

Lösungsvorschlag für die Ergänzungsprüfung im Handels- und Wirtschaftsrecht (BA) vom 13. Juli 2015 (FS15)

Hinweis: Diese Musterlösung ist sehr ausführlich gehalten, um eine möglichst einheitliche Korrektur sämtlicher Prüfungen gewährleisten zu können. Es wurde selbstverständlich nicht erwartet, dass die Kandidat(inn)en eine derart ausführliche Lösung präsentierten. 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. Anmerkungen, welche nicht erwartet und deshalb mit Zusatzpunkten honoriert wurden, sind nachstehend grau hinterlegt. Bitte beachten Sie überdies die Gewichtung der einzelnen Aufgaben auf S. 20 dieser Musterlösung.

	Teil Gesellschaftsrecht – Aufgabe 1	
	Frage A	125 P
	1. Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR)	96 P
	a.) Anfechtungsobjekt	3 P
	<p>Anfechtungsobjekt der Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR bilden Beschlüsse der Generalversammlung (GV). In casu die Beschlüsse der Generalversammlung der Smoothie AG vom 7. Juli 2015.</p> <p>Da Benjamin gemäss Fragestellung „gegen die an der Generalversammlung [...] getroffenen Beschlüsse“ vorgehen will, sind Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 752 ff. OR) nicht zielführend.</p>	
	b.) Aktivlegitimation	4 P
	<p>Zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses sind der Verwaltungsrat (als Organ) sowie jeder Aktionär aktivlegitimiert (Art. 706 Abs. 1 OR).</p> <p>Die Aktivlegitimation würde grds. auch Partizipanten zustehen (Art. 706 Abs. 1 i.V.m. Art. 656a Abs. 2 OR und Art. 656c Abs. 2 OR <i>e contrario</i>). Aus dem Sachverhalt geht jedoch nicht hervor, dass die Smoothie AG Partizipationsscheine ausgegeben hätte.</p> <p>Die Aktivlegitimation besteht unabhängig davon, ob ein Aktionär an der GV teilgenommen hat.¹ 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, währenddem der Erwerber mit den Beteiligungsrechten zugleich auch das Anfechtungsrecht erwirbt.²</p> <p>Benjamin hält gemäss Sachverhalt 15% der Aktien der Smoothie AG. Als Aktionär ist er somit zur Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse aktivlegitimiert.</p>	
	c.) Anfechtungs- bzw. Rechtsschutzinteresse	3 P
	Die Erhebung einer Anfechtungsklage setzt ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse des Anfechtungsklägers voraus (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), wobei dieser	

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

² PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 N 104; ROLAND TRUFFER/DIETER DUBS, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012, Art. 706 N 5 (nachfolgend zit.: BSK OR II-BEARBEITER).

	<p>nicht zwingend eigene Interessen verfolgen muss, sondern es genügt, wenn er Interessen der Gesellschaft wahren will.³ In jedem Fall muss ein gutheissendes Urteil aber die Rechtsstellung des Anfechtungsklägers effektiv ändern.⁴ 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 verstösst.⁵</p>	
	<p>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.⁶</p>	
	<p>Benjamin hat gemäss Sachverhalt an der GV der Smoothie AG teilgenommen und gegen sämtliche traktandierten Geschäfte gestimmt. Überdies würde sich ein gutheissendes (Gestaltungs-)Urteil auch auf Benjamin auswirken, da die getroffenen Beschlüsse die Beteiligungsstruktur der Smoothie AG verändern.</p>	
	<p>d.) Passivlegitimation</p>	<p>5 P</p>
	<p>Passivlegitimiert ist die Aktiengesellschaft (Art. 706 Abs. 1 OR), welche grundsätzlich durch den Verwaltungsrat vertreten wird (vgl. Art. 706a Abs. 2 OR <i>e contrario</i>).</p> <p>In casu ist die Smoothie AG passivlegitimiert. Da Benjamin zwar Verwaltungsratsmitglied ist, aber der Verwaltungsrat nicht in corpore einen Beschluss i.S.v. Art. 713 OR zur Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse gefasst hat, würde die Smoothie AG in einem Prozess durch den Verwaltungsrat vertreten, wobei Benjamin als Kläger in den Ausstand treten müsste.⁷</p>	
	<p>e.) Anfechtungsgründe</p>	<p>67 P</p>
	<p>i.) Allgemeines</p>	<p>4 P</p>
	<p>Die Anfechtungsgründe sind in den Art. 706 Abs. 1 und 2 OR aufgezählt, wobei namentlich die Verletzung von Gesetz und/oder Statuten einschlägig sein dürfte. Da gemäss Sachverhalt davon ausgegangen werden soll, dass die Statuten keine besonderen Bestimmungen bezüglich der vorgeschlagenen Schritte enthalten, wird deshalb nachstehend für jeden einzelnen Beschluss zu prüfen sein, ob dieser den gesetzlichen Anforderungen entspricht.</p> <p>Gemäss Sachverhalt wurde die GV frist- und formgerecht einberufen. Die Einhaltung der Einberufungs- und Traktandierungsvoraussetzungen (vgl. Art. 699 f. OR) ist somit erstellt.</p> <p>Da die Generalversammlung vom 7. Juli 2015 nach mehr als sechs Monaten des gemäss Sachverhalt jeweils am 31. Dezember endenden Geschäftsjahrs der Smoothie AG durchgeführt (und nicht über die Entgegennahme des Geschäftsgewinns bzw. der Verwendung des Jahresgewinns entschieden) wurde, handelte</p>	

³ BÖCKLI (Fn. 2), § 16 N 107 ff.

⁴ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 8 N 179 (m.w.H.).

⁵ BGE 99 II 55, E. 1; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 6 (m.w.H.).

⁶ VON DER CRONE (Fn. 4), § 8 N 181.

⁷ BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 8.

	<p>es sich um eine ausserordentliche Generalversammlung (Art. 699 Abs. 2 OR), wobei aber – abgesehen vom Verhandlungsgegenstand – kein rechtlicher Unterschied zu einer ordentlichen Generalversammlung besteht.⁸</p>	
	<p>ii.) Aktiensplit (1. Schritt)</p>	<p>10 P</p>
	<p>Gemäss Art. 623 Abs. 1 OR ist die Generalversammlung befugt, eine Zerlegung von Aktien in solche von kleinerem Nennwert vorzunehmen, solange das Aktienkapital unverändert bleibt. Der Nennwert der Aktien nach der Zerlegung darf dabei aber nicht tiefer als CHF 0.01 sein (Art. 622 Abs. 4 OR). Ein solcher Generalversammlungsbeschluss über einen Aktiensplit unterliegt dabei dem einfachen Mehr nach Art. 703 OR.</p>	
	<p>Demgegenüber ist die Zusammenlegung von Aktien nur mit Zustimmung des betreffenden Aktionärs möglich (Art. 623 Abs. 2 OR), da dieser ggf. weitere Aktien erwerben müsste (vgl. Art. 680 Abs. 1 OR).</p>	
	<p>Ein Generalversammlungsbeschluss über einen Aktiensplit macht eine Statutenänderung (vgl. Art. 623 Abs. 1 und Art. 626 Ziff. 4 OR) erforderlich, weshalb der Beschluss nach Art. 647 OR auch öffentlich beurkundet und ins Handelsregister eingetragen werden muss.</p> <p>Gemäss Sachverhalt soll der Aktiensplit im Verhältnis 1:100 durchgeführt werden, wodurch neu 2000 Inhaberaktien à CHF 50 bestehen. Der Mindestnennwert (CHF 0.01) nach Art. 622 Abs. 4 OR ist somit eingehalten. Überdies haben dem Beschluss Ashley, Celine, Daniel und Eva zugestimmt, womit eine Quote von 85% erreicht und das Quorum nach Art. 703 OR eingehalten ist. Schliesslich wurde der Beschluss auch öffentlich beurkundet, weshalb auch dieses Kriterium eingehalten ist. Der Generalversammlungsbeschluss über den Aktiensplit hält somit die gesetzlichen Erfordernisse ein.</p>	
	<p>iii.) Kapitalerhöhung um CHF 150'000 (2. Schritt)</p>	<p>22 P</p>
	<p>Zunächst ist zu prüfen, was für eine Art Kapitalerhöhung in casu vorliegt. Das Aktienrecht sieht drei verschiedene Arten vor:</p> <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). <p>In casu werden keine Anleihen/Obligationen mit Wandel- oder Optionsrechten ausgegeben (vgl. Art. 653 Abs. 1 OR), weshalb keine bedingte Kapitalerhöhung vorliegen kann. Überdies beantragte der Verwaltungsrat der GV der Smoothie AG direkt eine Erhöhung des Aktienkapitals und nicht bloss eine Ermächtigung zur Erhöhung (vgl. Art. 651 Abs. 1 OR), weshalb auch des Vorliegen einer genehmigten Kapitalerhöhung zu verneinen ist. Es sind somit die Voraussetzungen der ordentlichen Kapitalerhöhung zu prüfen.</p> <p>Eine ordentliche Kapitalerhöhung i.S.v. Art. 650 OR wird von der GV beschlossen und ist vom Verwaltungsrat innerhalb von drei Monaten durchzuführen (Art. 650 Abs. 1 OR). Diese Frist kann vorliegend noch gewahrt werden.</p> <p>Eine ordentliche Kapitalerhöhung unterliegt – im Gegensatz zur genehmigten oder bedingten Kapitalerhöhung (Art. 651 Abs. 2 Satz 2 OR bzw. Art. 653a Abs. 1 OR) – keiner Beschränkung in der Höhe. Eine ordentliche Kapitalerhö-</p>	

⁸ VON DER CRONE (Fn. 4), § 5 N 43 ff.

hung um CHF 150'000 (150% des bisherigen Aktienkapitals) ist somit zulässig.

Die Erhöhung des Aktienkapitals macht eine Statutenänderung erforderlich (vgl. Art. 626 Ziff. 3 OR), weshalb der Generalversammlungsbeschluss öffentlich beurkundet werden muss (Art. 650 Abs. 2 Ingress OR und Art. 647 OR). Das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung ist gemäss Sachverhalt eingehalten.

