1.</i>) vom Verwaltungsrat innert 3 Monaten durchgeführt wird, womit die Frist gewahrt wäre.	
	<p>Im Gegensatz zur genehmigten oder bedingten Kapitalerhöhung (Art. 651 Abs. 2 Satz 2 OR bzw. Art. 653a Abs. 1 OR), wo die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals nicht überschritten werden darf - was vorliegend bei einer Erhöhung von CHF 100'000 auf CHF 180'000 aber der Fall wäre – unterliegt eine ordentliche Kapitalerhöhung keiner Beschränkung in der Höhe.</p> <p>Die Erhöhung des Aktienkapitals macht eine Statutenänderung erforderlich (vgl. Art. 626 Ziff. 3 OR / Art. 652g OR), weshalb der Beschluss über die ordentliche Kapitalerhöhung öffentlich beurkundet und ins Handelsregister eingetragen werden muss (Art. 650 Abs. 2 Ingress OR; Art. 647 OR).</p>	
	Gemäss Sachverhalt hat der zuständige Notar den GV-Beschluss in einer öffentlichen Urkunde festgehalten. Es ist anzunehmen, dass der Verwaltungsrat der Lagom AG den Beschluss über die ordentliche Kapitalerhöhung fristgerecht ins Handelsregister eintragen lässt und die Statutenänderung vornimmt.	
	Der öffentlich beurkundete GV-Beschluss muss sodann die in Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1-9 OR festgehaltenen Punkte umfassen.	
	<p>Besonders zu erwähnen sind hier nachfolgende Ziffern:</p> <p>Ziff. 2: Herbert Schäfer wurden Vorzugsaktien (Vorrechte) ausgestellt, da er eine befristete Zusatzdividende inkl. Nachbezugsrecht erhält (<i>siehe Frage 3, A.6.c.</i>).</p> <p>Ziff. 4: Bei der Übernahme einer Gesellschaft mittels Aktientausch (Quasifusion) werden die neuen Aktien der übernehmenden Gesellschaft qualifiziert, d.h. mittels Sacheinlage liberiert (vgl. Art. 628 und Art. 634 OR). (<i>siehe Frage 3, A.6.b.</i>).</p> <p>Ziff. 8: Da den bisherigen Aktionären der Lagom AG das Bezugsrecht entzogen wird, ist die Aufhebung des Bezugsrechts im öffentlich beurkundeten GV-Beschluss festzuhalten. (<i>siehe Frage 3, A.6.d.</i>).</p>	
	6. Anfechtungsgründe	
	a) Allgemeines	2.5
	Von den in Art. 706 Abs. 1 und 2 OR genannten Anfechtungsgründen erscheinen die Folgenden prüfenswert: Verletzung von Gesetz, Verletzung des Sachlich-	

	keitsgebots oder des Gleichbehandlungsprinzips.	
	b) Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 OR)	
	i) Allgemeines	1.5
	Gemäss Sachverhalt soll Herbert Schäfer seine Beteiligung an der Nordic AG als Sacheinlage in die Lagom AG einbringen. Im Austausch erhält er Aktien der Lagom AG sowie eine Zusatzdividende. Da die Gegenleistung für die Aktien der Lagom AG nicht in bar zu leisten sein wird, handelt es sich um einen Aktientausch (Quasifusion, <i>siehe Frage 2</i>). Die Lagom AG beabsichtigt folglich eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage.	
	ii) Formelle Voraussetzungen	3.5
	Im Rahmen der Kapitalerhöhung verweist Art. 652c OR auf die Bestimmungen über die Gründung (Art. 633-635a OR). <i>Verweis auf Frage 1, B.3.a. und b.</i>	
	Die Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage erfordert ein qualifiziertes Mehr nach Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR. Vorliegend stimmen Christoph und Klara, d.h. 75% der vertretenen Stimmen und Aktiennennwerte, der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage an der GV vom 25. Juni 2018 zu. Das qualifizierte Mehr wird dadurch trotz des Widerstands von Anna, die nur 25% der vertretenen Stimmen und Aktiennennwerte hält, erreicht.	
	iii) Voraussetzungen für die Sacheinlagefähigkeit	2
	<i>Verweis auf Frage 1, B.3.b.</i> Diese Beteiligung von Herbert Schäfer an der Nordic AG ist bilanzierungsfähig, da der Erwerbspreis dem Verkehrswert entspricht. Ebenso kann die Lagom AG nach dem Aktientausch bedingungslos über die Aktien an der Nordic AG verfügen und könnte sie auch wieder verwerten.	
	iv) Fazit	0.5
	Die qualifizierte Kapitalerhöhung ist rechtlich zulässig, wenn die formellen Voraussetzungen eingehalten werden.	
	c) Vorzugsaktien (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 2 OR)	
	i) Begriff	12.5
	Im Grundsatz hat jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1 OR) und die Gewinnbeteiligung ist im Verhältnis der auf das Aktienkapital einbezahlten Beträge zu berechnen (Art. 661 OR).	

	<p>Vorzugsaktien sind in vermögensrechtlicher Hinsicht gegenüber den gewöhnlichen Aktien (Stammaktien) privilegiert. Mit Vorzugsaktien können Gewinne unabhängig vom Nennwert der Aktien zugeteilt werden. Das Vorrecht ist im Unterschied zu den besonderen Vorteilen i.S.v. Art. 628 Abs. 3 OR am Kapitalanteil bemessen und kann entweder in zeitlicher Hinsicht in der Form eines Vorabbefriedigungsanspruchs oder in quantitativer Hinsicht in Form eines Mehranspruchs bestehen.¹⁷</p>	
	<p>Das Dividendenvorrecht konkretisiert sich im Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses der GV in eine Forderung. Es bedarf keiner besonderen Beschlussfassung, sofern die Statuten die Verteilung des Bilanzgewinns und auch den Umfang des Vorrechts regeln.¹⁸</p> <p>Das kumulative Dividendenvorrecht ermöglicht den Vortrag einer Dividende auf spätere Geschäftsjahre, sofern im laufenden Geschäftsjahr keine Dividende ausgeschüttet wird. Gemäss Art. 656 Abs. 2 OR ist es zwingend mit einem Nachbezugsrecht verknüpft (bilden eine funktionelle Einheit) und kann sich auf eine bestimmte oder unbestimmte Anzahl von Geschäftsjahren beziehen.¹⁹</p>	
	<p>Gemäss Sachverhalt soll Herbert Schäfer während den ersten drei Jahren neben der ordentlichen Dividende eine Zusatzdividende von 10% des Nennwerts der ihm zugeteilten Aktien der Lagom AG erhalten (Dividendenvorrecht). Die Zusatzdividende wird nur ausgeschüttet, wenn der Bilanzgewinn der Lagom AG es erlaubt. Für ausgefallene Zusatzdividenden wird Herbert Schäfer aber ein Nachbezugsrecht eingeräumt.</p> <p>Dieses kumulative Dividendenvorrecht bemisst sich am Kapitalanteil von Herbert Schäfer. Es handelt sich somit um Vorzugsaktien, die in vermögensrechtlicher Hinsicht gegenüber den Stammaktien privilegiert sind.</p>	
	ii) Nachträgliche Einführung von Vorzugsaktien	4.5
	<p>Die GV kann nach Massgabe der Statuten oder auf dem Wege der Statutenänderung die Ausgabe von Vorzugsaktien beschliessen oder bisherige Aktien in Vorzugsaktien umwandeln (Art. 654 Abs. 1 OR).</p> <p>Die Vorzugsaktien müssen folglich in den Statuten verankert sein (Art. 627 Ziff. 9 OR). Die Vorzugsaktien geniessen gegenüber den Stammaktien diejenigen Vorrechte, die ihnen in den ursprünglichen Statuten oder durch Statutenänderung ausdrücklich eingeräumt sind (Art. 656 Abs. 1 OR).</p>	
	<p>Bei der Schaffung neuer Vorzugsaktien im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung reicht das einfache Quorum (absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen) nach Art. 703 OR aus, soweit die Vorrechte nicht Bezugsrechte (vgl. Art. 656 Abs. 2 OR) zum Gegenstand haben.²⁰</p>	

¹⁷ BSK OR II-LIEBI, N 1 zu Art. 654-656 (m.w.H.).

¹⁸ BSK OR II-LIEBI, N 16 zu Art. 654-656.

¹⁹ BSK OR II-LIEBI, N 21 und N 24 zu Art. 654-656 (m.w.H.).

²⁰ BSK OR II-LIEBI, N 57 zu Art. 654-656.

	ii) Sachlichkeitsgebot, Gebot der schonenden Rechtsausübung und Gleichbehandlungsprinzip	4
	Bei der Ausgabe von Vorzugsaktien sind das Sachlichkeitsgebot, das Gebot der schonenden Rechtsausübung sowie das Gleichbehandlungsprinzip zu wahren. (<i>siehe Frage 3, A.6.d.iii.</i>)	
	Gemäss Sachverhalt bestätigt ein Gutachten einer anerkannten Revisionsgesellschaft, dass Herbert Schäfer mit diesen Vorrechten (Zusatzdividende inkl. Nachbezugsrecht) einen marktüblichen Gegenwert für seine Beteiligung an der Nordic AG, welche er der Lagom AG überträgt, erhalten würde. Die Rechte der Stammaktionäre Anna, Klara und Christoph werden mithin durch die Begründung der Vorzugsaktien nicht in unsachlicher Weise beeinträchtigt. Ausserdem wird dadurch das Gleichbehandlungsprinzip nicht verletzt, da niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt wird. Eine derart ausgestaltete Regelung scheint geeignet, um das legitime Ziel, Herbert Schäfer für seine Beteiligung zu entgelten, zu erreichen.	
	iii) Fazit	0.5
	Die Begründung der Vorzugsaktien für Herbert Schäfer verletzt weder das Gesetz, das Sachlichkeitsgebot noch das Gleichbehandlungsprinzip. Insoweit ist kein Anfechtungsgrund ersichtlich.	
	d) Entzug des Bezugsrechts (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 OR)	
	i) Allgemeines	2.5
	Gemäss Sachverhalt soll die Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre der Lagom AG erfolgen. Es stellt sich die Frage, ob der Bezugsrechtsentzug rechtmässig erfolgt.	
	Bei einer Kapitalerhöhung besteht die Gefahr einer Stimmrechtsverwässerung, Gewinnverwässerung und - bei Ausgabe der neuen Aktien unter dem inneren Wert - einer Kapitalverwässerung (<i>siehe Frage 3, A.6.d.iv.</i>). ²¹ Zum Schutz vor dieser dreifachen Verwässerung sieht Art. 652b Abs. 1 OR das Bezugsrecht vor, welches jedem bisherigen Aktionär das Recht auf Beibehaltung seiner bisherigen Beteiligungsquote gibt. ²²	
	ii) Formelle Voraussetzungen	3.5
	Bei einem Bezugsrechtsentzug müssen folgende Voraussetzungen eingehalten werden: – Der Bezugsrechtsausschluss muss durch einen Kapitalerhöhungsbeschluss der GV erfolgen (vgl. Art. 652b Abs. 2 OR)	

²¹ BÖCKLI (Fn. 3), § 2 N 273.

²² VON DER CRONE (Fn. 2), § 10 N 90.

