

Lösungsskizze
zur Klausur Lizentiat II in Handels- und Wirtschaftsrecht vom 21. Februar 2007
(Fall I, Teilprüfung Prof. Forstmoser)

Bemerkungen zur Korrektur:

- Wo für eine Antwort ein ganzer Punkt vorgesehen ist, wurde für die richtige Beantwortung eines (ausreichenden) Teilaspektes ein halber Punkt vergeben.
- Die einzelnen Aspekte konnten (selbstverständlich) in einer von diesem Schema abweichenden Reihenfolge geprüft werden.
- Punkte wurden auch für richtige Argumente vergeben, die nicht in der Lösungsskizze aufgeführt sind. Die Vergabe von Bonuspunkten ist davon unabhängig.

Frage a): Vorgehen, Chancen

I. Vorbemerkung

Vorliegen eines Konzerns:

Gemäss OR 663e I liegt ein Konzern vor, wenn eine Gesellschaft mehrere rechtlich selbständige Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst, sei es durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise. Begriffsbestimmendes Merkmal ist die einheitliche Leitung.

Als Indizien für die einheitliche Leitung ist die Entsendung des Verwaltungsratspräsidenten der A AG in die B AG und die C AG zu nennen. Ebenfalls die Tatsache, dass die einheitliche Leitung tatsächlich durch Weisungen durchgesetzt wird.

II. Frage a)

1. Allgemeine Voraussetzungen der Haftung

[Hinweis: Für die Musterlösung werden zuerst die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen dargestellt und anschliessend auf die konkrete Konstellation angewendet. Natürlich ist es auch zulässig, jeweils direkt zu konkretisieren.]

<p>Vorgehen aufgrund der <i>aktienrechtlichen Verantwortlichkeit</i> (OR 754 ff).</p> <p>Der Haftung unterliegen sowohl die <i>formellen</i> (gewählt oder eingesetzt) als auch die <i>faktischen</i> (materiellen) Organe. Faktische Organe sind solche, die ohne förmlich bestellt worden zu sein tatsächlich Organfunktionen erfüllen.</p>	
<p>Voraussetzungen:</p> <p>Für eine Haftung nach OR 754 I müssen kumulativ vier Voraussetzungen erfüllt sein: Es muss ein <i>Schaden</i> eingetreten sein, der Haftende muss eine <i>Pflichtwidrigkeit</i> begangen haben, bei welcher er <i>schuldhaft</i> gehandelt hat. Diese pflichtwidrige und schuldhafte Handlung muss <i>kausal</i> für den Eintritt des Schadens gewesen sein.</p>	
<p>Schaden:</p> <p>Der Schaden entspricht der <i>Differenz</i> zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens eines Geschädigten und dem Stand, den sein Vermögen ohne die Schädigung gehabt hätte.</p> <p>Die C AG wurde durch die Darlehenshingabe geschädigt.</p> <p>Die Aktionäre wurden ebenfalls durch die Darlehenshingabe ohne angemessene Gegenleistung geschädigt.</p> <p>Die Gläubiger sind dadurch geschädigt, dass sie das ganze Haftungssubstrat verloren haben und mit der Konkursdividende vorlieb nehmen müssen.</p>	
<p>Pflichtwidriges Verhalten:</p> <p>Diese Pflichten finden sich in OR 716 ff. <i>OR 717</i> auferlegt den Mitgliedern des Verwaltungsrates sowie Dritten, die mit der Geschäftsführung betraut sind, eine <i>allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht</i>.</p> <p>Erkennen der speziellen Problematik im Konzern: Verwaltungsratsmitglieder und mit der Geschäftsführung betraute Personen haben immer die Interessen <i>ihrer eigenen</i></p>	