Der öffentlich beurkundete Generalversammlungsbeschluss muss die in Art. 650 Abs. 2 OR festgehaltenen Punkte umfassen, wobei vorliegend namentlich die Ziff. 1-3 zu prüfen sind:

ad Ziff. 1: gemäss Sachverhalt soll das Aktienkapital um CHF 150'000 erhöht werden, wobei die Aktien vollständig liberiert ausgegeben werden.

ad Ziff. 2: gemäss Sachverhalt sollen 3'000 Inhaberaktien von je CHF 50 Nennwert ausgegeben werden, wobei keine Hinweise für allfällige Vorrechte ersichtlich sind.

ad Ziff. 3:

- aufgrund des Sachverhalts ist davon auszugehen, dass die neuen Inhaberaktien zu pari ausgegeben werden;
- gemäss Traktandum 5.c) sind die neuen auszugebenden Inhaberaktien ab dem 1. Januar 2016 dividendenberechtigt

Nach Art. 652d Abs. 1 OR kann das Aktienkapital bei einer ordentlichen oder genehmigten Kapitalerhöhung auch durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital erhöht werden.⁹ Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass die Liberierung der neuen Inhaberaktien (vgl. Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 OR) „aus den bestehenden freien Reserven der Smoothie AG“ erfolgen soll. Mit dem Begriff freie Reserven wird dabei ein Posten verwendbaren Eigenkapitals ohne Zweckbindung bezeichnet,¹⁰ welcher nicht der Ausschüttungssperre nach Art. 671 Abs. 3 OR unterliegt.¹¹

Durch eine derartige Kapitalerhöhung aus frei verwendbarem Eigenkapital wird das Gesamtvermögen der Aktiengesellschaft nicht erhöht (kein Mittelzufluss), sondern es erfolgt lediglich eine Umschichtung bzw. Umqualifikation des bestehenden Eigenkapitals: bisher freie – und damit ausschüttbare – Mittel unterliegen neu als Aktienkapital der Ausschüttungssperre nach Art. 680 Abs. 2 OR.¹² Auf diesem Weg ausgegebene Aktien werden auch als *Gratisaktien* bzw. der Vorgang als *Gratiskapitalerhöhung* bezeichnet.¹³

Da die Treuhand AG freie Reserven im Umfang von CHF 200'000 bestätigt hatte, ist eine Kapitalerhöhung um CHF 150'000 durch Liberierung der neu ausgegebenen 3000 Inhaberaktien aus freien Reserven der Smoothie AG somit grundsätzlich zulässig.

Nach Art. 652d Abs. 2 Satz 1 OR muss die Deckung des Erhöhungsbetrags mit den von den Aktionären genehmigten Fassungen der Jahresrechnung und dem Revisionsbericht nachgewiesen werden. Liegt der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurück, ist hingegen ein geprüfter Zwischenabschluss erforderlich

⁹ Vgl. etwa VON DER CRONE (Fn. 4), § 10 N 73 ff.

¹⁰ Vgl. BÖCKLI (Fn. 2), § 2 N 117 und § 8 N 311; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 52 N 138 f.

¹¹ Vgl. VON DER CRONE (Fn. 4), § 9 N 12.

¹² Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 10), § 52 N 129.

¹³ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 10), § 52 N 130; BÖCKLI (Fn. 2), § 2 N 116.

	<p>(Art. 652d Abs. 2 Satz 2 OR).</p> <p>Gemäss Sachverhalt wurde die erste Kapitalerhöhung an der Generalversammlung der Smoothie AG vom 7. Juli 2015 gestützt auf den per 31. Dezember 2014 erstellten Jahresabschluss beschlossen. Da das Geschäftsjahr der Smoothie AG demzufolge jeweils – in Einklang mit dem Kalenderjahr – am 31. Dezember endet, hätte Kapitalerhöhung aus Eigenkapital ohne Zwischenabschluss bis am 30. Juni 2015 getroffen werden müssen. Da diese Frist am 7. Juli 2015 abgelaufen war, verletzt die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital der Smoothie AG ohne Zwischenabschluss Art. 652d Abs. 2 OR.</p> <p>Hinsichtlich der Wahrung der Frist von Art. 652d OR ist das Datum des Feststellungsbeschlusses des Verwaltungsrats (Art. 652g OR) massgebend.¹⁴</p>	
	<p>iv.) Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien (3. Schritt)</p>	<p>10 P</p>
	<p>Die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien macht eine Statutenänderung erforderlich (Art. 626 Ziff. 4 OR) und bedarf somit eines (öffentlich beurkundeten) Beschlusses der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR).</p> <p>Die am 1. Juli 2015 in Kraft getretenen Bestimmungen der Änderung des Obligationenrechts vom 12. Dezember 2014 gelten ab ihrem Inkrafttreten auch für bestehende Gesellschaften (Art. 1 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen der Änderung vom 12. Dezember 2014 (ÜBest)).</p> <p>Da die Statuten der Smoothie AG gemäss Sachverhalt keine spezifischen Bestimmungen betreffend die getroffenen Beschlüsse enthalten, ist somit die Bestimmung von Art. 704a OR auf die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien der Smoothie AG ab 1. Juli 2015 anwendbar (Art. 2 ÜBest). Die Zulässigkeit der Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien der Smoothie AG durch den Generalversammlungsbeschluss vom 7. Juli 2015 richtet sich somit nach Art. 704a OR.</p> <p>Nach Art. 704a OR unterliegt ein Beschluss der Generalversammlung betreffend die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Gemäss Sachverhalt stimmten Ashley, Celine, Daniel und Eva für die Umwandlung der Inhaber- in Namenaktien, womit eine Mehrheit von 85% für die Umwandlung bestand. Das Quorum von Art. 704a OR ist somit eingehalten und der diesbezügliche Beschluss der Generalversammlung der Smoothie AG vom 7. Juli 2015 verletzt folglich keine gesetzlichen Bestimmungen.</p>	
	<p>v.) Kapitalerhöhung durch Verdoppelung der Nennwerte (4. Schritt)</p>	<p>21 P</p>
	<p>Da die Generalversammlung auch beim 4. Schritt direkt eine Erhöhung des Aktienkapitals beschlossen hat, liegt auch hier ein Fall einer ordentlichen Kapitalerhöhung vor (vgl. oben 1.e)iii)).</p> <p>Nach h.L. und Rechtsprechung kann eine Kapitalerhöhung anstatt durch Emission neuer Aktien auch durch Heraufsetzung des Nennwerts der bestehenden Titel durchgeführt werden.¹⁵ Da somit keine neuen Namenaktien emittiert werden, stellt sich vorliegend kein Problem eines Bezugsrechtsentzugs i.S.v. Art. 652b Abs. 2 OR. Allerdings ist auch im Fall einer Heraufsetzung des Nennwerts eine Zeichnung und Liberierung der zusätzlichen Aktiennennwerte erforderlich.</p>	

¹⁴ BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652d N 6.

¹⁵ Vgl. dazu: BGer 4C_512/2012, E. 5, BGE 67 I 111, E. 2 und 3, sowie FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 10), § 52 N 36 und VON DER CRONE (Fn. 4), § 10 N 80.

	<p>Hinsichtlich des Verzichts auf die Liberierung der zusätzlichen CHF 50 Nennwert pro Aktie ist festzuhalten, dass eine Teilliberierung bei Namenaktien zulässig ist (Art. 683 Abs. 1 OR <i>e contrario</i>), sofern mind. 20% des Nennwerts jeder Aktie und insgesamt mind. CHF 50'000 geleistet werden (Art. 652c i.V.m. Art. 632 OR). Da es sich vorliegend – nach der Umwandlung der Inhaberaktien – um Namenaktien handelt, welche durch die Verdoppelung der Nennwerte insgesamt zu CHF 250'000 liberiert sind, was prozentual gesehen 50% des gesamten Nennwerts ausmacht, sind die genannten Voraussetzungen eingehalten.</p> <p>Das Quorum für eine derartige ordentliche Kapitalerhöhung durch Verdoppelung der Nennwerte der bestehenden Namenaktien richtet sich dabei mangels spezifischer Anordnung in Art. 704 OR grundsätzlich nach dem einfachen Quorum i.S.v. Art. 703 OR, welches vorliegend grundsätzlich eingehalten wäre.</p> <p>Zudem ist festzuhalten, dass vorliegend keine Stimmrechtsaktien i.S.v. Art. 693 OR geschaffen wurden, da die Aktien keine unterschiedlichen Nennwerte (vgl. Art. 693 Abs. 2 OR) haben, sondern vielmehr der Fall einer Teilliberierung vorliegt, was bei Stimmrechtsaktien nicht zulässig ist (vgl. Art. 693 Abs. 2 OR). Das Quorum nach Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 OR ist somit nicht einschlägig.</p> <p>Allerdings muss – wie erwähnt – auch im Fall einer Kapitalerhöhung durch Nennwertverdoppelung eine Zeichnung der zusätzlichen Nennwerte erfolgen (Art. 652 OR). Erst durch diese Zeichnung wird die bedingungslose Verpflichtung der Aktionäre begründet, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten (vgl. Art. 652 Abs. 1 i.V.m. Art. 630 Ziff. 2 OR). Da vorliegend keine zusätzlichen Namenaktien ausgegeben, sondern die Nennwerte der bestehenden Namenaktien verdoppelt werden, muss jeder Aktionär die zusätzlichen Nennwerte zeichnen, da eine ordentliche Kapitalerhöhung – mangels Festlegung eines Maximalbetrages¹⁶ – nur vollständig eingetragen werden darf (Art. 650 Abs. 3 i.V.m. Art. 652g Abs. 1 Ziff. 1 OR).</p> <p>Benjamin kann zufolge von Art. 680 Abs. 1 OR nicht verpflichtet werden, die zusätzlichen Nennwerte zu zeichnen (entgegenstehende statutarische Bestimmungen wären denn auch nichtig). Wenngleich der Beschluss über die ordentliche Kapitalerhöhung zufolge der Stimmen von Ashley, Celine und Daniel (Mehrheit von 70%) grundsätzlich gültig ist (vgl. Art. 703 OR), würde die Umsetzung des Generalversammlungsbeschlusses betr. die zweite Kapitalerhöhung eine Zeichnung sämtlicher zusätzlichen Nennwerte bedingen (Art. 652g Abs. 1 Ziff. 1 OR). Andernfalls kann der Verwaltungsrat keinen Feststellungsbeschluss (Art. 652g OR) treffen, welcher öffentlich beurkundet (Art. 652g Abs. 2 OR) werden muss und Voraussetzung für die Eintragung der ordentlichen Kapitalerhöhung im Handelsregister bildet (vgl. Art. 652h Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 OR).</p> <p>Der Kapitalerhöhungsbeschluss durch Verdoppelung der Nennwerte der bestehenden Namenaktien setzt somit faktisch Einstimmigkeit voraus. Sofern Benjamin somit nicht zeichnungswillig ist, kann er die Kapitalerhöhung trotz Gültigkeit des Beschlusses ohne Erhebung einer Anfechtungsklage i.S.v. Art. 706 f. OR verhindern.</p>	
	f.) 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	

¹⁶ Vgl. dazu: HANS CASPAR VON DER CRONE, Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag, REPRAX 1/2000, S. 1 ff.