	<ul style="list-style-type: none"> – Qualifiziertes Beschlussquorum von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte (Art. 704 Abs.1 Ziff. 6 OR) – Rechenschaftspflicht des Verwaltungsrates im schriftlichen Kapitalerhöhungsbericht (Art. 652e Ziff. 4 OR) 	
	<p>Vorliegend stimmen Klara und Christoph, d.h. 75% der vertretenen Stimmen und Aktiennennwerte, an der GV vom 25. Juni 2018 für die Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts. Das qualifizierte Mehr wird dadurch trotz des Widerstands von Anna, die nur 25% der vertretenen Stimmen und Aktiennennwerte hält, erreicht (<i>siehe Frage 3, A.6.b.ii.</i>).</p> <p>Dass Anna nur teilliberierte Namenaktien hat, ist für ihre Stimmrechtsausübung nicht entscheidend.</p>	
	iii) Materielle Voraussetzungen	
	<ul style="list-style-type: none"> • Wichtiger Grund 	9
	<p>Ein Ausschluss des Bezugsrechts ist gemäss Art. 652b Abs. 2 OR aus wichtigen Gründen möglich. Gemäss Art. 652b Abs. 2 Satz 2 OR gelten als wichtige Gründe insbesondere die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer.</p> <p>Typisches Beispiel ist die Akquisition eines anderen Unternehmens auf dem Weg des Aktientauschs bzw. der Quasifusion.²³ Diese Fälle haben gemeinsam, dass die Gewährung des Bezugsrechts zum vornherein (sachlogisch) nicht möglich ist, da die neuen Aktien nicht zugleich Dritten und den bisherigen Aktionären angeboten werden können.²⁴</p>	
	<p>Gemäss Sachverhalt will Christoph den Anteil von Herbert Schäfer, der 70% der Stimmrechte der Nordic AG hält, mittels Aktientausch erwerben, um mit der Übernahme der Nordic AG durch die Quasifusion ein weiteres wichtiges Standbein in der Schweiz zu sichern. Es handelt sich, wie dargelegt, um eine Quasifusion. Dies stellt einen wichtigen Grund für den Ausschluss des Bezugsrechts dar.²⁵</p>	
	<p>Durch die Aufhebung des Bezugsrechts darf niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden. Die Kriterien für die Beurteilung des wichtigen Grundes im Einzelfall sind folgende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Relative Gleichbehandlung (vgl. auch Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR) – Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) – Sachliche Begründetheit (vgl. auch Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR) – Schonende Rechtsausübung (vgl. Art. 652b Abs. 2 Satz 3 OR) 	

²³ VON DER CRONE (Fn. 2), § 10 N 93.

²⁴ BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 17 zu Art. 652b; BÖCKLI (Fn. 3), § 2 N 277 ff.

²⁵ BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 2 zu Art. 652b.

	<ul style="list-style-type: none"> • Gleichbehandlungsprinzip 	2
	Verlangt ist eine relative Gleichbehandlung, d.h. sachliche, begründete Differenzierungen sind zulässig. Gemäss Bundesgericht gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz als gewahrt, wenn das Bezugsrecht allen Aktionären auf die gleiche Weise entzogen worden ist. ²⁶	
	Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass das Bezugsrecht allen Aktionären der Lagom AG in gleicher Weise, d.h. im Verhältnis zu ihrer Beteiligungsquote, entzogen wurde. Der Grundsatz der Gleichbehandlung gilt deshalb vorliegend als gewahrt.	
	<ul style="list-style-type: none"> • Rechtsmissbrauchsverbot 	0.5
	Es ist sodann nicht ersichtlich, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegen würde.	
	<ul style="list-style-type: none"> • Sachlichkeit 	2
	Das Kriterium der sachlichen Begründetheit setzt ein qualifiziertes sachliches Interesse der Gesellschaft voraus. Der Ausschluss des Bezugsrechts muss erforderlich und unerlässlich zur Erreichung des Gesellschaftszwecks sein.	
	Mit der Akquisition der Nordic AG soll sich die Lagom AG ein weiteres wichtiges Standbein in der Schweiz sichern, weshalb der Bezugsrechtsentzug erforderlich und unerlässlich ist, damit eine Quasifusion (Aktientausch) stattfinden kann.	
	<ul style="list-style-type: none"> • Schonende Rechtsausübung 	2
	Das Prinzip der schonenden Rechtsausübung (Grundsatz der Proportionalität) verlangt, dass von mehreren Möglichkeiten ein legitimes Ziel zu erreichen, diejenige gewählt werden muss, die die Rechte Dritter am wenigsten einschränkt. Beschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Minderheitenaktionären sind unzulässig, welche zur Erreichung der angestrebten gesellschaftsrechtlichen Ziele nicht erforderlich sind oder die mit weniger einschneidenden Mitteln gleichfalls erreicht werden können. ²⁷	
	iv) Festsetzung des Ausgabebetrags	1.5
	Anna ist der Meinung, dass der Ausgabebetrag zu pari, d.h. zum Nominalwert von CHF 100, viel zu tief sei. Nachfolgend ist zu prüfen, ob Anna Anspruch darauf hat, dass der Ausgabepreis höher angesetzt wird.	

²⁶ BGE 117 II 290, E. 4.e.bb.

²⁷ BGE 131 III 459, E. 5.3.

	Bei der Frage der Festsetzung des Ausgabebetrags muss grundsätzlich danach unterschieden werden, ob das Bezugsrecht der bestehenden Aktionäre formell ausgeschlossen wird oder nicht. ²⁸	
	<ul style="list-style-type: none"> • Kapitalerhöhung unter (formellem) Ausschluss des Bezugsrechts 	13
	<p>Im Kontext des formellen Bezugsrechtsausschlusses stellt sich die Frage, wie die Kriterien für die Beurteilung des wichtigen Grundes im Hinblick auf die Festsetzung des Ausgabebetrages anzuwenden sind.</p> <p>Wird den bestehenden Aktionären die Teilnahme an der Kapitalerhöhung verwehrt (formeller Ausschluss des Bezugsrechts), kommt nebst dem Gebot der relativen Gleichbehandlung auch das Gebot der schonenden Rechtsausübung zur Anwendung, namentlich auch bei der Frage der Festsetzung des Ausgabebetrages.²⁹</p>	
	<p>Soweit ersichtlich ist unbestritten, dass die Beachtung des Prinzips der schonenden Rechtsausübung dem formell ausgeschlossenen Aktionär einen Anspruch auf Festsetzung des Ausgabebetrages zum inneren Wert gibt. Ansonsten hätten Aktionäre bei einem formellen Ausschluss neben der Stimmrechtsverwässerung auch eine Kapitalverwässerung in Kauf zu nehmen (<i>siehe Frage 3, A.6.d.i.</i>). Letzteres hingegen ist durch Ansetzung des Ausgabebetrages der neuen Aktien bei ihrem inneren Wert zu vermeiden.³⁰</p> <p>Eine andere Lehrmeinung geht sogar so weit, dass bei einer Kapitalerhöhung unter formellem Ausschluss des Bezugsrechts die Revisionsstelle selbständig nachprüfen und bestätigen muss, dass der festgelegte Emissionspreis für die neuen Aktien dem wirklichen Wert entspreche.³¹</p>	
	<p><u>Ausgabe zum Nominalwert (pari-Emission)</u></p> <p>CHF 80'000 (800 neue Aktien à CHF 100)</p> <p><u>Ausgabe zum inneren Wert</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Innerer Wert pro Aktie = Innerer Wert Unternehmen / Anzahl ausgegebener Aktien <p>→ CHF 10'000'000 / 1000 Aktien = CHF 10'000 innerer Wert pro Aktie</p> <ul style="list-style-type: none"> • Anzahl neu auszugebender Aktien = Investitionssumme / Innerer Wert pro Aktie <p>→ CHF 80'000 / CHF 10'000 = 8 neue Aktien</p>	
	Nach wohl unbestrittener Lehre muss der Emissionspreis beim inneren Wert bzw. zumindest unter Berücksichtigung desselben angesetzt werden. Im vorliegenden	

²⁸ TOM SCHAFFNER/ADAM WEIBEL, Die Festsetzung des Ausgabebetrags in der Kapitalerhöhung, GesKR 3/2017, 307 ff., 310.

²⁹ BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 22 ff. zu Art. 652b.

³⁰ VON DER CRONE (Fn. 2), § 10 N 106.

³¹ JACQUES-ANDRÉ REYMOND, Suppression et protection du droit de souscription préférentiel dans le nouveau droit de la société anonyme, SZW 66 (1994), 160 f.; gegen eine solche Prüfung BÖCKLI (Fn. 3), § 2 N 302.

	<p>Fall würde dies bedeuten, dass die Lagom AG den Ausgabebetrag auf CHF 10'000 pro Aktie festsetzen müsste. Stattdessen werden aber Aktien zu CHF 100 ausgegeben. Damit wird das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt.</p>	
	<ul style="list-style-type: none"> • Kapitalerhöhung mit Einräumung des Bezugsrechts 	5 ZP
	<p>Das Bundesgericht führte im Weltwoche-Entscheid (BGE 99 II 55) aus, dass eine Kapitalerhöhung von vorneherein nicht im gleichen Interesse aller Aktionäre liege.³² Aktionäre haben deshalb die Wahl entweder ihr Bezugsrecht auszuüben oder eine Verwässerung in Kauf zu nehmen. Bezugsrechtsberechtigte (aber nicht willige) Aktionäre haben jedoch keinen Anspruch auf Festsetzung des Ausgabepreises zum inneren Wert.³³</p> <p>Unabhängig davon, ob der Ausgabebetrag letztendlich dem inneren Wert entspricht, liegt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung vor.³⁴ Das Bundesgericht schützt somit Mehrheitsentscheide auch hinsichtlich einer Festsetzung des Ausgabepreises unter dem inneren Wert solange, als sie nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich sind.</p>	
	v) Fazit	1
	Die Festsetzung des Ausgabetrags zu pari verletzt das Gebot der schonenden Rechtsausübung. Anna hat einen Anspruch auf Festsetzung des Ausgabetrags zum inneren Wert.	
	7. Anfechtungsfrist	4
	<p>Die Anfechtungsfrist beträgt zwei Monate (Art. 706a Abs. 1 OR) und beginnt am Tag nach der GV, an welcher der anzufechtende Beschluss gefasst wurde, zu laufen.</p> <p>Da es sich dabei um eine Verwirkungsfrist handelt, ist die Anfechtungsfrist nach Art. 706a Abs. 1 OR weder unterbrechbar/hemmbar noch erstreckbar.³⁵</p>	
	Vorliegend hat die GV am 25. Juni 2018, d.h. vor 4 Tagen (Datum der Prüfung: 29. Juni 2018) stattgefunden, weshalb die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen ist und durch Anna gewahrt werden kann.	
	8. Wirkung der Anfechtungsklage	5
	Bei der Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR handelt es sich um eine Gestaltungs-klage. Das Urteil, das einen Beschluss der GV aufhebt, wirkt für und gegen alle Aktionäre (Art. 706 Abs. 5 OR). Es handelt sich um ein auflösendes Gestal-	

³² BGE 99 II 55, E. 4b.

³³ BGE 99 II 55, E. 3; VON DER CRONE (Fn. 2), § 10 N 106.

³⁴ BGE 99 II 55, E. 4b.