<p><i>Gesellschaft</i> zu wahren.</p> <p>Diese Pflicht zur Interessenwahrung (OR 717 I) kann bei sog. Doppelorganen (Organe einer Muttergesellschaft, die in den Verwaltungsrat der Tochter entsandt werden) zu <i>Interessenkonflikten</i> (Konzernparadox) führen.</p> <p>Diese Interessenkonflikte werden über die Theorie des <i>doppelten Pflichtnexus</i> gelöst: Ist eine Vereinbarung der Interessen von entsendender und entsandter Gesellschaft nicht möglich, muss das Interesse der Gesellschaft, in der das Verwaltungsratsmandat ausgeübt wird, den Vorrang haben. Diese Doppelorgane müssen sich daher jederzeit im Klaren sein, für welche Gesellschaft sie gerade tätig sind.</p> <p>In der Lehre wird auch die Ansicht vertreten, ein Organ müsse immer, auch im Rahmen seines Ermessens, im besten Interesse der Gesellschaft handeln, weshalb es keinen Ermessensspielraum gebe.</p>	
<p>Verschulden:</p> <p>Für eine Haftung nach OR 754 I genügt <i>jedes Verschulden</i>, auch leichte Fahrlässigkeit.</p> <p>Für die erforderliche Sorgfalt wird ein <i>objektiverer Massstab</i> angelegt. Gemessen wird das konkrete Verhalten des Organs am Verhalten einer vernünftigen und gewissenhaften Person unter den gleichen Umständen.</p>	
<p>Kausalzusammenhang:</p> <p>Zwischen der sowohl schuldhaften als auch pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden muss ein <i>natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang</i> bestehen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diese adäquate Kausalität gegeben, wenn die in Frage stehende Pflichtwidrigkeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung <i>geeignet</i> war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen.</p>	

2. Vorgehen gegen die einzelnen Personen

<p>2.1 Vorgehen gegen X, aktienrechtliche Verantwortlichkeit</p>	
<p>Pflichtwidriges Verhalten:</p> <p>X ist als Verwaltungsratspräsident sowohl der A AG wie auch der C AG ein sog. <i>Doppelorgan</i>.</p> <p>X muss also die Interessen der A AG und des Konzerns und die Interessen der C AG</p>	

<p>unter einen Hut bringen. Er befindet sich vorliegend jedoch in einem <i>Interessenkonflikt</i>; die Interessen der A AG und diejenigen der C AG sind <i>unvereinbar</i>. Aufgrund der Theorie doppelten Pflichtnexus muss er als Verwaltungsrat der C AG somit den Interessen der C AG den Vorzug geben, um OR 717 I nicht zu verletzen. X hat jedoch gerade den Interessen der A AG den Vorzug gegeben und damit im Interessenkonflikt falsch entschieden. Dadurch hat er OR 717 I verletzt.</p> <p>Das Interesse der C AG ist, das Darlehen zu Konditionen zu gewähren, wie sie auch unabhängigen Dritten gewährt würden (sog. „<i>dealing at arm's length</i>“). Dies in Bezug auf Sicherung, Rückzahlung und Verzinsung.</p> <p>Durch die Gewährung des Darlehens ohne Zins und mit Rangrücktritt verletzte X OR 717 I. Ein Darlehen zu diesen Konditionen ist mit der Treuepflicht eines Verwaltungsrates gegenüber seiner Gesellschaft nicht vereinbar.</p>	
<p>Verschulden:</p> <p>X hat wissentlich und willentlich die Interessen der C AG verletzt, indem er das Darlehen beschloss. Ein vernünftiger und gewissenhafter Verwaltungsrat in der gleichen Situation hätte dies nicht getan. Auch hätte ein sorgfältiger Verwaltungsrat wegen des Interessenkonflikts anders entschieden. Es war voraussehbar, dass sein Verhalten zum Konkurs führen würde. Das Verschulden ist somit gegeben.</p>	
<p>Kausalzusammenhang:</p> <p>Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist eine Darlehenshingabe in Höhe von 5 Mio. zu solchen Konditionen <i>geeignet, der Gesellschaft Schaden zuzufügen</i>. Die Darlehenshingabe schädigte die Gesellschaft und führte zum Konkurs. Ohne das Darlehen hätte dies verhindert werden können.</p> <p>Ein <i>Unterbruch der Kausalkette</i> durch das unvorhersehbare Ereignis (höhere Gewalt) ist nicht gegeben.</p>	
<p>Chancen:</p> <p>Die Chancen für eine erfolgreiche Geltendmachung der Verantwortlichkeitsklage sind <i>gut</i>. Als Unsicherheiten sind generell die Beweisproblematik bei Verantwortlichkeitsklagen zu nennen und ebenso fraglich ist, bei X als Privatperson, die Solvenz. [Es gibt zahlreiche Begründungen, wobei mindestens eine (richtige) genannt werden muss.]</p>	