	<p>laufen. Da es sich dabei um eine Verwirkungsfrist handelt, ist die Anfechtungsfrist nach Art. 706a Abs. 1 OR weder unterbrechbar/hemmbar noch erstreckbar.¹⁷</p> <p>Am Tag der Prüfung (13. Juli 2015) sind erst 6 Tage der Anfechtungsfrist abgelaufen. Benjamin kann die Anfechtungsfrist somit problemlos wahren.</p>	
g.) Wirkung der Anfechtungsklage		7 P
	<p>Bei der Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR handelt es sich um eine Gestaltungs-klage.</p> <p>Das Urteil, das einen Generalversammlungsbeschluss aufhebt, wirkt grundsätzlich ex tunc und für und gegen alle Aktionäre (Art. 706 Abs. 5 OR).</p> <p>In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht nun aber festgehalten, dass der Vertrauensschutz der Gläubiger und Aktionäre einer Anfechtung entgegen stehen kann.¹⁸ 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.¹⁹ Demzufolge kann eine eingetragene Kapitalerhöhung nur durch eine nachfolgende (konstitutive) Kapitalherabsetzung rückgängig gemacht werden.²⁰ Dies verdeutlicht die praktische Relevanz der Handelsregistersperre nach Art. 162 HRegV (vgl. dazu hinten 3.).</p>	
h.) Fazit		3 P
	<p>Die von der Generalversammlung der Smoothie AG am 7. Juli 2015 getroffenen Beschlüsse betr. die Schritte 1, 3 und 4 sind gültig zustande gekommen. Beim 4. Schritt (Kapitalerhöhung durch Nennwertverdoppelung) kann Benjamin aber die Umsetzung ohne Anfechtung verhindern, wenn er nicht willig ist, die zusätzlichen Aktiennennwerte zu zeichnen. Demgegenüber verletzt der Beschluss betr. die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital (2. Schritt) Art. 652d OR und ist deshalb anfechtbar.</p>	
2. Nichtigkeitsklage (Art. 706b OR)		8 P
	<p>Formelles:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Aktivlegitimation: Jeder, der ein Feststellungsinteresse bezüglich der Nichtigkeit eines Beschlusses hat (somit neben den Aktionären auch Gläubiger). – Passivlegitimation: Wie bei Art. 706 f. OR (vgl. oben 1.b). – Objekt der Nichtigkeitsklage: Generalversammlungsbeschluss, dessen Nichtigkeit festgestellt werden soll (vgl. oben 1.a). <p>Gemäss dem Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge ist Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen nur dort anzunehmen, wo deren blosser Anfechtbarkeit aus spezifischen Gründen keine genügende Sanktion darstellen</p>	

¹⁷ VON DER CRONE (Fn. 4), § 8 N 184.

¹⁸ BGE 133 III 368, E. 2.4.

¹⁹ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 10), § 16 N 57.

²⁰ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 10), § 52 N 187.

	<p>würde.²¹</p> <p>Nicht schwerwiegende Mängel werden somit nach Ablauf der zweimonatigen Anfechtungsfrist von Art. 706 f. OR nachträglich geheilt.²²</p> <p>Art. 706b Ziff. 1-3 OR zählen beispielhaft verschiedene Nichtigkeitsgründe auf. In der Literatur wurden dabei zwei Tatbestände der Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen 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.²³</p> <p>Wie bereits erwähnt, sind die Generalversammlungsbeschlüsse betr. der Schritte 1, 3 und 4 gültig zustande gekommen, weshalb diesbezüglich keine Nichtigkeit vorliegen kann. Demgegenüber ist betr. den 2. Schritt zu beachten, dass die Befristung der Kapitalerhöhung aus Eigenkapital ohne Zwischenabschluss auf sechs Monate dem Kapitalschutz dient. Das enge Zeitfenster von sechs Monaten wird in der Literatur denn auch als „absolut uninterpretierbar“ bezeichnet.²⁴ Hinsichtlich der Frage der Nichtigkeit ist diesbezüglich nun aber zu differenzieren, ob – unabhängig vom Vorliegen des Zwischenabschlusses i.S.v. Art. 652d Abs. 2 Satz 2 OR – genügend freie Reserven verfügbar waren, um die Aktiennennwerte zu liberieren. Nur im Falle einer eigentlichen Unterpriemission wäre der Generalversammlungsbeschluss zufolge Verletzung von Art. 624 Abs. 1 OR nichtig;²⁵ andernfalls lediglich anfechtbar.</p> <p>Je nachdem, ob effektiv ausreichend freie Reserven vorhanden waren, um die Aktiennennwerte, könnte Benjamin bezüglich des Generalversammlungsbeschlusses über die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital die Nichtigkeitsklage nach Art. 706b OR erheben.</p>	
	3. Handelsregistersperre (Art. 162 HRegV)	21 P
	a.) Verfahren	13 P
	<p>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). Benjamin kann somit durch ein schriftliches Gesuch eine Handelsregistersperre erwirken.</p> <p>Das Gesuch ist an das zuständige Handelsregister zu richten. Da die Smoothie AG ihren Sitz in Zürich hat, ist das Handelsregisteramt des Kantons Zürich zuständig.</p> <p>Wenn das Gesuch rechtzeitig gestellt wurde, nimmt das zuständige Handelsregisteramt die Eintragung einer Handelsregisteranmeldung vorläufig nicht vor (Art. 162 Abs. 1 HRegV). Es informiert die Rechtseinheit über die Registersperre (Art. 162 Abs. 2 HRegV).</p>	

²¹ BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706b N 8 und N 18.

²² Vgl. BÖCKLI (Fn. 2), § 16 N 175; ALEX DOMENICONI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Ausübung von Aktionärsrechten durch ein Aktionärskonsortium, SZW 3/2009, S. 232.

²³ Vgl. BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706b N 8; VON DER CRONE (Fn. 4), § 8 N 224 ff.

²⁴ Vgl. BÖCKLI (Fn. 2), § 2 N 119.

²⁵ Vgl. BÖCKLI (Fn. 2), § 16 N 171.

	<p>Der Einsprecher muss dem Handelsregisteramt innert 10 Tagen ab Einreichung des Einspruchs (Art. 163 Abs. 1 HRegV) nachweisen, dass er dem Gericht ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gestellt hat (Art. 162 Abs. 3 lit. a HRegV). Ungenügend wäre es deshalb, wenn Benjamin 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.</p> <p>Der Sachverhalt macht keine Angaben darüber, ob die erste Kapitalerhöhung bereits dem Handelsregisteramt Zürich angemeldet und im Tagesregister aufgenommen wurde. Diesfalls würde Benjamin vom Handelsregisteramt an das Gericht verwiesen (Art. 162 Abs. 5 HRegV).</p> <p>Sofern die ordentliche Kapitalerhöhung noch nicht im Tagebuch eingetragen wurde, wird die Handelsregistersperre erfolgreich sein. Benjamin muss diesfalls allerdings innert 10 Tagen dem Handelsregisteramt Zürich nachweisen, dass er beim zuständigen Gericht (i.c. Handelsgericht Zürich) ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme eingereicht hat (vgl. Art. 163 Abs. 3 HRegV).</p>	
	<p>b.) Kognition des Handelsregisterführers</p>	<p>8 P</p>
	<p>Es stellt sich jedoch die Frage, ob Benjamin überhaupt eine Handelsregistersperre erwirken müsste, mithin ob das Handelsregisteramt den unter Verletzung von Art. 652d OR zustande gekommenen Beschluss betr. die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital überhaupt eintragen würde.</p> <p>Hinsichtlich der Kognition des Handelsamtes ist zwischen formellen/registerrechtlichen und materiellrechtlichen Voraussetzungen zu unterscheiden: Bezüglich der formellen und registerrechtlichen Voraussetzungen kommt dem Handelsregisteramt eine unbeschränkte Kognition zu, währenddem sich die Überprüfungsbefugnis im Bereich der materiellrechtlichen Voraussetzungen von vornherein auf die eindeutige Verletzung zwingenden Rechts beschränkt.²⁶</p> <p>Bei einer Kapitalerhöhung aus Eigenkapital muss dem Handelsregisteramt zusätzlich die genehmigte Jahresrechnung oder der Zwischenabschluss als Beleg eingereicht werden (Art. 46 Abs. 3 lit. d HRegV).</p> <p>Das Handelsregisteramt wird diesen Beleg auf die Einhaltung der gesetzlichen Erfordernisse prüfen, wobei ihm – da es sich um eine registerrechtliche Voraussetzung handelt²⁷ – eine unbeschränkte Kognition zukommt. Aufgrund der offensichtlichen Verletzung von Art. 652d Abs. 2 Satz 2 OR ist zu erwarten, dass das Handelsregisteramt die Anmeldung der ordentlichen Kapitalerhöhung (Art. 46 ff. HRegV) aus Eigenkapital zurückweist.</p>	
	<p><i>Übersicht Frage A, total mögliche:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Punkte: – Zusatzpunkte <p><i>Maximal mögliche Punkte Frage A:</i></p>	<p>125</p> <p>11</p> <p>136</p>

²⁶ Vgl. BGE 121 III 368, E. 2.

²⁷ Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Bern 2012, § 6 N 43.

	Frage B	25 P
	1. Übertragung der Namenaktien	10 P
	Namenaktien sind – abgesehen von gesetzlichen (Art. 685 OR) oder statutari- schen (Art. 685a ff. OR) Übertragungsbeschränkungen – frei übertragbar (Art. 684 Abs. 1 OR).	
	Wertpapierrechtlich handelt sich bei Namenaktien um Ordrepapiere (Art. 967 Abs. 2 OR).	
	<p>Die Übertragung erfolgt deshalb durch Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts (Kausalitätsprinzip, BGE 55 II 302) und Übergabe des indossierten Aktientitels (Verfügungsgeschäft) an den Erwerber (Art. 684 Abs. 2 OR). Benjamin könnte seine Namenaktien somit grundsätzlich durch Abschluss eines Kaufvertrags und Übergabe der indossierten Aktientitel auf Frank übertragen.</p> <p>Da dem Sachverhalt keine Hinweise für eine statutarische Vinkulierung zu entnehmen sind, scheiden statutarische Übertragungsbeschränkungen nach Art. 685a ff. OR vorliegend aus. Demgegenüber besteht für nicht voll liberierte Namenaktien gemäss Art. 685 Abs. 1 OR eine gesetzliche Übertragungsbe- schränkung. Die Gesellschaft kann die Zustimmung jedoch nur verweigern, wenn die Zahlungsfähigkeit des Erwerbers zweifelhaft ist und die von der Ge- sellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird (Art. 685 Abs. 2 OR).</p> <p>Da die Namenaktien gemäss der Sachverhaltsvariante teilliberiert sind, greift die gesetzliche Übertragungsbeschränkung nach Art. 685 Abs. 1 OR. Mangels an- derweitiger statutarischer Regelung müsste somit der Verwaltungsrat (Art. 716 Abs. 1 OR) der Smoothie AG die Zustimmung zur Übertragung der Namenak- tien von Benjamin auf Frank erteilen.</p>	
	2. Kaduzierung	15 P
	Mit der Aktienzeichnung entsteht die Liberierungspflicht des Aktionärs (vgl. Art. 630 Ziff. 2 OR).	
	Sofern ein Aktionär die Liberierungspflicht verspätet erfüllt, ist er ohne Weiteres zur Leistung von Verzugszinsen verpflichtet (Art. 681 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 ff. OR). Überdies kann in den Statuten vorgesehen werden, dass ein Aktionär in derartigen Fällen zur Leistung einer Konventionalstrafe verpflichtet ist (Art. 681 Abs. 3 OR).	
	<p>Nach Art. 634a Abs. 1 OR beschliesst der Verwaltungsrat über die nachträgliche Leistung von Einlagen auf nicht voll liberierte Aktien. Erfüllt ein Aktionär seine Liberierungspflicht nicht, ist der Verwaltungsrat befugt, den säumigen Aktionär seiner Rechte aus der Zeichnung der Aktien und seiner bereits geleisteten Teil- zahlungen verlustig zu erklären, dessen Aktien zu annullieren und an Stelle der annullierten Aktien neue Aktien auszugeben (sog. Kaduzierung, Art. 681 Abs. 1 Satz 1 OR). Wenn die ausgefallenen Titel bereits ausgegeben sind und nicht beigebracht werden können, so ist die Verlustigerklärung im SHAB sowie in der von den Statuten vorgesehenen Form zu veröffentlichen.</p> <p>Will der Verwaltungsrat eine Kaduzierung vornehmen, muss er die Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) sowie das Gebot der schonenden Rechts- ausübung (Proportionalitätsgrundsatz) beachten,²⁸ da die Erfüllung der Liberie-</p>	

²⁸ Vgl. BÖCKLI (Fn. 2), § 1 N 333.