³⁵ VON DER CRONE (Fn. 2), § 8 N 184.

	tungsurteil, das zu einer rückwirkenden Aufhebung (ex tunc) des angefochtenen Beschlusses der GV führt. ³⁶	
	<p>Das Bundesgericht hat aber festgehalten, dass der Vertrauensschutz der Gläubiger und Aktionäre einer Anfechtung entgegenstehen kann.³⁷ Dem Entscheid lag zwar ein Fall einer (konstitutiven) Kapitalherabsetzung zugrunde, doch gelten diese Überlegungen gleichermassen für den Fall einer eingetragenen ordentlichen Kapitalerhöhung. Da der Eintragung der ordentlichen Kapitalerhöhung im Handelsregister konstitutive Wirkung zukommt (vgl. Art. 643 Abs. 2 OR), sind die Gläubiger in ihrem Vertrauen in die Richtigkeit der eingetragenen (höheren) Kapitalziffer zu schützen.³⁸</p> <p>Demzufolge kann eine eingetragene Kapitalerhöhung nur durch eine nachfolgende (konstitutive) Kapitalherabsetzung rückgängig gemacht werden.³⁹ Dies verdeutlicht die praktische Relevanz der Handelsregistersperre nach Art. 162 HRegV (vgl. dazu Frage 3, D.).</p>	
	9. Fazit	1
	Anna kann erfolgreich eine Anfechtungsklage gegen den GV-Beschluss vom 25. Juni 2018 erheben, da der Ausgabebetrag der neuen Aktien unter dem inneren Wert liegt und sie aber einen Anspruch auf Festsetzung zum inneren Wert hat.	
	B. Nichtigkeitsklage (Art. 706b OR)	
	1. Aktiv- und Passivlegitimation	4.5
	<p>Die Nichtigkeit kann von jedermann, der ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit hat, geltend gemacht werden, solange kein offenkundiger Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB vorliegt. Im Unterschied zur Anfechtungsklage kann die Nichtigkeit neben den Aktionären auch von einem Gläubiger oder Dritten geltend gemacht werden.⁴⁰ Die Nichtigkeitsklage kann neben der Anfechtungsklage geltend gemacht werden.</p> <p>Passivlegitimation: Wie bei Art. 706 f. OR (vgl. dazu Frage 3, A.4.).</p>	
	<p>Anna hat ein Interesse daran, sich gegen den Kapitalerhöhungsbeschluss zur Wehr zu setzen, damit sie als Aktionärin keinen Verlust durch Kapitalverwässerung erleidet. Sie ist damit aktivlegitimiert.</p> <p>Es handelt sich um einen GV-Beschluss der Lagom AG. Folglich ist diese passivlegitimiert.</p>	

³⁶ BGE 138 III 211, E. 4.1 (m.w.H.).

³⁷ BGE 133 III 368, E. 2.4.

³⁸ Vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 16 N 57.

³⁹ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 38), § 52 N 187.

⁴⁰ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 6 zu Art. 706b (m.w.H.).

	2. Anfechtungsobjekt	8.5
	<p>Anfechtungsobjekt der Nichtigkeitsklage sind Beschlüsse der GV (Art. 706b OR), welche gesetzlich zwingend gewährte Aktionärsrechte entziehen oder beschränken (Ziff. 1), die gesetzlichen Kontrollrechte der Aktionäre unzulässig beschränken (Ziff. 2), die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft missachten oder die Bestimmungen zum Kapitalschutz verletzen (Ziff. 3).</p> <p>Die Nichtigkeit von GV-Beschlüssen ist nach dem Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge nur dort anzunehmen, wo die bloße Anfechtbarkeit aus spezifischen Gründen keine genügende Sanktion darstellen würde.⁴¹ Nicht schwerwiegende Mängel werden somit nach Ablauf der zweimonatigen Anfechtungsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR nachträglich geheilt.⁴²</p> <p>Im Allgemeinen wird ein Verstoss gegen fundamentale Prinzipien des Aktienrechts gefordert. Laut Bundesgericht muss es sich um einen schwerwiegenden und offensichtlichen Mangel des Beschlusses handeln.</p>	
	In der Literatur wurden zwei Tatbestände der Nichtigkeit von GV-Beschlüssen herausgearbeitet: Einerseits rechtsetzende Beschlüsse der GV, die zwingendem Gesetzesrecht widersprechen (z.B. statutarischer Ausschluss des Bezugsrechts bei jeglichen Kapitalerhöhungen), andererseits aber auch im Einzelfall die Verletzung von Bestimmungen, die den Kapitalschutz betreffen, da diese auch die (nicht anfechtungsberechtigten) Gläubiger schützen. ⁴³	
	<p>Vorliegend stellt die Festsetzung des Ausgabebetrags zu pari statt zum inneren Wert (Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung) keinen Verstoss gegen fundamentale Prinzipien des Aktienrechts dar.</p> <p>Mit der Anfechtungsklage kann Anna bereits erfolgreich gegen diesen GV-Beschluss vom 25. Juni 2018 vorgehen, weshalb die Nichtigkeit nach dem Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge nicht anzunehmen ist.</p>	
	3. Anfechtungsfrist	0.5
	Die Geltendmachung der Nichtigkeit ist grundsätzlich an keine (Verwirkungs-) Frist gebunden. ⁴⁴	
	4. Fazit	0.5
	Eine Nichtigkeitsklage fällt ausser Betracht, da vorliegend kein taugliches Anfechtungsobjekt ersichtlich ist.	

⁴¹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 8 und N 18 zu Art. 706b.

⁴² Vgl. BÖCKLI (Fn. 3), § 16 N 175; ALEX DOMENICONI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Ausübung von Aktionärsrechten durch ein Aktionärskonsortium, SZW 3/2009, S. 232.

⁴³ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 8 zu Art. 706b; VON DER CRONE (Fn. 2), § 8 N 224 ff.

⁴⁴ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 6 zu Art. 706b (m.w.H.).

	C. Verantwortlichkeitsklage (Art. 752 ff. OR)	1
	Gemäss Sachverhalt möchte Anna die Übernahme der Nordic AG verhindern. Es stellt sich daher die Frage, ob und wie Anna erfolgreich gegen die an der GV beschlossene Kapitalerhöhung vorgehen kann. Gefragt ist also nach den Rechtsbehelfen. Da Anna „gegen die Kapitalerhöhung“ vorgehen will, sind Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 752 ff. OR) nicht zielführend.	
	D. Handelsregistersperre (Art. 162 ff. HRegV)	
	1. Allgemeines	3
	Aufgrund der Publizitätswirkung und des Prinzips des öffentlichen Glaubens des Eintrags einer ordentlichen Kapitalerhöhung im Handelsregister muss Anna ergänzend zu einer Anfechtungsklage eine Handelsregistersperre nach Art. 162 HRegV erwirken. Damit kann verhindert werden, dass der GV-Beschluss über die Kapitalerhöhung noch vor Ablauf der Anfechtungsfrist nach Art. 706a Abs. 1 OR ins Handelsregister eingetragen wird.	
	2. Verfahren	9
	Aktivlegitimiert ist jedermann, der nicht mit der Gesellschaft identisch ist („Einspruch Dritter“), wobei der Einspruch schriftlich erhoben, aber nicht begründet werden muss (vgl. Art. 162 Abs. 1 HRegV).	
	Anna ist nicht mit der Lagom AG identisch (d.h. sie ist aktivlegitimiert) und kann deshalb durch ein schriftliches Gesuch eine Handelsregistersperre erwirken.	
	Das Gesuch ist an das zuständige Handelsregister am Sitz der Gesellschaft zu richten. Da die Lagom AG ihren Sitz in Zürich hat, ist das Handelsregisteramt des Kantons Zürich zuständig.	
	Wenn das Gesuch rechtzeitig gestellt wurde, nimmt das zuständige Handelsregisteramt die Eintragung vorläufig nicht vor (Art. 162 Abs. 1 HRegV). Es informiert die Rechtseinheit über die Registersperre und gewährt dem Einsprecher Einsicht in die Anmeldung und Belege, sofern das Gericht dies anordnet (Art. 162 Abs. 2 HRegV). Der Einsprecher muss dem Handelsregisteramt innert 10 Tagen ab Einreichung des Einspruchs nachweisen, dass er dem Gericht ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gestellt hat (Art. 162 Abs. 3 HRegV).	
	Ungenügend wäre es deshalb, wenn Anna innerhalb der 10 tägigen Frist lediglich die Anfechtungsklage nach Art. 706 OR rechtshängig macht, ohne dies mit einem Gesuch um Erlass der skizzierten vorsorglichen Massnahme zu verbinden.	

	Wurde die ordentliche Kapitalerhöhung bereits dem Handelsregisteramt Zürich angemeldet und im Tagesregister aufgenommen, würde Anna vom Handelsregisteramt an das Gericht verwiesen (Art. 162 Abs. 5 HRegV).	
	3. Fazit	1
	Sofern die ordentliche Kapitalerhöhung noch nicht im Tagebuch eingetragen wurde, wird die Handelsregistersperre erfolgreich sein. Anna muss diesfalls allerdings innert 10 Tagen dem Handelsregisteramt Zürich nachweisen, dass sie beim zuständigen Gericht ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme eingereicht hat.	

	Frage 4 (ca. 15%)	
	A. Problemerkennung	4.5
	Zuerst ist zu prüfen, ob auf Seiten von Herbert Schäfer (vgl. B. und C.) oder der kotierten Gesellschaft (nachfolgend: G. AG) (vgl. D.) irgendwelche börsenrechtliche Pflichten entstehen, da Herbert Schäfer die neu ausgegebenen Namenaktien der schweizerischen Gesellschaft G. AG, deren Inhaberaktien an der SIX Swiss Exchange kotiert sind, im Rahmen der Sacheinlagegründung erwirbt.	
	In finanzmarktrechtlicher Hinsicht stellt sich zunächst die Frage, ob Herbert Schäfer als neuer Aktionär der kotierten G. AG einer allfälligen Meldepflicht nach Art. 120 ff. FinfraG oder Angebotspflicht nach Art. 135 FinfraG unterliegt. Nicht zu prüfen ist eine allfällige Melde- oder Angebotspflicht der G. AG selber. Sie erwirbt Aktien einer nichtkotierten Gesellschaft, der Nordic AG.	
	Die Meldepflicht des Aktionärs nach Art. 697i ff. OR ist vorliegend nicht zu prüfen, da diese nur den Erwerb von nicht börsenkotierten Aktien betrifft.	
	B. Meldepflicht nach Art. 120 ff. FinfraG	
	1. Allgemeines	1 + 2 ZP
	Wann eine Meldepflicht vorliegt, ergibt sich aus Art. 120 Abs. 1 FinfraG: Meldepflichtig wird, wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten u.a. Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz kotiert sind, erwirbt oder veräussert und infolgedessen gesetzlich vordefinierte Schwellenwerte erreicht, über- oder unterschreitet. Zweck dieser Meldepflicht ist die Herstellung von Transparenz über die tatsächlichen Beherrschungsverhältnisse (Klarheit über massgebliche Beteiligungsverhältnisse und Identität massgebender Aktionäre) hinsichtlich einer kotierten Gesellschaft. Zudem dient die Offenlegung der frühzeitigen Aufdeckung von Übernahmabsichten; überraschende Übernahmen werden dadurch erschwert. Die Meldepflicht stellt damit mittelbar die Durchsetzbarkeit der Bestimmungen über das Pflichtangebot sicher.	
	2. Von der Meldepflicht erfasste Titel	9.5
	Ob eine Meldepflicht besteht oder nicht, hängt u.a. davon ab, ob die G. AG, um deren Aktien es vorliegend geht, unter Art. 120 FinfraG fällt.	
	Art. 120 Abs. 1 FinfraG unterstellt nicht alle Arten von Beteiligungspapieren im Sinne von Art. 2 lit. i FinfraG der Meldepflicht; erfasst werden nur Aktien und Beteiligungsderivate (Erwerbs- und Veräusserungsrechte) einer kotierten Gesellschaft. Der Begriff Aktien umfasst sowohl Namen- als auch Inhaberaktien. Nicht	