	<p>rungspflicht auch mit anderen Mitteln (Leistungsklage nach Art. 84 ZPO; Betreuung nach Art. 38 ff. SchKG) durchgesetzt werden kann. Eine Kaduzierung ist dabei verhältnismässig, wenn der noch zu leistende Betrag erheblich ist, nicht aber, wenn der vom Aktionär bereits geleistete Betrag beinahe den vollen Liberierungsbetrag ausmacht.²⁹</p> <p>Vorliegend sind die Namenaktien zu 50% liberiert, weshalb die Kaduzierung unter diesem Gesichtspunkt nicht als unverhältnismässig anzusehen ist. Da es sich bei der Smoothie AG aber offenbar um eine kleine, privat gehaltene Aktiengesellschaft handelt, sollte der Verwaltungsrat nur dann zu einer Kaduzierung schreiten, wenn er auch einen Ersatzzeichner zur Hand hat.</p>	
	<p>Da die Kapitalerhöhung gemäss dieser Sachverhaltsvariante bereits im Handelsregister eingetragen worden ist, stellt sich das in BGE 132 III 668, E. 3.3.2, erläuterte Problem des Verbots einer unterpari-Emission vorliegend nicht.</p>	
	<p>Da die Kaduzierung einen massiven Eingriff in die Rechtsstellung des betroffenen Aktionärs zur Folge hat, unterliegt sie verschiedenen Voraussetzungen. Zuständig zur Initiierung und Durchführung eines Kaduzierungsverfahrens wäre der Verwaltungsrat der Smoothie AG (Art. 682 Abs. 1 OR), welcher einen entsprechenden Beschluss fällen muss (Art. 713 Abs. 2 OR). Da es sich vorliegend um Namenaktien handelt, hätte der Verwaltungsrat Benjamin mittels eingeschriebenem Brief eine Zahlungsaufforderung mit Ansetzung einer gesetzlichen Nachfrist von mind. einem Monat zukommen zu lassen (Art. 682 Abs. 1 und 2 OR).</p> <p>Benjamin würde bei einer Kaduzierung somit seiner Rechte aus der Zeichnung sämtlicher Aktien und seiner geleisteten Teilzahlungen – somit nicht nur bezüglich des noch nicht liberierten Teils! – verlustig erklärt (vgl. Art. 681 Abs. 2 OR). Dennoch würde Benjamin nach durchgeführter Kaduzierung der Smoothie AG für den Betrag, der durch die Leistungen des neuen Aktionärs nicht gedeckt ist haften (Art. 682 Abs. 3 OR).</p>	
	<p><i>Übersicht Frage B, total mögliche:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Punkte: 25 – Zusatzpunkte 4 <p><i>Maximal mögliche Punkte Frage B:</i> 29</p>	
	<p><i>Übersicht Aufgabe 1, total mögliche:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Punkte: 150 – Zusatzpunkte 15 <p><i>Maximal mögliche Punkte Aufgabe 1:</i> 165</p>	

²⁹ Vgl. BÖCKLI (Fn. 2), § 1 N 333.

	Teil Gesellschaftsrecht – Aufgabe 2	
	Frage C	55 P
	1. Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG	7 P
	<p>Die Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG bezweckt den Schutz des Prinzips der Kontinuität der Mitgliedschaft gemäss Art. 7 Abs. 1 FusG.³⁰</p> <p>So hält Art. 105 Abs. 1 FusG fest, dass jeder Gesellschafter der übernehmenden oder übertragenden Gesellschaft einen Wertausgleich fordern kann, wenn bei einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht angemessen gewahrt sind oder die Abfindung (Art. 8 FusG) nicht angemessen ist.</p> <p>Gemäss Sachverhalt wurde vorliegend ein Teil der Aktiven der Backwaren AG mittels Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 ff. FusG auf die Fresh Bakery übertragen. Da bei einer Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG keine Zuteilung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten erfolgt, ist in diesen Fällen keine Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG möglich³¹ – es liegt somit ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor.</p> <p>Sofern demgegenüber eine Zuteilung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechte an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erfolgen würde, würde sich das Verfahren nach den Bestimmungen über die Spaltung richten (vgl. Art. 69 Abs. 1 Satz. 2 FusG) und die Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG wäre anwendbar.</p> <p>Xaver kann somit keine Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG erheben, wenn er den zwischen der Backwaren AG und der Fresh Bakery AG vereinbarten Kaufpreis als viel zu niedrig erachtet.</p>	
	2. Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR	48 P
	a.) Abgrenzung der Klage nach Art. 108 FusG von den Klagen nach Art. 752 ff. OR	6 P
	<p>Es stellt sich zunächst die Frage nach der Abgrenzung der (fusionsrechtlichen) Verantwortlichkeitsklage Art. 108 FusG von den (aktienrechtlichen) Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 752 ff. OR.</p> <p>Die Klage nach Art. 108 FusG setzt voraus, dass die verantwortliche Person eine Pflicht missachtete, die ihr das Fusionsgesetz auferlegt.³² Demgemäss vermag ein Verstoss gegen anderweitige gesetzliche Pflichten, wie z.B. gegen die organspezifische Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 OR keine Haftung nach Art. 108 FusG zu begründen.³³</p> <p>Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass der Verwaltungsrat der Backwaren AG beim Verkauf des Teils der Betriebssparte Frischbackwaren fusionsrechtliche Bestimmungen verletzt hätte. Vielmehr ist Xaver der Ansicht, dass der Kaufpreis „viel zu niedrig“ sei. Mangels konkreter Hinweise auf eine Verletzung</p>	

³⁰ Vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE ET AL., Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, Rz. 1016.

³¹ Vgl. VON DER CRONE ET AL. (FN. 30), Rz. 1016.

³² Vgl. VON DER CRONE ET AL. (FN. 30), Rz. 1097.

³³ Vgl. VON DER CRONE ET AL. (FN. 30), Rz. 1097; differenzierend: BENEDIKT MAURENBRECHER/STEFAN WALLER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015, N 11 zu Art. 108.

<p>der Bestimmungen von Art. 69 ff. FusG wäre somit höchstens eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht i.S.v. Art. 717 Abs. 1 OR denkbar, was in den Anwendungsbereich der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR – und nicht derjenigen nach Art. 108 FusG – fallen würde (keine Hinweise auf eine Prospekt- oder Gründungshaftung nach Art. 752 bzw. Art. 753 OR). In Ermangelung gegenteiliger Hinweise im Sachverhalt sind somit die Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR zu prüfen.</p>	
<p>b.) Aktivlegitimation/Schaden</p>	<p>17 P</p>
<p>Aktivlegitimiert sind gemäss Art. 754 Abs. 1 OR grundsätzlich die Gesellschaft selbst, als auch deren Aktionäre, Partizipanten (vgl. Art. 656a Abs. 2 OR) sowie die Gläubiger. Xaver, der 2% der Aktien der Backwaren AG hält wäre somit grundsätzlich zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen aktivlegitimiert.</p> <p>Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss jedoch hinsichtlich der Aktivlegitimation differenziert werden, ob ein mittelbarer (indirekter) oder unmittelbarer (direkter) Schaden vorliegt, sowie ob die Ansprüche ausser oder im Konkurs geltend gemacht werden.³⁴ Vorliegend wird deshalb die Voraussetzung des Schadens zusammen mit der Aktivlegitimation geprüft.</p> <p>Schaden ist eine ungewollte Verminderung des Reinvermögens (bestehend in Form einer Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn) und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem hypothetischen Stand, den sein Vermögen ohne die Pflichtverletzung hätte (sog. Differenztheorie).³⁵</p> <p>Sofern der zwischen der Backwaren AG und der Fresh Bakery AG vereinbarte Kaufpreis effektiv zu niedrig gewesen sein sollte, läge der Schaden in einer Verminderung der Aktiven im Umfang der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem objektiv erzielbaren Preis für den veräusserten Teil der Betriebssparte Frischbackwaren.</p> <p>Da die Bewertung von Unternehmen aufgrund der angewendeten Bewertungsmethoden kaum zu objektiven Werten führt, sondern stark von subjektiven Einschätzungen abhängt, wird es für Xaver nicht ohne Weiteres möglich sein, einen Schaden im Rechtssinne zu beweisen (Art. 8 ZGB).</p> <p>Wie erwähnt ist bezüglich des Schadens zwischen mittelbaren und unmittelbaren Schäden zu unterscheiden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diesbezüglich auf die Vermögensmasse abzustellen, in welcher der Schaden eingetreten ist.³⁶</p> <p>Demgemäss liegt ein mittelbarer Schaden dann vor, wenn ein Aktionär nur deshalb einen Schaden erleidet, weil die Gesellschaft selbst zu Schaden kommt und ihre Anteile durch diese Schädigung der Gesellschaft reflexweise an Wert verlieren – der (unmittelbare) Schaden der Gesellschaft ist in solchen Fällen mithin eine <i>conditio sine qua non</i> für den mittelbaren Schaden der Aktionäre. Ein Aktionär erleidet demgegenüber einen unmittelbaren Schaden, wenn er durch die Pflichtwidrigkeit eines Organs in seinem Vermögen geschädigt wird, ohne dass</p>	

³⁴ BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57), E. 3; BGE 131 III 306, E. 3.

³⁵ Vgl. etwa BGE 132 III 321, E. 2.2.1.

³⁶ Vgl. BGE 132 III 564 (= Pra 96 (2007) Nr. 57), E. 3; BSK OR II-DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, Art. 754 N 15 ff.