	der Meldepflicht unterliegen die Partizipations- und Genussscheine.	
	Vorausgesetzt ist ein statutarischer Sitz in der Schweiz bzw. es muss sich um eine Schweizer Gesellschaft handeln. ⁴⁵ Die Meldepflicht setzt weiter eine vollständige oder teilweise Kotierung von Beteiligungspapieren in der Schweiz voraus. Als Kotierung gilt die Zulassung einer Effekte zum Handel an einer Börse (Art. 2 lit. f FinfraG). Als Beteiligungspapiere (vgl. Art. 2 lit. i FinfraG) werden Aktien, Partizipations- und Genussscheine erfasst. Die Meldepflicht findet Anwendung, sobald diese Beteiligungspapiere einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz an der Schweizer Börse kotiert sind. Dabei spielt es auch keine Rolle, dass Partizipations- und Genussscheine selber nicht der Meldepflicht unterliegen. ⁴⁶	
	Gemäss Sachverhalt werden im Rahmen der Kapitalerhöhung neue Namenaktien geschaffen und ausgegeben. Es handelt sich somit um Aktien im Sinne von Art. 120 Abs. 1 FinfraG. Gemäss Fragestellung handelt es sich bei der Gesellschaft, um deren Aktien es geht, um eine schweizerische Gesellschaft, deren Inhaberaktien an der SIX Swiss Exchange kotiert sind. Die G. AG wird folglich vom Anwendungsbereich der Meldepflicht erfasst, selbst wenn im Rahmen der Sacheinlagegründung Namenaktien erworben werden, die nicht kotiert sind.	
	3. Adressat der ordentlichen Meldepflicht (meldepflichtiges Subjekt)	4
	Gemäss Art. 120 FinfraG ist jede natürliche oder juristische Person, die direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten u.a. Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz kotiert sind, erwirbt oder veräussert und infolgedessen gesetzlich vordefinierte Schwellenwerte erreicht, über- oder unterschreitet, meldepflichtig. Gemäss Art. 10 Abs. 1 FinfraV-FINMA sind die wirtschaftlich an den Beteiligungspapieren berechtigten Personen meldepflichtig. Als wirtschaftlich berechtigt gilt, wer die aus einer Beteiligung fließenden Stimmrechte kontrolliert und das wirtschaftliche Risiko aus der Beteiligung trägt. Ausschlaggebend ist nach h.L. und Rechtsprechung die effektive Kontrollmöglichkeit über die Stimmrechte. ⁴⁷	
	Gemäss Sachverhalt werden die neuen Namenaktien Herbert Schäfer zugeteilt bzw. er erwirbt dabei im Tausch gegen die eingebrachten Aktien der Nordic AG das Eigentum an neu ausgegebenen Aktien. Mangels weiteren Angaben im Sachverhalt wird Herbert Schäfer als der wirtschaftlich Berechtigte angesehen, da er die Namenaktien im eigenen Vermögen hält. Er gilt daher als Subjekt der Meldepflicht.	

⁴⁵ THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, in: Rolf Sethe/Olivier Favre/Martin Hess/Stefan Kramer/Ansgar Schott (Hrsg.), Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG, Zürich 2017, N 83 zu Art. 120.

⁴⁶ SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN (Fn. 45), N 86 zu Art. 120.

⁴⁷ BGE 136 II 304, E. 7.8; SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN (Fn. 45), N 114 zu Art. 120 (m.w.H.).

	4. Von der Meldepflicht erfasste Handlungen / Transaktionen	5
	<p>Für die Anwendbarkeit von Art. 120 FinfraG wird sodann eine Transaktion vorausgesetzt. Diese führt allenfalls zum Erreichen, Über- oder Unterschreiten der im Gesetz vorgesehenen Schwellenwerte.</p> <p>Von der Meldepflicht werden sowohl direkte als auch indirekte Erwerbs- und Veräusserungsvorgänge erfasst.</p> <p>Das Gesetz stellt mit Art. 120 Abs. 4 FinfraG weitere Vorgänge dem Erwerb oder der Veräusserung gleich: Als meldepflichtiger Vorgang gelten insbesondere auch Veränderungen des Gesellschaftskapitals (Art. 120 Abs. 4 lit. d FinfraG). Werden die Grenzwerte als Folge einer Erhöhung, Herabsetzung oder Umstrukturierung des Gesellschaftskapitals berührt, löst dies somit ebenfalls die Meldepflicht aus (Art. 16 Abs. 1 lit. a FinfraV-FINMA).</p>	
	<p>Es liegt ein direkter Erwerb seitens Herbert Schäfer sowie ein meldepflichtiger Vorgang im Sinne von Art. 120 Abs. 4 lit. d FinfraG vor, vorausgesetzt Herbert Schäfer erreicht oder überschreitet infolge dieser Kapitalerhöhung einen Grenzwert im Sinne von Art. 120 Abs. 1 FinfraG.</p>	
	5. Erreichen, Über- oder Unterschreiten von Schwellenwerten	12
	<p>Schliesslich setzt die Meldepflicht voraus, dass die im Gesetz festgelegten Schwellenwerte erreicht, über- oder unterschritten werden. Diese betragen 3, 5, 10, 15, 20, 33 $\frac{1}{3}$, 50 oder 66 $\frac{2}{3}$ Prozent der Stimmrechte (nicht des Aktienkapitals). Die Gesamtzahl der stimmberechtigten Aktien ergibt sich aus dem jeweiligen Eintrag im Handelsregister (Art. 14 Abs. 2 FinfraV-FINMA). Von Bedeutung sind nur existierende Stimmrechte, d.h. sobald auf die Aktie der gesetzlich oder statutarisch festgesetzte Betrag einbezahlt ist (Art. 694 OR).</p>	
	<p>Die Meldepflicht lebt für im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung ausgegebene Aktien erst mit der Veröffentlichung der entsprechenden Kapitalveränderung im SHAB auf (Art. 13 Abs. 3 FinfraV-FINMA).</p> <p>Gemäss Art. 931 Abs. 1 OR sind alle Eintragungen im Tagesregister (Handelsregister) in ihrem ganzen Inhalte nach ohne Verzug im amtlichen Teil des SHAB zu publizieren. Die Eintragungen werden nach deren elektronischen Übermittlung durch das EHRA an das SHAB (Art. 32 Abs. 4 HRegV) im SHAB publiziert (Art. 35 Abs. 1 HRegV).</p>	
	<p>Gemäss Sachverhalt wird die von der GV beschlossene ordentliche Kapitalerhöhung vom Verwaltungsrat durchgeführt und innerhalb von drei Monaten im Handelsregister eingetragen. Die Eintragung im Handelsregister wird sodann ohne Verzug durch das SHAB bekanntgemacht. Ab diesem Zeitpunkt entsteht die Meldepflicht des Aktionärs.</p>	
	<p>Herbert Schäfer erwirbt 800 Namenaktien einer kotierten Gesellschaft mit einem Nennwert von je CHF 100.00, was sich auch aus dem Handelsregistereintrag er-</p>	

	<p>geben würde.</p> <p>Da gemäss Art. 692 Abs. 1 OR die Aktionäre ihr Stimmrecht nach Verhältnis des gesamten Nennwerts der ihnen gehörenden Aktien ausüben, kann angenommen werden, dass Herbert Schäfer als neuer Aktionär nach der Kapitalerhöhung 44% der Stimmrechte der G. AG hält (800 Aktien à je CHF 100.00, d.h. 80'000.00 vom Gesamtkapital von CHF 180'000.00). Damit überschreitet er die Schwelle von $33 \frac{1}{3} \%$ der Stimmrechte und ist daher meldepflichtig.</p>	
	6. Ausnahmen und Erleichterungen	1.5 + 1 ZP
	<p>Gemäss Art. 123 Abs. 2 FinfraG kann die FINMA aus wichtigen Gründen Ausnahmen oder Erleichterungen von der Melde- oder Veröffentlichungspflicht vorsehen, insbesondere wenn die Geschäfte: von kurzfristiger Natur sind, mit keiner Absicht verbunden sind, das Stimmrecht auszuüben oder an Bedingungen geknüpft sind. Die FINMA hat von dieser Verordnungskompetenz in Art. 26 FinfraV-FINMA Gebrauch gemacht.</p>	
	<p>Im vorliegenden Fall sind keine wichtigen Gründe im Sinne von Art. 123 Abs. 2 FinfraG i.V.m. Art. 26 FinfraV-FINMA ersichtlich, welche eine Ausnahme oder Erleichterung von der Meldepflicht gestatten würde.</p>	
	7. Meldeverfahren	8
	<p>Die Meldepflicht ist innert viert Tagen seit Entstehung der Meldepflicht (d.h. mit der Veröffentlichung im SHAB) sowohl im Verhältnis zur Gesellschaft als auch gegenüber der Börse, an welcher die Beteiligungspapiere kotiert sind, zu wahren (Art. 120 Abs. 1 FinfraG; Art. 24 Abs. 1 FinfraV-FINMA). Die Gesellschaft selbst hat ihre Informationspflicht nach Art. 124 FinfraG innert zwei Tagen nach Eingang der ihr mitgeteilten Informationen über die Veränderungen bei den Stimmrechten zu wahren (Art. 24 Abs. 3 FinfraV-FINMA). Die Frist zur Meldungserstattung an die Gesellschaft und an die Börse beginnt am ersten Börsentag im Anschluss an das auslösende Ereignis zu laufen (Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 FinfraV-FINMA). Als Börsentage gelten Tage, an denen die fragliche Börse in der Schweiz gemäss ihrem Handelskalender für den börslichen Handel verfügbar ist (Art. 9 Abs. 4 FinfraV-FINMA). Die Anforderungen an den Inhalt der Meldung ergeben sich aus Art. 22 FinfraV-FINMA.</p>	
	<p>Mit der Veröffentlichung der Kapitalerhöhung im SHAB entsteht die Meldepflicht von Herbert Schäfer. Er muss die Überschreitung des Grenzwerts von $33 \frac{1}{3} \%$ der Stimmrechte innerhalb von vier Börsentagen ab Entstehung der Meldepflicht der G. AG sowie der SIX Swiss Exchange melden. Die G. AG muss die ihr von Herbert Schäfer mitgeteilten Informationen über die Veränderungen bei den Stimmrechten innert zwei Börsentage veröffentlichen.</p>	
	8. Fazit	1
	<p>Es entsteht eine Meldepflicht von Herbert Schäfer gemäss Art. 120 FinfraG gegenüber der G. AG und der Offenlegungsstelle der SIX. Die G. AG unterliegt</p>	