	<p>gleichzeitig das Vermögen der Gesellschaft selbst geschmälert wird.</p> <p>Vorliegend würde Xaver bei einem zu niedrigen Kaufpreis nur mittelbar geschädigt, indem seine Anteile aufgrund der allenfalls eingetretenen Aktivenverminderung der Backwaren AG reflexweise an Wert verloren hätten.</p> <p>Gemäss Art. 756 Abs. 1 OR sind zur Geltendmachung mittelbarer Schäden der Aktionäre ausser Konkurs (vgl. die Marginalie von Art. 756 OR) – neben der Gesellschaft – auch die einzelnen Aktionäre aktivlegitimiert. Der Anspruch des Aktionärs geht dabei auf Leistung an die Gesellschaft (Prozessstandschaft, Art. 756 Abs. 1 Satz 2 OR). Xaver wäre somit grundsätzlich aktivlegitimiert, einen der Backwaren AG zufolge eines zu niedrigen Kaufpreises entstandenen Schaden einzuklagen. Er könnte dabei nach Art. 756 OR aber nur auf Leistung an die Backwaren AG klagen.</p>	
	c.) Passivlegitimation	4 P
	<p>Passivlegitimiert sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder der Liquidation betrauten Personen (Art. 754 Abs. 1 OR).</p> <p>Aus dem Sachverhalt geht nicht genau hervor, wer seitens der Backwaren AG die Verträge über die Veräusserung eines Teils der Betriebssparte Frischbackwaren bzw. die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG unterzeichnet hat. Gemäss Art. 70 Abs. 1 FusG muss der Übertragungsvertrag von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger abgeschlossen werden. Somit wären die Verwaltungsräte der Backwaren AG vorliegend passivlegitimiert.</p>	
	d.) Pflichtverletzung	12 P
	<p>Bei einer mittelbaren Schädigung begründet jede Verletzung einer beliebigen, dem betreffenden Organ obliegenden Pflicht eine Pflichtverletzung; bei unmittelbaren Schäden ist gemäss den Prinzipien des allgemeinen Haftpflichtrechts die Verletzung einer Schutznorm erforderlich.³⁷ Da vorliegend eine mittelbare Schädigung im Raum steht genügt jede Verletzung einer den Verwaltungsräten obliegenden Pflicht zur Begründung einer Pflichtverletzung.</p> <p>Ein zu niedriger Kaufpreis könnte eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR indizieren. Bei Geschäftsführungsentscheiden wendet das Bundesgericht bei der Beurteilung einer potentiellen Verletzung von Art. 717 Abs. 1 OR die sog. <i>Business Judgement Rule</i> an und auferlegt sich – aufgrund der Gefahr von Rückschaufehlern (<i>hindsight bias</i>) – bei der nachträglichen Überprüfung von Geschäftsführungsentscheiden eine gewisse Zurückhaltung.³⁸</p> <p>Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Prüfung der Voraussetzungen der <i>Business Judgement Rule</i> ein zweistufiges Verfahren anzuwenden:³⁹</p> <ul style="list-style-type: none"> – Vorliegen eines Geschäftsführungsentscheids (vgl. oben); – Formelle Voraussetzung: Entscheid in ordnungsgemäsem Verfahren <ul style="list-style-type: none"> ○ Einwandfreier Entscheidungsprozess ○ Angemessene Informationsbasis ○ Abwesenheit von Interessenkonflikten 	

³⁷ Vgl. BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 24 f.

³⁸ Eingehend dazu: BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31 ff.

³⁹ Vgl. BGE 139 III 24, E. 3 sowie BGer 4A_626/2013 bzw. 4A_4/2014, E. 4 ff.

	<p>– Materielle Voraussetzungen: Vertretbarkeit des Geschäftsentscheids (str.)</p> <p>Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, besteht eine Vermutung zugunsten eines pflichtgemässen Verhaltens. Das Vorliegen einer Sorgfaltpflichtverletzung ist diesfalls zu verneinen.</p> <p>Beim Entscheid über die Veräusserung eines Teils einer Betriebssparte handelt es sich zweifelsfrei um einen im Geschäftsführungsermessen des Verwaltungsrats (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR) liegenden Entscheid. Ob dieser Entscheid in einem ordnungsgemässen Verfahren zustande gekommen ist, kann aufgrund der Illiquidität des Sachverhalts jedoch nicht beurteilt werden. Selbiges gilt auch für die Frage der Vertretbarkeit des Geschäftsentscheids. Je nachdem, ob der Entscheid nach der <i>Business Judgement Rule</i> somit als pflichtgemäss anzusehen ist, ist eine Verletzung von Art. 717 Abs. 1 OR zu bejahen oder zu verneinen.</p> <p>Das Vorliegen einer Pflichtverletzung ist dabei von Xaver zu beweisen,⁴⁰ was mit erheblichen Problemen verbunden sein wird, da die dem Vermögensübertragungsvertrag zugrunde liegenden Bewertungen Geschäftsgeheimnisse darstellen dürften, in welche Xaver keine Einsicht hat (vgl. Art. 697 Abs. 2 Satz 2 OR).</p>	
	e.) Kausalzusammenhang	2 P
	<p>Zwischen dem pflichtwidrigen bzw. widerrechtlichen Verhalten und dem eingeklagten Schaden muss gemäss den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen.⁴¹ Der Sachverhalt ist jedoch zu illiquid um diesbezüglich eine genaue Beurteilung vornehmen zu können.</p>	
	f.) Verschulden	2 P
	<p>Die Organe haften nach Art. 754 OR für jedes Verschulden (bereits für leichte Fahrlässigkeit), wobei ein objektivierter Verschuldensmassstab angewendet wird. In subjektiver Hinsicht ist Urteilsfähigkeit erforderlich, was nach Art. 16 ZGB vermutet wird.</p> <p>Umstritten ist, ob das Verschulden vermutet wird oder durch den Kläger zu beweisen ist – diese Kontroverse ist praktisch allerdings von geringer Bedeutung, da eine Exkulpation bei nachgewiesener Pflichtverletzung aufgrund des objektivierten Sorgfaltsmassstabs nahezu unmöglich ist.⁴²</p>	
	g.) Formelles	4 P
	<p>Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gilt eine relative Verjährungsfrist von 5 Jahren ab Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen und eine absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren vom Tag der schädigenden Handlung an gerechnet (Art. 760 Abs. 1 OR). Allfällige längere strafrechtliche Fristen bleiben vorbehalten (Art. 760 Abs. 2 OR).</p> <p>Da vorliegend eine mittelbare Schädigung im Raum steht, darf Xaver schliesslich einem allfälligen Décharge-Beschluss nicht zugestimmt haben (Art. 758 Abs. 1 OR) bzw. muss sofern ein solcher getroffen wurde innerhalb von sechs Monaten nach dem Entlastungsbeschluss Klage erheben (Art. 758 Abs. 2 OR).</p>	

⁴⁰ Vgl. BÖCKLI (Fn. 2), § 18 N 136a.

⁴¹ Vgl. BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 42 ff.

⁴² Vgl. BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 35 (m.w.H.).

	<p>Xaver kann schliesslich sämtliche Verwaltungsräte für den Gesamtschaden einklagen und begehren, dass der Richter die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten feststellt (Art. 759 Abs. 2 OR). Der Rückgriff unter den Beteiligten wird alsdann vom Richter nach Ermessen bestimmt (Art. 759 Abs. 3 OR).</p> <p>Sofern sich Xaver trotz der erheblichen Unsicherheit zu einer Klage gegen die entschliesst, müsste er die Prozesskosten vorschliessen (Art. 98 ZPO), welche sich nach dem eingeklagten Schaden richten (Art. 91 ZPO).</p> <p>Da Xaver nur 2% der Aktien der Backwaren AG hält und nicht ersichtlich ist, dass die Aktien gesamthaft einen Nennwert von 1 Million Franken hätten, kann er auch keine Einberufung einer Generalversammlung bzw. Traktandierung einer Beschlussfassung über die Erhebung einer Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen die Verwaltungsräte durch die Gesellschaft (vgl. Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR) verlangen (vgl. Art. 699 Abs. 3 OR).</p>	
	h.) Fazit	1 P
	Aufgrund der Illiquidität des Sachverhaltes ist die Geltendmachung einer Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR mit erheblichen Risiken verbunden.	
	<p><i>Übersicht Frage C, total mögliche:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Punkte: 55 - Zusatzpunkte 10 <p><i>Maximal mögliche Punkte Frage C:</i> 65</p>	

	Frage D	24 P
	Crown Jewel Defense	
	a.) Voranmeldung eines Angebots	5 P
	<p>Gemäss der Sachverhaltsvariante ist davon auszugehen, dass die Big Food AG am 1. Juni 2015 ein Übernahmeangebot für sämtliche Aktien der Backwaren AG vorangemeldet hätte. Da es sich somit um ein Kontrollwechsel-Angebot handelt, ist Art. 9 Abs. 6 UEV einschlägig.</p> <p>Art. 5 Abs. 1 UEV eröffnet einem Anbieter die Möglichkeit, ein Angebot vor Veröffentlichung des Angebotsprospektes (vgl. Art. 17 ff. UEV) voranzumelden. Die Wirkungen der Voranmeldung sind in Art. 7 UEV aufgelistet. Einerseits muss der Anbieter innerhalb von sechs Wochen nach der Voranmeldung einen Angebotsprospekt i.S.v. Art. 17 ff. UEV veröffentlichen, der den Konditionen der Voranmeldung entspricht (Art. 7 Abs. 1 Satz 1 UEV).</p> <p>Am Tag der Prüfung (13. Juli 2015) lief somit der letzte Tag dieser Frist.</p> <p>Für den vorliegend zu beurteilenden Fall ist dabei aber besonderer Bedeutung, dass gemäss Art. 7 Abs. 3 lit. c UEV ab dem Zeitpunkt Voranmeldung eines Angebots die Bestimmungen über Abwehrmassnahmen der Zielgesellschaft (Art. 29 Abs. 2 und 3 BEHG sowie Art. 35 ff. UEV) zur Anwendung gelangen.</p>	
	b.) Abwehrmassnahmen	16 P
	<p>Gemäss Art. 29 Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 lit. c UEV ist es dem Verwaltungsrat einer Zielgesellschaft somit ab dem Zeitpunkt der Voranmeldung eines Angebots untersagt, Rechtsgeschäfte zu beschliessen, mit denen der Aktiv- oder Passivbestand der Gesellschaft in bedeutender Weise verändert würde. Beschlüsse der Generalversammlung unterliegen dieser Beschränkung hingegen nicht.</p> <p>Als eine derartige gesetzwidrige Abwehrmassnahme i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BEHG qualifiziert nach Art. 36 Abs. 2 lit. a UEV namentlich die Veräusserung oder der Erwerb von Vermögenswerten, deren Wert oder Preis mehr als 10% der Bilanzsumme entspricht oder die mehr als 10% zur Ertragskraft beitragen, sofern dies ausserhalb eines Beschlusses der Generalversammlung erfolgt.</p> <p>Ein solches Vorgehen wird auch mit dem Begriff <i>crown jewel defense</i> bzw. <i>scorched earth policy</i> umschrieben.</p> <p>Es ist nicht erforderlich, dass eine Massnahme i.S.v. Art. 36 Abs. 2 UEV mit dem subjektiven Zweck der Abwehr eines Angebots getroffen wird, sondern es genügt vielmehr, wenn die Massnahme bei objektiver Betrachtungsweise geeignet ist, eine unerwünschte Übernahme zu erschweren.⁴³</p> <p>Gemäss Sachverhalt macht der vom Verwaltungsrat der Backwaren AG veräusserte Teil der Betriebssparte Frischbackwaren 20% der Aktiven der Backwaren AG aus. Da der Aktiventeil, welcher Gegenstand des Vermögensübertragungsvertrags i.S.v. Art. 69 ff. FusG bildet, den Grenzwert von 10% der Gesamtaktiva gemäss Art. 36 Abs. 2 lit. a UEV klar überschreitet, sind die Voraussetzungen nach Art. 29 Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 36 Abs. 2 lit. a UEV erfüllt.</p> <p>Art. 29 Abs. 2 BEHG verbietet es dem Verwaltungsrat sodann nicht nur Beschlüsse zu treffen, welche eine unzulässige Abwehrmassnahme darstellen, son-</p>	

⁴³ Vgl. etwa Verfügung der Übernahmekommission 600/01 vom 22. April 2015 i.S. *Kaba Holding AG*, E. 2.1.

	<p>dern auch die Durchführung bzw. der Vollzug bereits vor der fraglichen Voranmeldung bzw. Publikation eines Angebots getroffener Beschlüsse⁴⁴ – es sei denn es bestünden bereits rechtsgültige Verträge mit Dritten oder die Verhandlungen seien so weit fortgeschritten (z.B. Einleitung eines Auktionsverfahrens), dass ein Rückzug der Zielgesellschaft Schadenersatzpflichten auslösen würde.⁴⁵</p> <p>Der vorliegend zu beurteilende Vermögensübertragungsvertrag i.S.v. Art. 69 ff. FusG (vgl. C.1. oben) wurde gemäss Sachverhalt am 28. Juni 2015 zwischen der Backwaren AG und der Fresh Bakery AG abgeschlossen. Demgegenüber wurde das Angebot der Big Food AG bereits am 1. Juni 2015 vorangemeldet. Da die Verhandlungen gemäss Sachverhalt zäh verliefen, ist nicht offensichtlich, dass die frühestens Ende April 2015 begonnenen Verhandlungen zwischen der Backwaren AG und der Fresh Bakery AG am 1. Juni 2015 bereits so weit fortgeschritten waren, dass ein Abbruch Schadenersatzpflichten der Backwaren AG ausgelöst hätte. Der Abschluss und der Vollzug des Vermögensübertragungsvertrags nach Art. 69 ff. FusG am 28. Juni 2015 stellen somit unzulässige Abwehrmassnahmen i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 36 Abs. 2 lit. a UEV dar (andere Ansicht mit entsprechender Argumentation aber ebenfalls vertretbar).</p> <p>Ein Verstoß gegen Art. 29 Abs. 2 BEHG hat nach h.L. und Praxis der UEK die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der diesbezüglichen Verwaltungsratsbeschlüsse und Rechtsgeschäfte zur Folge.⁴⁶ Überdies begründet die Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BEHG eine Pflichtverletzung, welche – bei Vorliegen eines Schadens und in Abwesenheit eines Beschlusses der Generalversammlung, der die Abwehrmassnahme genehmigt – eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR auslösen kann.⁴⁷ Der Vermögensübertragungsvertrag sowie die diesbezüglichen Beschlüsse des Verwaltungsrats der Backwaren AG sind zufolge des Verstoßes gegen Art. 29 Abs. 2 BEHV somit nichtig.</p>	
	c.) Fazit	3 P
	<p>Die Nichtigkeit der Verwaltungsratsbeschlüsse könnte Xaver gerichtlich (vgl. Art. 714 OR) bzw. von der UEK mittels Verfügung feststellen lassen.⁴⁸ Allfällig bereits umgesetzte Vollzugshandlungen sind mittels sachen-/bereicherungsrechtlicher Rechtsbehelfe (Art. 641 und Art. 975 ZGB bzw. Art. 62 ff. OR) rückgängig zu machen.</p> <p>Überdies könnte der Verwaltungsrat der Backwaren AG aus Art. 754 OR i.V.m. Art. 29 Abs. 2 BEHG haftbar werden.</p>	
	<p><i>Übersicht Frage D, total mögliche:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Punkte: – Zusatzpunkte <p><i>Maximal mögliche Punkte Frage D:</i></p>	<p>24</p> <p>2</p> <p>26</p>

⁴⁴ DIETER GERICHKE/KARIN WIEDMER, Kommentar Übernahmeverordnung (UEV), Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 36 N 12.

⁴⁵ Vgl. GERICHKE/WIEDMER (Fn. 44), Art. 36 N 14; URS SCHENKER, Schweizerisches Übernahmerecht, Habil. St. Gallen 2009, Bern 2009, S. 609 f.

⁴⁶ Vgl. GERICHKE/WIEDMER (Fn. 44), Art. 36 N 113 ff.

⁴⁷ Vgl. GERICHKE/WIEDMER (Fn. 44), Art. 36 N 115.

⁴⁸ GERICHKE/WIEDMER (Fn. 44), Art. 36 N 116.

	Frage E	21 P
	Faktische Zweckänderung?	
	a.) Vertretungsmacht	12 P
	<p>Nach Art. 718a Abs. 1 OR sind die zur Vertretung befugten Personen ermächtigt, im Namen der Aktiengesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann. Diese Bestimmung wird von der h.L. und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weit ausgelegt und umfasst nicht nur Handlungen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen, sondern vielmehr sämtliche Geschäfte, welche durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind.⁴⁹</p> <p>Grenze der Vertretungsmacht des Verwaltungsrates bildet jedoch der Gesellschaftszweck: die Änderung desselben steht in der unentziehbaren Kompetenz der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 i.V.m. Art. 626 Ziff. 2 OR), wofür überdies ein qualifiziertes Quorum (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR) notwendig ist.</p> <p>Gemäss der Fragestellung soll in dieser Sachverhaltsvariante davon ausgegangen werden, dass der Verwaltungsrat die gesamte Betriebssparte Frischbackwaren an die Fresh Bakery AG veräussert hätte. Demgemäss würde die Backwaren AG nur noch über die Betriebssparte Tiefkühl/Convenience verfügen.</p> <p>Da gemäss Art. 2 der Statuten der Backwaren AG die Produktion und der Verkauf von Frisch- und Tiefkühlbackwaren den Gesellschaftszweck bilden, die Backwaren AG aber nach der Veräusserung der Betriebssparte Frischbackwaren nur noch über die Betriebssparte Tiefkühl/Convenience verfügen würde, würde die Veräusserung der gesamten Betriebssparte Frischbackwaren zu einer faktischen Zweckänderung führen.⁵⁰</p> <p>Da eine Zweckänderung in der Kompetenz der Generalversammlung der Backwaren AG liegt (vgl. Art. 698 Abs. 2 i.V.m. Art. 626 Ziff. 2 OR), wäre die Veräusserung der gesamten Betriebssparte Frischbackwaren nicht mehr von der Vertretungsmacht des Verwaltungsrats der Backwaren AG gedeckt.</p> <p>Allfällig bereits umgesetzte Vollzugshandlungen sind mittels den sachen- und bereicherungsrechtlichen Rechtsbehelfen (Art. 641 und Art. 975 ZGB bzw. Art. 62 ff. OR) rückgängig zu machen. Da die Statuten – und namentlich der Gesellschaftszweck – im Handelsregister öffentlich einsehbar sind, könnte sich die Fresh Bakery AG aufgrund des positiven Publizitätsprinzips (vgl. Art. 933 Abs. 1 i.V.m. Art. 932 OR) auch nicht auf Gutgläubenschutz berufen.</p>	
	b.) Klage auf Feststellung der Nichtigkeit (Art. 714 OR)	7 P
	<p>Formelles:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Aktivlegitimation: Jeder, der ein Feststellungsinteresse bezüglich der Nichtigkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses hat, somit auch Xaver. – Passivlegitimation: Wie bei der Nichtigkeitsklage nach Art. 706b OR (vgl. oben 1.b). – Objekt der Nichtigkeitsklage: Verwaltungsratsbeschluss, dessen Nichtigkeit festgestellt werden soll (Art. 714 OR). 	

⁴⁹ BGE 116 II 320, E. 3a (m.w.H.); MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 27), § 2 N 33.

⁵⁰ Vgl. dazu: BÖCKLI (Fn. 2), § 13 N 497 ff.

	Gegen Verwaltungsratsbeschlüsse kann nach h.L. und ständiger Rechtsprechung keine Anfechtungsklage erhoben werden. ⁵¹	
	Es ist einzig eine Nichtigkeitsklage möglich, wobei die Nichtigkeitsgründe nach Art. 706b OR „sinngemäss“ zur Anwendung gelangen (Art. 714 OR). Vorliegend relevant sein dürfte namentlich der Nichtigkeitsgrund der Missachtung der Grundstrukturen der Aktiengesellschaft (Art. 714 i.V.m. Art. 706b Ziff. 3 OR), worunter namentlich Fälle zu subsumieren sind, in welchen sich der Verwaltungsrat Kompetenzen der Generalversammlung anmasst. ⁵² Wie unter E.b) dargelegt würde die Veräusserung der gesamten Betriebssparte Tiefkühl/Convenience zu einer faktischen Zweckänderung führen, welche in der unentziehbaren Kompetenz der Generalversammlung steht. Ein diesbezüglicher Verwaltungsratsbeschluss wäre somit gemäss Art. 714 i.V.m. Art. 706b Ziff. 3 OR nichtig.	
	d.) Fazit	2 P
	Die Veräusserung der gesamten Betriebssparte Tiefkühl/Convenience führt zu einer faktischen Zweckänderung und ist deshalb nicht mehr von der Vertretungsmacht des Verwaltungsrates nach Art. 718a Abs. 1 OR gedeckt. Xaver könnte deshalb auch auf Feststellung der Nichtigkeit eines entsprechenden Verwaltungsratsbeschlusses nach Art. 714 i.V.m. Art. 706b Ziff. 3 OR klagen.	
	<i>Übersicht Frage E, total mögliche:</i> – Punkte: – Zusatzpunkte <i>Maximal mögliche Punkte Frage E:</i>	21 1 21
	<i>Übersicht Aufgabe 2, total mögliche:</i> – Punkte: – Zusatzpunkte <i>Maximal mögliche Punkte Aufgabe 2:</i>	100 13 113
	Totalübersicht	
	<i>Punkte Aufgabe 1:</i> <i>Punkte Aufgabe 2:</i> <i>Zusatzpunkte:</i> – bei Aufgabe 1 und 2; – für guten Prüfungsaufbau; – gute Sprache und schlüssige Argumentation; – honorierenswerte weitergehende Ausführungen <i>Maximal mögliche Gesamtpunktzahl</i>	150 100 28 3 3 4 288

Hinweis zur Berechnung der Gesamtpunktzahl der Ergänzungsprüfung im Handels- und Wirtschaftsrecht (BA) vom 13. Juli 2015: Vor der Addition mit den im wettbewerbsrechtlichen Teil der Prüfung erzielten Punkten sind die im gesellschaftsrechtlichen Teil der Prüfung erreichten Punkte mit folgenden Faktoren zu multiplizieren:

- Punkte und Zusatzpunkte im Rahmen der Aufgaben 1 und 2: Faktor 0.4
- Zusatzpunkte für Aufbau, Sprache und Argumentation: Faktor 0.5

⁵¹ Vgl. BSK OR II-MARTIN WERNLI/MARCO A. RIZZI, Art. 714 N 3 (m.w.H.); BÖCKLI (Fn. 2), § 13 N 264.