	ihrerseits einer Informationspflicht nach Art. 124 FinfraG.	
	C. Angebotspflicht von Herbert Schäfer nach Art. 135 f. FinfraG	
	1. Erwerbshandlung	9
	<p>Die Angebotspflicht wird gemäss Art. 135 Abs. 1 FinfraG ausgelöst, wenn eine Person direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und damit zusammen mit den Papieren, die sie bereits besitzt, den Grenzwert von 33 ⅓ % der Stimmrechte einer Zielgesellschaft, seien diese ausübbar oder nicht, überschreitet.</p> <p>Als Zielgesellschaft gilt u.a. eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise an einer Börse in der Schweiz kotiert sind (Art. 125 Abs. 1 lit. a FinfraG)</p> <p>Mit Überschreitung des Grenzwerts von 33 ⅓ % ist der Erwerber somit ebenfalls zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebotes i.S.v. Art. 2 lit. i FinfraG verpflichtet – statutarische Opting-up auf 49% (Art. 135 Abs. 1 Satz 2 FinfraG) und Opting-out (Art. 125 Abs. 3 und 4 FinfraG) vorbehalten.</p>	
	<p>Aufgrund der obigen Ausführungen (<i>siehe Frage 4, B.4. und B.5.</i>) ist klar, dass Herbert Schäfer als Folge der geplanten Quasifusion (Kapitalerhöhung durch Sacheinlage mit anschliessendem Aktientausch) den Grenzwert von 33 ⅓ % der Stimmrechte überschreitet.</p> <p>Bei der Zielgesellschaft G. AG handelt es sich um eine schweizerische Gesellschaft, deren Beteiligungspapiere (Inhaberaktien) an der SIX Swiss Exchange kotiert sind.</p> <p>Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass ein statutarisches Opting-up oder Opting-out bestehen würde.</p>	
	<p>Umstritten war in der Lehre die Frage, ob das Überschreiten des Schwellenwertes durch eine Fusion eine die Angebotspflicht auslösende Erwerbshandlung ist.⁴⁸ Nach der Praxis der UEK und einem Teil der Lehre entsteht eine Angebotspflicht auch dann, wenn ein Aktionär (oder eine Aktionärsgruppe) mehr als 33 ⅓ % der Stimmrechte einer Zielgesellschaft als Folge einer Quasifusion erwirbt.⁴⁹ Die Aktien werden im Rahmen einer Sacheinlagekapitalerhöhung neu erworben, weshalb der Erwerb durch Sacheinlagekapitalerhöhung unter die Angebotspflicht fällt.</p>	
	2. Gegenstand des Pflichtangebots	3.5 + 1 ZP
	Das Pflichtangebot richtet sich an alle Inhaber von an der schweizerischen Börse kotierten Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft (Art. 35 Abs. 1 FinfraV-FINMA). Das Pflichtangebot muss im Unterschied zum freiwilligen Angebot	

⁴⁸ SK FinfraG-BARTHOLD/SCHILTER (Fn. 45), N 17 zu Art. 135.

⁴⁹ Empfehlung 0056/01 der UEK i.S. Flughafen-Immobilien-Gesellschaft vom 23. Februar 2000, E. 2; bestätigt in Verfügung 0620/01 der UEK i.S. Cytos Biotechnology AG vom 10 Dezember 2015, E. 1.

	<p>zwingend ein Vollangebot sein, d.h. sich auf alle Arten von kotierten Beteiligungspapieren einer Gesellschaft erstrecken. Nichtkotierte Beteiligungspapiere sind dagegen nicht Gegenstand des Pflichtangebots.⁵⁰ Das Pflichtangebot muss innerhalb von zwei Monaten nach Überschreiten des Grenzwertes unterbreitet werden (Art. 39 Abs. 1 FinfraV-FINMA). Das Verfügungsgeschäft löst die Angebotspflicht aus.</p>	
	<p>Gemäss der Fragestellung sind nur die Inhaberaktien der G. AG an der Börse kotiert. Herbert Schäfer muss somit an alle Inhaberaktionäre (Vollangebot) ein öffentliches Kaufangebot unterbreiten.</p>	
	<p>3. Anforderungen an ein Pflichtangebot</p>	<p>14.5 + 1 ZP</p>
	<p>Das Pflichtangebot von Herbert Schäfer muss einigen Anforderungen entsprechen:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Pflicht zur Veröffentlichung eines Angebotsprospekts (Art. 127 Abs. 1 FinfraG, Art. 17 ff. UEV) b) Pflichtangebote müssen zu einem Mindestpreis erfolgen. Dieser muss mindestens gleich hoch sein wie der Börsenkurs, und falls dieser tiefer ist, der höchste Preis, den die Anbieterin in den letzten zwölf Monaten für Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft bezahlt hat (Art. 135 Abs. 2 FinfraG). Der Angebotspreis muss vorliegend also mangels weiteren Angaben im Sachverhalt mindestens dem Börsenkurs entsprechen. c) Die <i>Best Price Rule</i> zwingt die Anbieterin, von der Veröffentlichung der Angebots bis 6 Monate nach Ablauf der Nachfrist allen Aktionären einer Zielgesellschaft den gleichen Preis zu offerieren (Art. 10 Abs. 1 UEV). Die <i>Best Price Rule</i> ist Ausfluss des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 127 Abs. 2 FinfraG. d) Das Pflichtangebot darf nicht an Bedingungen geknüpft werden, es sei denn, es liegen wichtige Gründe im Sinne von Art. 38 Abs. 2 FinfraV-FINMA vor (Art. 38 Abs. 1 FinfraV-FINMA). Solche wichtige Gründe sind im vorliegenden Fall mangels weiteren Angaben im Sachverhalt nicht ersichtlich. Herbert Schäfer darf das Angebot zum Kauf der Inhaberaktien der G. AG somit nicht unter eine Bedingung stellen. e) Der Angebotspreis kann entweder durch Barzahlung oder durch Tausch gegen Effekten geleistet werden (Art. 45 Abs. 1 FinfraV-FINMA) Bietet der Anbieter als Entgelt Effekten an, muss er dem Empfänger des Angebots zwingend immer auch eine Barabgeltung anbieten (Art. 45 Abs. 2 FinfraV-FINMA) f) Der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft muss den Inhabern von Beteiligungspapieren einen Bericht vorlegen, in dem er zum Angebot Stellung nimmt (Art. 132 Abs. 1 FinfraG). g) Unzulässig auf Seiten des Verwaltungsrates der Zielgesellschaft ist die Ergreifung von übernahmerechtlich gesetzeswidrigen Abwehrmassnahmen. 	

⁵⁰ SK FinfraG-BARTHOLD/SCHILTER (Fn. 45), N 147 zu Art. 135.

	<p>men ab Veröffentlichung des Angebots bzw. deren Voranmeldung (Art. 8 Abs. 3 UEV) (Art. 132 Abs. 2 FinfraG i.V.m. Art. 36 UEV). Abwehrmassnahmen der GV sind aber zulässig.</p> <p>h) Nach Veröffentlichung des öffentlichen Angebots ist eine Karenzfrist von 10 Börsentagen zur Annahme des Angebots zu beachten (Art. 14 Abs. 2 UEV). Das Angebot kann erst nach Ablauf der Karenzfrist angenommen werden (Art. 14 Abs. 1 UEV).</p>	
	4. Fazit	0.5
	Herbert Schäfer ist verpflichtet, ein Pflichtangebot für alle Inhaberaktien der G. AG zu unterbreiten, da er durch die Quasifusion den Schwellenwert von 33 ⅓ % der Stimmrechte überschreitet.	
	D. Ad hoc-Publizität nach Art. 53 KR	
	1. Allgemeines	1 + 3 ZP
	<p>Die Zielgesellschaft G. AG selbst muss prüfen, ob sie wegen der Übernahme der Nordic AG bzw. dem Erwerb der Anteile der Nordic AG mittels Aktientausch einer Informationspflicht (Ad hoc-Publizität) unterliegt.</p> <p>Die Regeln der Ad hoc-Publizität sollen gewährleisten, dass der Emittent die Öffentlichkeit in fairer und transparenter Weise frühzeitig über massgebliche Entwicklungen und Veränderungen im Unternehmen informiert. Für den Anleger sollen Transparenz und Gleichbehandlung (Schaffung eines „level playing field“) sichergestellt sowie die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte gewährleistet werden. Durch den raschen Abbau von Informationsvorsprüngen beugt die Ad hoc-Publizität zudem dem Insiderhandel vor.</p>	
	2. Potentiell kursrelevante Tatsache	16.5
	Nach Art. 53 Abs. 1 Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange (KR) muss der Emittent den Markt über kursrelevante Tatsachen informieren, welche in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten sind. Als kursrelevant gelten Tatsachen, die geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen.	
	<p>Gegenstand der Ad hoc-Publizität ist folglich die gesellschaftsinterne, (potentiell) kursrelevante Tatsache. Diese wird in der Richtlinie zur Ad hoc-Publizität (RLAhP) konkretisiert.</p> <p>Art. 2 RLAhP legt den Anwendungsbereich der RLAhP fest. Die Richtlinie findet auf alle Emittenten Anwendung, deren Effekten an der SIX Swiss Exchange AG kotiert sind und deren Gesellschaftssitz in der Schweiz ist.</p>	
	Vorliegend handelt es sich gemäss Fragestellung um eine schweizerische Gesellschaft, deren Beteiligungspapiere an der SIX Swiss Exchanges kotiert sind. Die RLAhP findet vorliegend somit Anwendung.	

	<p>Um nach Art. 53 KR relevant zu werden, muss ein Ereignis von erheblicher Kursrelevanz sein (Art. 3 RLAhP).</p> <p>Eine erhebliche Kursrelevanz liegt vor, wenn eine das übliche Mass der Kurschwankung deutlich übersteigende Kursänderung zu erwarten ist (Art. 4 Abs. 1 RLAhP). Ob eine Tatsache das Potential hat, zu einer erheblichen Kursänderung zu führen, ist im Einzelfall zu beurteilen (Art. 4 Abs. 2 RLAhP).</p> <p>Die Tatsache hat zudem neu zu sein, d.h. sie ist der Öffentlichkeit weder bekannt noch zugänglich.⁵¹ Schliesslich muss die Tatsache, die den Emittenten betrifft, im eigenen Tätigkeitsbereich ergangen sein (vgl. Art. 53 KR).</p> <p>Blosse Gerüchte, Planungsvarianten, Ideen und reine Absichten fallen nicht unter die Ad hoc-Publizität.⁵² Eine Tatsache im Sinne von Art. 53 KR liegt nicht immer erst dann vor, wenn ein formeller Beschluss des für die Beschlussfassung zuständigen Organs vorliegt.⁵³ Insbesondere Struktur- und Kapitalveränderungen haben Potential, den Kurs erheblich zu beeinflussen.⁵⁴ Bereits die Aufnahme von Gesprächen betreffend eine allfällige Übernahme kann eine potentiell kursrelevante Tatsache darstellen.⁵⁵ Dabei ist unerheblich, ob es tatsächlich zu einer Änderung des Kurses kommt; die Eignung für eine erhebliche Änderung des Kurses genügt bereits.⁵⁶</p>	
	<p>Im vorliegenden Fall soll die Nordic AG mittels Quasifusion (Erwerb mittels Aktientausch) erworben werden, wobei die für den Tausch erforderlichen Aktien der G. AG im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung um CHF 80'000 beschafft werden sollen. Durch die Übernahme soll ein weiteres wichtiges Standbein in der Schweiz gesichert werden.</p> <p>Insofern ist mit dem Erwerb eine neue Strategieausrichtung verbunden. Dieser Entschluss des Verwaltungsrats, die Nordic AG mittels Aktientausch zu erwerben, ist als potentiell kursrelevante Tatsache zu qualifizieren, wird doch ein verbindliches, durch die G. AG zu verfolgendes Ziel festgelegt und die Struktur und das Kapital der G. AG verändert.</p>	
	3. Zeitpunkt der Bekanntgabe	7 + 2 ZP
	<p>Die informationspflichtige Person ist die Emittentin.</p> <p>Zu informieren ist, sobald die Gesellschaft von der Tatsache in ihren wesentlichen Punkten Kenntnis hat (Art. 53 Abs. 2 KR; Art. 5 RLAhP). Ein Emittent hat von der Tatsache Kenntnis, wenn eine Person, welche Geschäftsführungsfunktionen wahrnimmt oder eine nicht exekutiver Verwaltungsrat von der Tatsache weiss.⁵⁷</p> <p>Bei der Bekanntmachung muss die Gleichbehandlung der Marktteilnehmer ge-</p>	

⁵¹ Kommentar von SIX Exchange Regulation zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie vom 29. Oktober 2008 (Kommentar zur RLAhP), Fassung vom 1. November 2011, N 47.

⁵² Kommentar zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie (Fn. 51), N 27.

⁵³ Kommentar zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie (Fn. 51), N 35.

⁵⁴ Kommentar zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie (Fn. 51), N 53 und 55.

⁵⁵ Kommentar zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie (Fn. 51), N 54.

⁵⁶ Kommentar zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie (Fn. 51), N 51.

⁵⁷ Kommentar zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie (Fn. 51), N 93.

	währleistet sein (Art. 53 Abs. 3 KR), d.h. es darf keine selektive Information erfolgen (Art. 6 RLAhP). Die Verbreitung der Mitteilung erfolgt nach Art. 7 ff. RLAhP.	
	<p>Vorliegend ist die kotierte Gesellschaft G. AG Emittentin, da sie die Nordic AG erwerben will, weshalb sie informationspflichtig ist.</p> <p>In der Verwaltungsratssitzung der G. AG vom 12. Februar 2018 einigen sich die Verwaltungsratsmitglieder auf den Erwerb der Nordic AG mittels Aktientausch. Die G. AG hat damit spätestens am 12. Februar 2018 von der potentiell kursrelevanten Tatsache in ihren wesentlichen Punkten Kenntnis und ist ab diesem Zeitpunkt folglich informationspflichtig.</p> <p>Vor diesem Zeitpunkt ist der Erwerb der Nordic AG bloss eine Idee von Christoph, die als solche noch nicht unter die Ad hoc-Publizität fällt.</p>	
	4. Bekanntgabeaufschub nach Art. 54 KR	9
	<p>Die Bekanntgabe gesellschaftsinterner, kursrelevanter Informationen steht im Widerspruch zum Geschäftsgeheimnis der Gesellschaft (Art. 717 Abs. 1 OR) und kann der Gesellschaft schaden. Aus diesem Grund besteht die Möglichkeit, die Bekanntgabe unter gewissen Bedingungen hinauszuschieben.</p> <p>Ein Bekanntgabeaufschub ist gemäss Art. 54 KR möglich, wenn kumulativ die neue Tatsache auf einem Plan oder einem Entschluss beruht und deren Verbreitung geeignet ist, die berechtigten Interessen des Emittenten zu beeinträchtigen (Abs. 1) und der Emittent die umfassende Vertraulichkeit der Tatsache gewährleistet, d.h. die effektive Geheimhaltung sicherstellt (Abs. 2).</p> <p>Der Emittent muss hierzu eine Interessenabwägung vornehmen: Die eigenen Interessen müssen objektiv betrachtet zweifelsohne höher als die Anlegerinteressen eingeschätzt werden.</p> <p>Beim Auftreten eines Lecks (vgl. Art. 54 Abs. 2 Satz 2 KR; Art. 17 RLAhP) endet die Zulässigkeit eines Bekanntgabeaufschubes.</p>	
	<p>Die geplante Quasifusion, wie der vorliegenden, kann ein berechtigtes Interesse für einen Bekanntgabeaufschub darstellen und damit eine vorübergehende Nichtoffenlegung des Übernahmeplans bzw. der Übernahmegespräche ermöglichen.⁵⁸ Wird ein Bekanntgabeaufschub in Anspruch genommen, muss die G. AG laufend prüfen, ob ihre Interessen immer noch überwiegen. Ist dies nicht der Fall, hat sie die aufgeschobene Ad hoc-Mitteilung zu veröffentlichen.</p> <p><i>Variante:</i></p> <p>Es kann allerdings auch argumentiert werden, dass die Transaktion bereits so konkretisiert ist (man einigt sich an der Sitzung über das konkrete Vorgehen), dass nicht mehr von einer Vertrauensphase gesprochen werden darf und daher auch keinen Aufschub gerechtfertigt ist.</p>	

⁵⁸ Vgl. ROLF H. WEBER, Praxis der SWX Swiss Exchange zur Ad-hoc-Publizität, SZW 5/2002, 297 ff., 298; Kommentar zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie (Fn. 51), N 189.

	5. Übernahmeangebot von Herbert Schäfer als potentiell kursrelevante Tatsache?	4.5 + 1 ZP
	Nach den obigen Ausführungen steht fest, dass Herbert Schäfer sämtlichen Aktionären von Inhaberaktien der G. AG ein Übernahmeangebot unterbreiten muss (<i>siehe Frage 4, C.</i>). Es stellt sich auch hier die Frage nach der Veröffentlichung von Ad hoc-Mitteilungen.	
	<p>Eine geplante Übernahme ist im Hinblick auf den Emittenten, vorliegend die G. AG als Zielgesellschaft, als potentiell kursrelevante Tatsache anzusehen.⁵⁹ In einem solchen Fall ist unter Umständen eine mehrstufige Kommunikation empfehlenswert.⁶⁰</p> <p>Sobald die G. AG von der Übernahme Kenntnis erhält (z.B. mit Kontaktaufnahme durch Herbert, spätestens aber mit Veröffentlichung des Angebots bzw. der Voranmeldung) ist die G. AG zur Veröffentlichung einer Ad hoc-Mitteilung verpflichtet. Allenfalls kann sich auch hier in der Regel einen vorübergehenden Aufschub der Bekanntgabe rechtfertigen.</p>	
	Die G. AG ist nach Art. 53 KR informationspflichtig.	

⁵⁹ Kommentar zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie (Fn. 51), N 83.

⁶⁰ Kommentar zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie (Fn. 51), N 83.

	Frage 5 (ca. 6%)	
	A. Vinkulierung (Art. 685 ff. OR)	
	1. Allgemeines	1
	Gemäss Sachverhalt möchte der Verwaltungsrat verhindern, dass Anna ihre Aktien ungehindert an einen Dritten, namentlich einen Konkurrenten, verkauft. Namenaktien sind nach Art. 684 Abs. 1 OR ohne Beschränkung übertragbar, es sei denn, Gesetz oder Statuten bestimmen es anders.	
	2. Gesetzliche Vinkulierung	6
	Sind Namenaktien nicht vollliberiert, dürfen sie nur mit Zustimmung der Gesellschaft, d.h. des Verwaltungsrates, übertragen werden (Art. 685 Abs. 1 OR). Die Zustimmung darf aber nur verweigert werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Erwerbers zweifelhaft ist und er die von der Gesellschaft geforderten Sicherheiten nicht leistet (Art. 685 Abs. 2 OR).	
	Gemäss Sachverhalt hat Anna ihre 250 Namenaktien nur zur Hälfte liberiert. Somit dürfen ihre Namenaktien nur mit Zustimmung der Lagom AG übertragen werden. Vorliegend gibt es aber keine Indizien für eine eingeschränkte Zahlungsfähigkeit der Holm Living AG, gemäss SV ist sie vielmehr eine liquide Käuferin. Leistet die Holm Living AG die geforderte Sicherheit, kann die Lagom AG ihre Zustimmung nicht verweigern.	
	3. Statutarische Beschränkung	
	a) Anwendbare Bestimmungen	4
	Gemäss Art. 685a Abs. 1 OR können die Statuten bestimmen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen. Dabei wird unterschieden, ob die Namenaktien der Aktiengesellschaft an der Börse kotiert sind oder nicht (vgl. Art. 685b f. und Art. 685d ff. OR). Die allgemein anwendbaren Grundsätze nach Art. 685a OR sind auf alle vinkulierten Namenaktien anwendbar.	
	Gemäss Sachverhalt besitzt Anna 250 Namenaktien, die nicht an der Börse kotiert sind. Folglich sind die Art. 685a-685c OR anwendbar.	
	b) Statutenänderung	12.5
	Dem SV ist nicht zu entnehmen, dass die Lagom AG bereits eine statutarische Vinkulierung vorgesehen hat. Deshalb wird nach eine Statutenänderung erforderlich, welche die Übertragbarkeit der Namenaktien aus einem wichtigen Grund beschränkt.	
	Die Verankerung der Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien in den	

	<p>Statuten erfordert einen Beschluss der GV mit qualifiziertem Mehr (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. 704 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Dazu hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 699 Abs. 1 OR eine GV einzuberufen, wobei die Einberufung mind. 20 Tage vor GV erfolgen muss (Art. 700 Abs. 1 OR). Die Form der Einberufung ergibt sich aus den Statuten (Art. 700 Abs. 1 i.V.m. Art. 626 Ziff. 5 OR). In der Einberufung müssen die Traktanden genau umschrieben und die Anträge des VR enthalten sein (Art. 700 Abs. 2 OR). Vorliegend müsste also der Verwaltungsrat der Lagom AG zwecks der statutarischen Beschränkung der Namensaktien eine GV einberufen. Der Beschluss der GV über die Statutenänderung muss öffentlich beurkundet (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 7 OR) und ins Handelsregister eingetragen werden (Art. 647 i.V.m. Art. 650 Abs. 3 OR).</p>	
	<p>Der Verwaltungsrat der Lagom AG könnte eine GV einberufen und die statutarische Beschränkung der Namenaktien (Vinkulierung) traktandieren. An der GV hätten Herbert Schäfer (44%) und Christoph Johansson (28%) zusammen genügend Stimmen und Aktiennennwerte, um das qualifizierte Mehr zur Einführung der Vinkulierung zu erreichen. Bis zur Statutenänderung kann Anna ihre Namenaktien allerdings jedem beliebigen Dritten verkaufen.</p>	
	c) Wichtiger Grund	8.5
	<p>Die Gesellschaft kann das Gesuch um Zustimmung nur ablehnen, sofern sie sich auf einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund berufen kann (Art. 685b Abs. 1 OR). Wichtige Gründe sind Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die eine Verweigerung mit Blick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit rechtfertigen (Art. 685b Abs. 2 OR). Der Gesellschaftszweck kann einen Rechtfertigungsgrund für die Ablehnung eines Erwerbers bilden, der in einem Konkurrenzverhältnis zur Gesellschaft steht.⁶¹</p>	
	<p>Sofern die Vinkulierung als solche statutarisch vorgesehen ist, kann die Gesellschaft den Erwerber auch ohne Angabe von Gründen ablehnen, wenn sie dem Veräusserer der Aktien anbietet, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung andere Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuchs zu übernehmen (Art. 685b Abs. 1 OR). Zu beachten ist allerdings, dass die Gesellschaft im Zusammenhang mit Vinkulierungen nur Aktien mit gesamtem Nennwert von 20% des Aktienkapitals erwerben darf (Art. 659 Abs. 2 OR). Sodann muss genügend frei verwendbares Eigenkapital vorhanden sein (Art. 659 Abs. 1 OR). Schliesslich muss die Gesellschaft alle Aktien innert zwei Jahren veräussern oder durch Kapitalherabsetzung vernichten, bis der Nennwert der eigenen Aktien 10% des Aktienkapitals nicht übersteigt (Art. 659 Abs. 2 OR).</p>	
	<p>Das Eigentum und alle damit verknüpften Rechte an den Aktien bleiben solange beim Veräusserer, solange die erforderliche Zustimmung zur Übertragung der Aktien nicht erteilt wird (Art. 685c Abs. 1 OR). Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung innert dreier Monate nicht</p>	

⁶¹ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 4 zu Art. 685b.