⁵² Vgl. BÖCKLI (Fn. 2), § 13 N 270.

Teil Wettbewerbsrecht

I. Geltungs- und Anwendungsbereich KG	Punkte maximal	Punkte erreicht
Art. 2 KG (Geltungsbereich)		
<u>Persönlicher Geltungsbereich:</u>		
<ul style="list-style-type: none"> • Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts. Nicht erfasst sind der Arbeitsmarkt und die Konsumenten. • Unternehmensdefinition (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG) <ul style="list-style-type: none"> (1) Teilnahme am Wirtschaftsprozess (2) Wirtschaftliche Selbständigkeit • Ergebnis Sowohl die Produktionsgenossenschaft „L'Ativez“, als auch die K AG sind Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. 	0,5 P	
<u>Sachlicher Geltungsbereich:</u>		
<ul style="list-style-type: none"> • Kartellrechtliche Dreiteilung: das KG kommt auf Unternehmen zur Anwendung, die Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG) • Ergebnis Vorliegend geht es um Wettbewerbsabreden und den Einsatz von Marktmacht. 	0,5 P	
<u>Örtlicher Geltungsbereich:</u>		
<ul style="list-style-type: none"> • Gemäss dem <u>Auswirkungsprinzip</u> kommt das KG auf alle kartellrechtlich relevanten Sachverhalte zur Anwendung, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn diese im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG). Massgeblich dabei ist allein die unmittelbare Wirkung auf den in der Schweiz ganz oder teilweise liegenden Markt, d.h. im Falle von Art. 5 und 7 KG muss eine Auswirkung auf den Schweizer (Teil-)Markt tatsächlich gegeben sein. • Ergebnis Der vorliegende Sachverhalt findet in der Schweiz statt und wirkt sich auf den Schweizer Markt aus. Der örtliche Geltungsbereich des KG ist somit eröffnet. 	0,5 P	
<u>Zeitlicher Geltungsbereich:</u>		
<ul style="list-style-type: none"> • Zeitliche Geltung des KG seit Inkrafttreten am 1.7.1996; die Änderungen des KG der Revision vom 20.6.2003 traten am 01.04.2004 in Kraft. • Ergebnis Vorliegend unproblematisch. 	0,5 P	

Art. 3 KG (Anwendungsbereich)		
<u>Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften</u>		
<ul style="list-style-type: none"> • Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 KG sind vorliegend nicht einschlägig und können bei der Prüfung vernachlässigt werden. 		
<ul style="list-style-type: none"> • Gem. Art. 3 Abs. 1 KG gehen Vorschriften, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nicht zulassen, den Bestimmungen des Kartellgesetzes vor. Als „wettbewerbsausschliessende Vorschriften“ gelten insbesondere staatliche Markt- und Preisordnungen. Eine solche liegt vor, wenn „die massgeblichen ökonomischen Parameter in entscheidender Weise durch öffentliches Recht festgelegt“ werden. Ein Beispiel hierfür stellte die seinerzeitige Käsemarktordnung dar, welche Abnahme- und Ablieferungspflichten, feste Preise und Margen sowie ein System der Warenteilung vorsah. 	1 P	
<ul style="list-style-type: none"> • In diesem Zusammenhang besteht eine restriktive Praxis von Behörden und Gerichten und das KG tritt nur dann zurück, wenn der Gesetzgeber den entsprechenden Bereich den Wettbewerbskräften entziehen wollte. Mittlerweile wurde dieser Marktsektor in grossem Umfang liberalisiert und die staatlich verordneten Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit sind aufgehoben. 	1 P	
<ul style="list-style-type: none"> • Ergebnis Im Bereich der Milch- und Käsewirtschaft besteht keine staatliche Markt- und Preisordnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG. Der Anwendungsbereich des KG ist somit eröffnet. 	1 P	
	0,5 P	

<u>Zwischenergebnis</u>		
Der Geltungs- und Anwendungsbereich des KG sind vorliegend gegeben.		

	8 P	
	Gesamt	Gesamt

Vorliegend könnten zwei Säulen des schweizerischen KG relevant sein: **(A)** unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) und **(B)** unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass Fälle von Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a KG sich bei genauerer Betrachtung auch als Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 KG erweisen können.

II. Wettbewerbsrechtliche Prüfung	Punkte maximal	Punkte erreicht
(A) Art. 5 KG – Unzulässige Wettbewerbsabreden		
<p>(I) Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)</p> <p>(1) Zwei oder mehrere Unternehmen wirken bewusst und gewollt zusammen und dieses Zusammenwirken (2) bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung</p> <p>Gemäss Sachverhalt und in Übereinstimmung mit Art. 840 Abs. 3 OR entscheidet die Verwaltung der Produktionsgenossenschaft „L'Ativez“ über die Aufnahme neuer Mitglieder in die Kooperative. Gemäss Art. 894 Abs. 1 OR besteht die Verwaltung mindestens aus drei Personen und darf sich gem. Art. 894 Abs. 2 OR nur aus natürlichen Personen zusammensetzen. Mit Blick auf die Anforderungen von Art. 4 Abs. 1 KG ist somit zunächst zu prüfen, ob der Beschluss der Verwaltungsmitglieder als Abrede zwischen zwei oder mehr Unternehmen qualifiziert werden könnte.</p>	1 P	
<ul style="list-style-type: none"> • Ergebnis Ausgehend von einem funktionalen Unternehmensbegriff ist eine negative Abgrenzung gegenüber Privatpersonen erforderlich. Entscheidend ist hierbei, ob eine bestimmte Tätigkeit darauf ausgerichtet ist, als Teilnahme am Wirtschaftsverkehr zu gelten, wobei diese Teilnahme auf selbständiger Tätigkeit beruhen muss. Einer natürlichen Person wird etwa Unternehmensqualität zuerkannt, wenn sie ein Einzelunternehmen führt und demnach als Unternehmer schlechthin auftritt; gleiches gilt für natürliche Personen, die als professionelle Investoren agieren. Ausgehend von den vorerwähnten Kriterien ist die Unternehmensqualität der Verwaltungsmitglieder der Produktionsgenossenschaft L'Ativez aufgrund fehlender Selbständigkeit jedoch nicht gegeben. Der Beschluss der Verwaltungsmitglieder, die K AG nicht in die Kooperative aufzunehmen, stellt somit keine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG dar. 	2 P	
<hr/>		
	4 P	
		Gesamt
		Gesamt

<p>(B) Art. 7 KG – Missbrauch marktbeherrschender Stellung</p> <p>Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG knüpft an drei kumulative Voraussetzungen an: (I) Marktbeherrschendes Unternehmen; (II) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung; und (III) Wettbewerbsbehinderung als Folge des Missbrauchs. Zudem ist eine allfällige (IV) Rechtfertigung des fraglichen Verhaltens zu prüfen.</p>		
<p>(I) Marktbeherrschendes Unternehmen</p> <ul style="list-style-type: none"> • Definition gem. Art. 4 Abs. 2 KG • Um als marktbeherrschend im Sinne von Art. 7 KG zu gelten, hat das betreffende Unternehmen gegenüber seinen Konkurrenten über eine herausragende bzw. überragende Marktstellung zu verfügen. Eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens ist zu bejahen, wenn die Marktgegenseite aufgrund der tatsächlichen Marktstellung des fraglichen Unternehmens weder sachlich, räumlich noch zeitlich zumutbare Ausweichmöglichkeiten zum Angebot des potenziell marktbeherrschenden Unternehmens zur Verfügung hat. • Die Beurteilung der Marktbeherrschung erfolgt dabei in zwei Schritten: (A) Definition des relevanten Marktes (B) Analyse der Stellung des Unternehmens auf dem relevanten Markt. 	<p>1 P</p> <p>1 P</p>	
<p>(A) Relevanter Markt</p> <ul style="list-style-type: none"> • Besondere Bedeutung erlangt im vorliegenden Fall die allgemeine Regel: <i>„Je enger der relevante Markt abgegrenzt wird, desto wahrscheinlicher ist das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung“.</i> <p><u>(aa) Sachlich relevanter Markt</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Bedarfsmarktkonzept:</u> Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite. • Gem. der Definition in Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt <i>“alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden”.</i> • Vorliegend sind GUB/AOP bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes zu berücksichtigen. Wenn ein Konkurrent geltend macht, am Zugang zu einer Ursprungsbezeichnung gehindert zu werden, ist der sachliche relevante Markt auf den Markt der fraglichen Ursprungsbezeichnung zu beschränken. In diesem besonderen rechtlichen Zusammenhang ist es nicht erforderlich, das tatsächliche Bestehen eines Marktes für diese Ursprungsbezeichnung, der sich vom Markt der Standardprodukte und jener anderer GUB/AOP unterscheidet, nachzuweisen. Der sachlich relevante Markt ist demnach auf den unter der GUB „L’Ativez“ vermarktete Hartkäse beschränkt. 	<p>1 P</p> <p>0,5 P</p> <p>1 P</p>	

<ul style="list-style-type: none"> • Ergebnis Der sachlich relevante Markt ist vorliegend der Markt für Käse, welcher mit der GUB „L’Ativez“ vermarktet wird. <p><u>(bb) Räumlich relevanter Markt</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Gem. der Definition in Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU umfasst der räumlich relevante Markt „das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet“. • Der räumlich relevante Markt entspricht somit der räumlichen Ausdehnung des Gebiets, in welchem die Marktgegenseite des potenziell marktbeherrschenden Unternehmens dessen Dienstleistung nachfragt. • Der gesamte Produktionsprozess GUB/AOC-geschützter Produkte ist streng reglementiert bzw. eingeschränkt. Die Reifung des Hartkäses „L’Ativez“ ist auf die von den GUB/AOC-Richtlinien definierte Region beschränkt, ansonsten darf der Käse nicht unter der GUB/AOC „L’Ativez“ vermarktet werden. Da sich die schweizerischen GUB/AOC-Bestimmungen auf das Territorium Schweiz beschränken, ist der Markt wettbewerbsrechtlich national abzugrenzen. • Ergebnis Der geografisch relevante Markt umfasst das gesamte Gebiet der Schweiz. <p><u>(cc) Zeitlich relevanter Markt</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Die zeitliche Marktabgrenzung kann vorliegend vernachlässigt werden, da der fragliche Markt nicht nur für eine begrenzte Zeit besteht. 	<p>0,5 P</p> <p>0,5 P</p> <p>0,5 P</p> <p>1 P</p> <p>0,5 P</p> <p>0,5 P</p>	
<p>(B) Marktbeherrschung</p> <ul style="list-style-type: none"> • Im zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob das fragliche Unternehmen auf dem betreffenden Markt über eine beherrschende Stellung verfügt, d.h. ob es sich gem. Art. 4 Abs. 2 KG von den anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann. Die Beurteilung der Marktmacht erfolgt anhand von drei Kriterien: (aa) Aktueller Wettbewerb; (bb) Potentieller Wettbewerb; und (cc) Stellung der Marktgegenseite. <p><u>(aa) Aktueller Wettbewerb</u></p> <p>Ausgangspunkt der Analyse der Marktstruktur ist der Vergleich der Marktanteile, welche für Beurteilung der Marktbeherrschung eine grosse Rolle spielen. Gemäss Sachverhalt existieren grundsätzlich zwei in der Reifungszone gelegene und den Anforderungen des Pflichtenheftes genügende Keller. Während der eine der Reifungskeller der Produktionsgenossenschaft gehört, hält der andere Eigentümer von dieser Tätigkeit gerade Abstand, um nicht mit der Produktionsgenossenschaft in eine Konkurrenzsituation zu treten. Die Produktionsgenossenschaft verfügt somit als einzige über einen zur „L’Ativez“-Reifung geeigneten und verwendeten Keller und über entsprechende Kapazitäten; dies entspricht einem Marktanteil von 100% und</p>	<p>1 P</p> <p>1 P</p>	

<p>eine marktbeherrschende Stellung kann daher ohne weiteres angenommen werden.</p> <p><u>(bb) Potentieller Wettbewerb</u></p> <p>Potentieller Wettbewerb besteht, wenn mit gewisser Wahrscheinlichkeit relativ kurzfristig neue Konkurrenten in den relevanten Markt eintreten können. Ein hoher Grad an Marktoffenheit mit niedrigen Ein- und Austrittsbarrieren wirkt sich insofern disziplinierend auf das marktmächtige Unternehmen aus. Dabei müssen konkrete Anhaltspunkte und nicht nur rein theoretische Möglichkeiten für Zutritte in den fraglichen Markt vorliegen. Anzeichen hierfür können bspw. erhebliche ungenutzte Produktionskapazitäten von Konkurrenten sein. Vorliegend besteht kein potentieller Wettbewerb, weil weder ungenutzte Kapazitäten der K AG, noch konkret zu erwartende neue Marktzutritte ersichtlich sind; der zweite Inhaber eines Reifungskellers lehnt es sogar dezidiert ab, die Produktionsgenossenschaft zu konkurrieren.</p> <p><u>(cc) Stellung der Marktgegenseite</u></p> <p>Soweit aktueller und potentieller Wettbewerb fehlen, kann allenfalls eine ausreichend starke Marktgegenseite disziplinierend auf das marktbeherrschende Unternehmen einwirken. Je stärker die Marktgegenseite ist, desto unwahrscheinlicher ist ein von anderen Marktteilnehmern unabhängiges Verhalten. Vorliegend existiert auf den vor- und nachgelagerten Märkten keine starke Marktgegenseite.</p> <p>[Allenfalls Prüfung weiterer Kriterien wie z.B. Marktverhalten]</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ergebnis Die Produktionsgenossenschaft kann sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten und hat somit eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG inne. 	<p>1 P</p> <p>1 P</p> <p>[0,5 P]</p> <p>1 P</p>	
<p><u>(II) Missbrauch</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Das Gesetz enthält keine Legaldefinition des Missbrauchsbegriffs. Dieser wird jedoch durch den nicht abschliessenden Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG konkretisiert, der typische Behinderungs- bzw. Ausbeutungstatbestände aufzählt. Vorliegend ist insbesondere der Behinderungsmissbrauch von Interesse, der sich gegen Wettbewerber auf dem beherrschten Markt oder auf benachbarten Märkten richtet. • Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Verweigerung der Produktionsgenossenschaft, die K AG in die Kooperative aufzunehmen und deren Produktion zur Reifung zu übernehmen, einen Kartellrechtsverstoss i.S.v. Art. 7 KG darstellen könnte. Zu prüfen ist dabei vor allem die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, insbesondere die Weigerung, Waren zu kaufen oder zu liefern. <hr style="width: 20%; margin-left: 0;"/>	<p>0,5 P</p>	

<ul style="list-style-type: none"> • Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) Die sog. „<i>Essential Facility Doctrine</i>“ betrifft eine Form der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, die eine Anzahl von Besonderheiten aufweist. Demzufolge ist Wettbewerb in bestimmten Märkten nur möglich, wenn der Zugang zu gewissen unverzichtbaren Einrichtungen, Dienstleistungen oder Informationen gewährleistet ist. Als <i>Essential Facility</i> kommt jede nicht in kurzer Zeit duplizierbare Infrastruktur in Betracht, die zur Erbringung einer bestimmten Dienstleistung oder zur Herstellung gewisser Produkte unabdingbar ist. Marktbeherrschende Unternehmen, die eine solche Essential Facility/wesentliche Einrichtung innehaben, müssen den übrigen Wettbewerbern den Zugang dazu grundsätzlich gewähren, ausser es besteht ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung. <u>Voraussetzungen:</u> (i) Kontrolle einer wesentlichen Einrichtung (ii) Keine sinnvolle Möglichkeit der Duplizierung (iii) Zugangsverweigerung (iv) Zumutbarkeit der Bereitstellung der Einrichtung (i) Weil die Produktionsgenossenschaft als einzige über einen den Anforderungen des Pflichtenheftes genügenden Reifungskeller verfügt und daher auch die einzige Marktteilnehmerin ist, welche die für die GUB <i>L'Ativez</i> erforderliche Reifung durchführen kann, ist das Vorliegen einer essential facility zu bejahen. (ii) Die Möglichkeit einer Duplizierung ist zu verneinen, da die K AG weder in der Lage ist ihre Produktion gemäss den Anforderungen der GUB „<i>L'Ativez</i>“ zu reifen, noch die Reifung durch ein Drittunternehmen vornehmen lassen kann. (iii) Vorliegend weigert sich die Produktionsgenossenschaft offenkundig, die K AG als Genossenschafter aufzunehmen und ihre Produktion zur Reifung zu übernehmen. Ob sich die Weigerung dabei auf die Dienstleistung in Form der Reifung oder auf die Zurverfügungstellung des Kellers bezieht, kann insofern offen bleiben. (iv) Im vorliegenden Fall erscheint es der Produktionsgenossenschaft ohne weiteres zumutbar, der K AG ihren Keller zum Zwecke der Reifung zur Verfügung zu stellen. Weder Gründe der Kapazität oder Wirtschaftlichkeit, noch der Qualität sprechen gegen diese Einschätzung. • Ergebnis Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gem. Art. 7 Abs. 1 lit. a KG ist vorliegend zu bejahen. 	<p>2 P</p> <p>1 P</p> <p>0,5 P</p> <p>0,5 P</p> <p>0,5 P</p> <p>0,5 P</p> <p>0,5 P</p>	
<p>(III) Wettbewerbsbehinderung Erforderlich ist eine Wettbewerbsbehinderung in Folge des missbräuchlichen Verhaltens der Produktionsgenossenschaft. Eine Wettbewerbsbehinderung kann vorliegend bejaht werden, weil die K AG in Folge der Verweigerung der Produktionsgenossenschaft davon abgehalten wird, ihren Käse mit der GUB „<i>L'Ativez</i>“ zu vermarkten.</p>	<p>1 P</p>	

<p><u>(IV) Rechtfertigung</u> Eine Verletzung von Art. 7 KG setzt voraus, dass sich das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht durch sachliche Gründe („<i>legitimate business reasons</i>“) rechtfertigen lässt. Als sachliche Gründe, welche strategische Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens als zulässig erscheinen lassen, kommen insbesondere kaufmännische und betriebswirtschaftliche Grundsätze in Betracht. Das marktbeherrschende Unternehmen ist dabei nicht gehalten, seine Dienste zur Verfügung zu stellen oder Zugang zu seinen Einrichtungen zu gewähren, wenn ihre Kapazität ungenügend ist und wenn es als Folge davon die Bedürfnisse der eigenen Kundenschaft nicht mehr vollständig befriedigen könnte.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Ergebnis</i> Weil sich der Verweigerungsentscheid vorliegend nicht aus der erschöpften Kapazität des Reifungskellers begründet, sondern vielmehr dem Umstand geschuldet ist, dass die Produktionsgenossenschaft junge, regional angesiedelte Landwirte anstelle der K AG bevorzugen möchte, ist eine objektive Rechtfertigung der Verweigerung aus Gründen der Effizienz zu verneinen. 	<p>1 P</p>	
<p><u>(V) Ergebnis</u> Die Produktionsgenossenschaft ist marktbeherrschend und verhält sich missbräuchlich, da sich ihr Verhalten nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt.</p>	<p>1 P</p>	
	<p>23 P</p>	
	<p>Gesamt</p>	<p>Gesamt</p>

III. Erfolgsaussichten der Klage der K AG	Punkte maximal	Punkte erreicht
<p><u>Obligationenrecht</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Zwar leitet sich aus Art. 839 Abs. 2 OR das „Prinzip der offenen Tür“ ab, doch kann aus dem Artikel kein klagbares Recht auf Eintritt in eine Genossenschaft abgeleitet werden. Für die Produktionsgenossenschaft „L’Arivez“ besteht vorliegend somit keine gesetzliche Aufnahmepflicht und die Erfolgsaussichten der Klage der K AG sind mit Blick auf das Obligationenrecht als gering zu beurteilen. <p><u>Kartellrecht</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Das Kartellrecht bietet vorliegend jedoch eine mögliche Lösung an. Im Falle einer Wettbewerbsbeschränkung (z.B. gemäss Art. 7 KG) besteht die Möglichkeit gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. a KG auf Beseitigung oder Unterlassung zu klagen. Faktisch vermittelt dieser Rechtsbehelf damit ein klagbares Recht auf Eintritt in die Genossenschaft. • Ergebnis Obligationenrechtlich sind die Erfolgsaussichten der Klage der K AG als gering zu beurteilen. Kartellrechtlich betrachtet bestehen demgegenüber gute Chancen der K AG im Rechtsstreit mit der Produktionsgenossenschaft zu obsiegen. 	<p>[1 P]</p> <p>2 P</p> <p>1 P</p>	

	3 P	
	Gesamt	Gesamt

<u>Zusatzpunkte für gute Strukturierung und Argumentation</u>	2 P	
--	-----	--

Aufgabe 1	8 P	
Aufgabe 2	27 P	
Aufgabe 3	3 P	
Zusatzpunkte	2 P	
	40 P	
	Gesamt	Gesamt