	oder zu Unrecht ablehnt (Art. 685c Abs. 3 OR).	
	d) Fazit	2.5
	Der Verwaltungsrat der Lagom AG könnte eine GV einberufen und eine neue Statutenbestimmung beantragen, die die Übertragbarkeit der Namenaktien beschränkt. Dazu müsste in den Statuten ein wichtiger Grund wie bspw. eine Konkurrenzklausele aufgenommen werden. So könnte der Verwaltungsrat verhindern, dass Anna ohne Zustimmung der Lagom AG ihre Aktien ungehindert an einen Dritten (Konkurrenten) verkaufen kann.	
	B. Verkauf von Aktiven und Passiven	8
	Der Verwaltungsrat der Lagom AG könnte den Gesellschaftszweck ändern und einen wichtigen Unternehmensteil verkaufen, damit Konkurrenten kein Interesse mehr am Kauf des Aktienpakets von Anna haben.	
	Der Verwaltungsrat hat die Oberleitung der Aktiengesellschaft inne (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR). Unter diesen Begriff fallen die Festlegung der Unternehmensstrategie sowie die Wahl der Mittel für die Zielerreichung. ⁶² Die GV wird sich zur Strategie äussern müssen: Da der Gesellschaftszweck zwingender Bestandteil der Statuten ist (Art. 626 Ziff. 1 OR), wird mit der Änderung des Gesellschaftszwecks eine Statutenänderung erforderlich, die von der GV beschlossen werden muss (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Dieser GV-Beschluss benötigt das qualifizierte Mehr (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR).	
	Wenn Christoph Johansson (Anteil von 28% am Aktienkapital der Lagom AG) das Vorhaben des Verwaltungsrates unterstützt, hätte er zusammen mit Herbert Schäfer (Anteil von 44% am Aktienkapital der Lagom AG) genügend Stimmen und Aktienennwerte, um das qualifizierte Mehr zur Änderung des Gesellschaftszwecks zu erreichen.	
	C. Kaduzierung	4.5
	Gemäss Art. 634a Abs. 1 OR kann der Verwaltungsrat die nachträgliche Leistung von Einlagen auf nicht voll liberierte Aktien beschliessen (vgl. Art. 687 Abs. 1 OR). Zahlt der Aktionär den Ausgabebetrag seiner Aktien nicht rechtzeitig ein, ist er zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet (Art. 681 Abs. 1 OR). Nach einer dreimaligen Aufforderung zur Einzahlung im SHAB unter Ansetzung einer Nachfrist von einem Monat kann die Aktionärsstellung für verlustig erklärt werden (sog. Kaduzierung; Art. 681 Abs. 2 i.V.m. Art. 682 OR).	
	Unter diesen Voraussetzungen könnte der Verwaltungsrat der Lagom AG der säumigen Aktionärin Anna ihre Aktionärsstellung für verlustig erklären, womit sie ihre Aktien nicht mehr an einen Dritten verkaufen könnte.	

⁶² BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 4 zu Art. 716a.

Aufgabe 2 (Gewichtung: 40%)

Hinweis zur Berechnung der Gesamtpunktzahl

Vor der Addition mit den im gesellschaftsrechtlichen Teil der Prüfung (Aufgabe 1) erzielten Punkten sind die im wettbewerbsrechtlichen Teil der Prüfung (Aufgabe 2) erreichten Punkte mit dem **Faktor 5 zu multiplizieren**.

Vorbemerkung

Bei der vorliegenden Musterlösung handelt es sich nicht um den einzig möglichen Lösungsweg, andere vertretbare Lösungswege wurden ebenso anerkannt.

Aufgabe 2 (Teil KG)	Punkte maximal
I.a Geltungsbereich des KG gemäss Art. 2 KG	2,75
<p><i>Sachlicher Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 1 KG):</i> Geht es hier um Wettbewerbsabreden, Ausübung von Marktmacht oder Unternehmenszusammenschlüsse?</p> <p>Die dritte Möglichkeit scheidet von vornherein aus. Eine „Ausübung von Marktmacht“ ist aufgrund der Marktanteile der Avinea AG sowie mangels weiterer, in diese Richtung weisender Informationen im Sachverhalt nicht ersichtlich. In casu geht es vielmehr um Wettbewerbsabreden.</p>	
<p><i>Persönlicher Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} KG):</i> Ausschlaggebend ist die Unternehmensqualität gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.</p> <p>In casu sind die Avinea AG sowie die Peau Pure Sàrl zweifellos Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn.</p>	
<p><i>Örtlicher Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 2 KG):</i> Der örtliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes richtet sich nach dem Auswirkungsprinzip. Nach diesem können Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fallen. Gemäss Rechtsprechung ist keine besondere Intensität der Auswirkungen nötig.</p> <p>Der Vertriebsvertrag regelt zwei Dinge: Die Exportbeschränkung der Avinea AG beschränkt den Vertrieb ihrer Produkte im Ausland. Dies ist vorliegend jedoch nicht in erster Linie relevant, da die direkten Auswirkungen der Abrede im Ausland eintreten.</p> <p>Weiter hindert die Klausel die Peau Pure Sàrl daran, Produkte ausserhalb von Frankreich zu vertreiben, also schweizerische Händler zu beliefern. Damit wirkt sich der Sachverhalt auf die Schweiz aus.</p>	
<p><i>Zeitlicher Geltungsbereich:</i> Die Normen des KG erfassen nur Sachverhalte, die sich nach ihrem (jeweiligen) Inkrafttreten ereignet haben (1. Januar 1996 bzw. Änderungen vom 1. April 2004). Vorliegend ist diese zeitliche Anforderung unproblematisch erfüllt.</p>	

I.b Anwendungsbereich des KG gemäss Art. 3 KG	0,5
Art. 3 KG regelt das Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften bzw. Rechtsmaterien. Keiner der Absätze von Art. 3 KG ist in casu einschlägig.	
Zwischenfazit: Der Geltungs- und Anwendungsbereich des KG ist also eröffnet.	0,25
II. Art. 5 KG: Unzulässige Wettbewerbsabreden	
II.a Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG	1,5
<p>Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.</p> <p>In casu geht um einen (schriftlichen) Vertrag zwischen der Avinea AG und der Peau Pure Sàrl. Auch wenn man eine Nichtigkeit nach Art. 20 OR annehmen würde, liegt der strittigen Klausel gemäss Art. 1 OR ein Bindungswille zugrunde. Dies muss genügen, da ansonsten die Normen gegen wettbewerbswidrige Abreden infolge einer Nichtigkeit dieser Abreden leerlaufen. Daher handelt es sich um eine „rechtlich erzwingbare Vereinbarung“ i.S.d. Gesetzeswortlauts.</p>	
II.b Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	4,75
<p>Das Gesetz stellt in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Vermutungstatbestände für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf, und zwar bzgl. horizontalen Abreden, d.h. solche zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe, und vertikalen, d.h. zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen.</p> <p>Der vorliegende Vertrag ist, in Bezug auf die Vertriebstätigkeit der Peau Pure Sàrl, die Vereinbarung zwischen einer Produzentin und einer Vertriebsgesellschaft, also eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die nicht auf derselben Stufe der Produktion oder Distribution stehen. Es handelt sich folglich um eine vertikale Vereinbarung. <i>(Sofern Bearbeiter eine horizontale Komponente angenommen haben, konnten bei entsprechender Begründung ebenfalls Punkte erzielt werden)</i></p> <p>Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden über die Zuweisung von Gebieten, sofern (passive) Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden – sog. „absoluter Gebietsschutz“. Ein Passivverkaufsverbot liegt vor, wenn einem Händler untersagt wird, Kunden zu bedienen, die ihren Sitz nicht im zugewiesenen Vertragsgebiet haben und den Händler aus eigenem Antrieb kontaktieren. Ein aktives Verkaufsverbot liegt demgegenüber vor, wenn Kunden oder Kundengruppen in einem fremden Gebiet nicht aktiv beworben oder zum Transaktionspartner gemacht werden dürfen.</p> <p>Gemäss vorliegendem Vertrag verpflichtet sich die Peau Pure Sàrl, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zugewiesenen Gebiet zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen. Dies bedeutet, dass die Peau Pure Sàrl unaufgeforderten Bestellungen von Kunden ausserhalb ihres zugewiesenen Gebietes nicht nachkommen darf (Verbot des passiven Verkaufs). Somit liegt ein absolu-</p>	

ter Gebietsschutz, der den wirksamen Wettbewerb nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vermutungsweise beseitigt, und ein aktives Verkaufsverbot vor, da potenzielle Kunden in vertragsfremden Gebieten nicht aktiv angesprochen werden können.	
III. Widerlegung der Vermutung des Art. 5 Abs. 4 KG	0,25
Besteht genügender Aussen- oder Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt, kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden.	
III.a) Definition des relevanten Marktes	1,75
Sachliche Abgrenzung: Unter Heranziehung von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU (analog) kommt es in erster Linie auf das Bedarfsmarktkonzept an, also die Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite. Den sachlich relevanten Markt bilden vorliegend rezeptfreie Gesichtscremes. Die Substituierbarkeit z.B. von rezeptpflichtigen oder von Ganzkörpercremes ist mangels weiterer Angaben im Sachverhalt nicht ersichtlich.	
Räumliche Abgrenzung: Unter Heranziehung von Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU (analog) sowie nach Sachverhaltsangabe besteht ein nationaler Schweizer Markt für rezeptfreie Gesichtscremes; dieser ist der hier relevante räumliche Markt. <i>(Das Abstellen auf einen EWR-Markt oder einen kombinierten Markt EWR-Schweiz wurde nur bei stringenter Begründung berücksichtigt)</i>	
Zeitliche Abgrenzung: Eine relevante zeitliche Begrenztheit des massgeblichen Marktes ist vorliegend nicht ersichtlich.	
Zwischenfazit: Relevant ist vorliegend der nationale Markt für rezeptfreie Gesichtscremes in der Schweiz.	0,25
III.b) Widerlegung der Vermutung	3
Aussenwettbewerb: Es ist zu prüfen, ob es Händler der gleichen Marktstufe gibt, die nicht in die Abrede eingebunden sind und somit genügend Wettbewerbsdruck ausüben. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs muss eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs vorgenommen werden. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt. In casu verfügen die anderen Produzenten von Gesichtscremes über einen Marktanteil von 65 %, was auf einen starken Aussenwettbewerb schliessen lässt. Weiter spricht der Umstand, dass die Produkte ausschliesslich bei der Avinea AG bezogen werden müssen und nicht von anderen Vertriebsgesellschaften im EWR-Ausland erworben werden können, dafür, dass vom Parallelimport kein zusätzlicher Wettbewerb ausgeht. Andere Hinweise, welche für einen Intra- oder Interbrand-Wettbewerb sprechen, finden sich im Sachverhalt nicht. Innenwettbewerb: Zum Nachweis von ausreichendem Innenwettbewerb bedarf es des Nachweises, dass die Parteien sich nicht an die Abrede halten, oder des Nachweises, dass	

<p>der Wettbewerb bezüglich anderer, nicht durch die Abrede betroffener Parameter (wie Beratungs-, Service- oder Qualitätswettbewerb) weiterhin stattfindet.</p> <p>In casu scheinen die Parameter wie Beratungs-, Service- oder Qualitätswettbewerb bei Gesichtscremes nicht für einen genügenden Innenwettbewerb ausschlaggebend zu sein.</p>	
<p>Zwischenfazit: Jedenfalls aufgrund des starken Interbrand-Wettbewerbs kann die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs widerlegt werden.</p>	0,25
<p>IV. Prüfung der Erheblichkeit der Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG</p>	2,25
<p>Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, unzulässig. Während zuvor auch dann, wenn eine Abrede einen Vermutungstatbestand der Art. 5 Abs. 3, Abs. 4 KG erfüllte (und die Vermutung widerlegt werden konnte), verbreitet qualitative <i>und</i> quantitative Kriterien für die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung berücksichtigt wurden, hat die Gaba-Entscheidung des Bundesgerichts klargestellt, dass grundsätzlich in solchen Konstellationen bereits qualitative Kriterien für die Annahme einer Erheblichkeit ausreichen, die quantitativen Auswirkungen der Abrede also nicht ermittelt werden müssen.</p> <p>In casu ist ein Vermutungstatbestand aus Art. 5 Abs. 4 KG (absoluter Gebietsschutz) erfüllt, so dass qualitative Kriterien für eine Erheblichkeit ausreichen und auch gegeben sind. Eine Ausnahmesituation, in der auch nach der Gaba-Rechtsprechung eine Betrachtung der quantitativen Auswirkungen erforderlich wäre, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn man indes auch quantitative Kriterien berücksichtigen wollte, dürften diese angesichts eines von der Abrede betroffenen Marktanteils von 35 % erfüllt sein.</p>	
<p>V. Effizienzrechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG</p>	1,5
<p>Aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz können erheblich beeinträchtigende Wettbewerbsabreden dennoch gerechtfertigt sein, wenn sie zur Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten, zur Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren, zur Förderung der Forschung oder Wissensverbreitung oder zur rationelleren Nutzung von Ressourcen notwendig sind (Art. 5 Abs. 2 lit. a KG) und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. b KG). Der Effizienzbegriff ist dabei volkswirtschaftlich zu verstehen. Die Effizienzrechtfertigung kann gesteigerte Bedeutung insbesondere für Fälle haben, in denen die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung allein aus qualitativen Kriterien abgeleitet wird.</p> <p>Vorliegend gibt es keine detaillierten Sachverhaltselemente, welche eine Effizienzrechtfertigung indizieren oder die Erforderlichkeit der Abrede zur Erreichung eines in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG genannten Grundes zeigen, weshalb sich die Prüfung von Art. 5 Abs. 2 lit. b KG erübrigt. Allgemein kann darauf hingewiesen werden, dass der Gebietsschutz</p> <ul style="list-style-type: none"> - Transaktionskosten im Vertrieb mindern kann; - die Errichtung eines effektiven Vertriebsnetzes erleichtert und unter Umständen vorstossenden Wettbewerb erst ermöglicht, weil die Vertriebspartner keine Trittbrettfahrer/Frustrierung ihrer Vertriebsinvestitionen fürchten müssen; - damit einen Gegenanreiz zur vertikalen Integration setzt, die letztlich oftmals noch wettbewerbschädlicher wäre. 	

Eine ausnahmsweise Zulassung aus öffentlichem Interesse (Art. 8 KG) ist vorliegend nicht ersichtlich.	0,5
VI. Fazit	0,5
Der Vertrag zwischen der Avinea AG und der Peau Pure Sàrl verstösst gegen Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG und ist daher unzulässig.	
	20

Aufgabe 2 (Teil UWG)	Punkte maximal
Anwendungsbereich UWG	1,25
Sachlicher Anwendungsbereich: Jedes Verhalten, das dazu geeignet ist, das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern zu beeinflussen. In casu ist das Handeln von Frank Faltig objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt.	
Persönlicher Anwendungsbereich: Das UWG schützt den Wettbewerb „im Interesse aller Beteiligten“ (Art. 1 UWG), dient also den Interessen von Wirtschaft, Konsumenten und Allgemeinheit. Das Verhalten von Frank Faltig, eines Unternehmensvertreters, fällt in den persönlichen Anwendungsbereich des UWG.	
Geographischer Anwendungsbereich: Aufgrund des Bearbeitungshinweises nicht von Bedeutung.	
Zwischenfazit: Der Anwendungsbereich des UWG ist damit eröffnet.	0,25
Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften	0,25
Abgesehen davon, dass schon die Fragestellung auf das UWG eingrenzt, schliesst insbesondere die Anwendung des KG jene des UWG nicht aus.	
Verhältnis von Spezialtatbeständen und Generalklausel	0,75
Gemäss Rechtsprechung sind die Spezialtatbestände vor der Generalklausel zu prüfen. Die Generalklausel (Art. 2 UWG) ist vorliegend nicht einschlägig, da insbesondere keine Verleitung zum Geheimnisverrat bzw. kein Auskundschaften eines Arbeitnehmers <i>nach Beendigung</i> seines Arbeitsverhältnisses und keine Betriebsspionage vorliegen.	
Art. 4 lit. c UWG	7
Nach Art. 4 lit. c UWG handelt insbesondere unlauter, wer Arbeitnehmer, Beauftragte oder andere Hilfspersonen zum Verrat oder zur Auskundschaftung von Fabrikations- oder	

Geschäftsgeheimnissen ihres Arbeitgebers oder Auftraggebers verleitet.	
<p>Geheimhaltungspflicht im Rahmen eines Drittvertrages: Die Anwendung von Art. 4 lit. c UWG setzt eine Pflicht zur Geheimhaltung voraus, welche zwischen dem Geheimnisherrn und der verleiteten Person explizit vertraglich vereinbart wurde oder sich aus dem Gesetz ergibt. Der in einen Arbeitsvertrag gebundene Arbeitnehmer hat nach Art. 321a Abs. 4 OR eine Geheimhaltungspflicht bzw. eine gesetzlich verankerte Treuepflicht.</p> <p>In casu handelt es sich bei Martine Maurette um eine Arbeitnehmerin der Peau Pure Sàrl. Ihre Geheimhaltungspflicht ergibt sich aus ihrem arbeitsrechtlichen Verhältnis.</p>	
<p>Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis: Die Geheimhaltungspflicht hat sich auf Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse zu beziehen. Geheimnisse sind demnach Informationen, welche bloss einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat. Damit ein Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis vorliegt, bedarf es eines Bezugs zum Unternehmen (Unternehmensgeheimnis als Überbegriff).</p> <p>Vorliegend handelt es sich beim Vertragsinhalt um keine offenkundige oder allgemein zugängliche Tatsache. An diesem Inhalt hatte der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse der Geheimhaltung, was sich zumal durch das <i>VERTRAULICH</i>-Wasserzeichen ausdrückt. Bei der relevanten Vertragsklausel handelt es sich um Informationen über die Ausgestaltung des Vertriebssystems, d.h. um ein Unternehmensgeheimnis.</p> <p>Das Geheimhaltungsinteresse wird auch nicht durch eine KG-Widrigkeit und damit Nichtigkeit der Vertriebs-/Gebietsschutzabrede beseitigt, da bei vertikalen Wettbewerbsabreden der Vertriebsvertrag in der Regel auch ohne absoluten Gebietsschutz geschlossen worden wäre und so nur eine Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR resultiert. Damit kann davon ausgegangen werden, dass an den restlichen Vertragsteilen ein allfälliges Geheimhaltungsinteresse fortbesteht.</p>	
<p>Verleitungshandlung: Das durch die Bestimmung als unlauter stipulierte Verhalten besteht aus der Verleitung zu einem Verrat oder einem Auskundschaften von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Unlauteres Verleiten zum Vertragsbruch liegt nur vor, wenn gezielt und bewusst darauf hingewirkt wird, dass ein anderer eine ihm obliegende Vertragspflicht verletzt. Die Verleitungshandlung bedarf einer gewissen Intensität. Als verleitete Person können nur Personen mit einer Sondereigenschaft infrage kommen; der Gesetztext nennt bspw. Arbeitnehmer.</p> <p>In casu bewegt Frank Faltig Martine Maurette, welche Arbeitnehmerin der Peau Pure Sàrl ist, dazu, ihm den Vertriebsvertrag zuzuspielen. Gemäss Sachverhalt geht er dabei energisch vor, was insb. auf eine gewisse Intensität hindeutet. Damit liegt die erforderliche Verleitungshandlung vor.</p>	
<p>Verrat oder Auskundschaften von Geheimnissen: Die Verleitungshandlung muss zum Verrat oder zur Auskundschaftung von Geschäftsgeheimnissen führen. Ein Verrat liegt vor, wenn die verleitete Person das Geheimnis bereits kennt und zur Geheimhaltung verpflichtet wäre. Das Auskundschaften von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen setzt demgegenüber voraus, dass die verleitete Person die Kenntnis der geheimen Informationen nicht bereits im Rahmen der Ausübung ihrer Tätigkeit für den Geschäftsherrn er-</p>	

<p>langt hat, sondern durch das Ausnutzen ihrer vertraglichen Stellung als Arbeitnehmerin des Geheimnisherren mit Nachforschungen im Geschäftsbetrieb in Erfahrung bringt.</p> <p>In casu beschafft sich Martine Maurette den Vertrag zunächst, weshalb nicht ein Verrat, sondern ein Auskundschaften vorliegt.</p>	
<p>Subjektive Tatbestandsmerkmale: Der Störer muss die Absicht haben, durch die Verleitungshandlung geheime Informationen zu erlangen.</p> <p>In casu lag eine derartige Absicht bei Frank Faltig vor.</p>	
<p>Zwischenfazit: Das Verhalten von Frank Faltig erfüllt den Tatbestand des Verleitens zum Geheimnisauskundschaften nach Art. 4 lit. c UWG und ist als unlauter zu qualifizieren.</p>	0,25
<p>Art. 4 lit. a UWG</p>	1,25
<p>Nach Art. 4 lit. a UWG handelt unlauter, wer Abnehmer zum Vertragsbruch verleitet, um selber mit ihnen einen Vertrag abzuschliessen zu können. Zentrales Tatbestandserfordernis ist hierfür die Absicht, mit der verleiteten Person einen Vertrag abzuschliessen („um selber mit ihnen einen Vertrag abzuschliessen zu können“).</p> <p>Diesbezüglich fehlen im Sachverhalt indes genügende Hinweise. Insbesondere kann aus dem allgemeinen Interesse der PooC AG, Avinea-Gesichtscremes im Ausland günstiger einzukaufen, nicht eine konkrete Vertragsschlussabsicht gefolgert werden. Folglich ist Art. 4 lit. a UWG nicht einschlägig.</p>	
<p>Art. 6 UWG</p>	2
<p>Nach Art. 6 UWG handelt unlauter, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, die er ausgekundschaftet oder sonst wie unrechtmässig erfahren hat, verwertet oder anderen mitteilt.</p> <p>Wie bereits dargelegt, steht vorliegend ein Unternehmensgeheimnis in Rede. Verletzung einer Treuepflicht und Auskundschaften seitens Martine Maurette sowie unlauteres Verleiten seitens Frank Faltig liegen vor.</p> <p>Fraglich ist hingegen, ob eine Verwertung oder Mitteilung erfolgt. Die Mitteilung gegenüber einem Anwalt kann man als hierfür nicht genügend ansehen, da dieser dem Berufsgeheimnis unterliegt und die Kommunikation mit ihm (vorliegend) den rechtlichen, aber nicht den geschäftlichen Interessen des Mitteilenden dient. Für eine anderweitige Verwertung gibt der Sachverhalt nichts her. Demnach ist Art. 6 UWG nicht erfüllt.</p>	
<p>Fazit: Das Verhalten von Frank Faltig verstösst gegen Art. 4 lit. c UWG, nicht jedoch gegen Art. 4 lit. a und Art. 6 UWG.</p>	0,5
	13,5