2.2 Vorgehen gegen V, aktienrechtliche Verantwortlichkeit	
<p>Pflichtwidriges Verhalten:</p> <p>Das Interesse der C AG wäre die Sicherung der Rückzahlung des Darlehens, ev. die Verweigerung des Darlehens gewesen. Durch den Beschluss des Darlehens zu den vorliegenden Konditionen zusammen mit X hat V seine Treuepflicht nach OR 717 verletzt. (s. oben 2.1)</p> <p>Ausserdem ist bei einem potentiellen Konflikt – unter Nahestehenden – besondere Sorgfalt angebracht.</p>	
<p>Verschulden:</p> <p>Ein sorgfältiger und gewissenhafter Verwaltungsrat in der gleichen Situation wie V hätte einen solchen Darlehensvertrag nicht unterschrieben. V hat eine Schädigung durch die Darlehenshingabe zumindest in Kauf genommen und damit schuldhaft gehandelt.</p>	
<p>Kausalzusammenhang:</p> <p>Ist gleich beurteilen wie bei X, daher Verweis auf oben 2.1.</p>	
<p>Chancen:</p> <p>V hat den Darlehensvertrag mitunterschrieben. Die Chancen für ein Vorgehen gegen V stehen wie bei X gut. [Es gibt zahlreiche Begründungen, wobei mindestens eine (richtige) genannt werden muss.]</p>	

2.3 Vorgehen gegen V / C AG wegen Erschleichens eines Darlehens (OR 41)	
<p>Voraussetzungen:</p> <p>V hat von einem Gläubiger mittels falscher Vorspiegelungen ein Darlehen erhältlich gemacht. Dadurch könnte er sich einer unerlaubten Handlung nach OR 41 schuldig gemacht haben. (Zum Teil wird jedoch auch für direkten Schaden generell auf OR 754 ff. gegriffen. Deshalb gibt es den Punkt auch dafür).</p> <p>Für eine Haftung nach OR 41 müssen ebenfalls <i>Schaden, Widerrechtlichkeit, Verschulden und Kausalität</i> gegeben sein.</p> <p>Der Schaden des Gläubigers ist in der unmittelbaren Verminderung des Vermögens durch die Differenz zwischen dem geschuldeten Betrag aus Darlehensrückzahlung und</p>	

<p>der Konkursdividende zu sehen.</p> <p>Im vorliegenden Fall liegt beim Gläubiger ein reiner Vermögensschaden vor. Die Verursachung eines reinen Vermögensschadens ist nur dann widerrechtlich, wenn der Schädiger eine Norm verletzt hat, welche geschaffen wurde, um das betroffene Vermögen vor solchen Schädigungen zu schützen (sog. Verhaltensunrecht).</p> <p>Solche Schutznormen finden sich vorab im Strafrecht. Als Schutznorm könnte im vorliegenden Zusammenhang Betrug (StGB 146) in Betracht kommen. Falls V diese Norm verletzt hat, ist die Widerrechtlichkeit und damit eine Haftung gegeben.</p> <p>Ebenso sind Verschulden und Kausalität gegeben.</p>	
<p>Zurechnung an die A AG:</p> <p>Aufgrund von OR 722 verpflichtet ein Organ die Gesellschaft nicht nur durch rechtsgeschäftliches, sondern auch durch deliktisches Handeln, welches es in Ausübung seiner geschäftlichen Tätigkeit begeht. V hat das Darlehen als Verwaltungsrat der C AG, somit in Ausübung seiner geschäftlichen Pflichten, erschlichen. Sein Handeln wird daher der C AG zugerechnet.</p> <p>Zum gleichen Ergebnis kommt man aufgrund von ZGB 55 II.</p> <p>Die C AG haftet daher solidarisch mit V für die Rückzahlung des Darlehens an den Gläubiger.</p>	
<p>Chancen:</p> <p>Wird die Widerrechtlichkeit bejaht, stehen die Chancen für ein Vorgehen aufgrund von OR 41 und OR 722 gegen V und die C AG gut.</p>	

<p>2.4 Vorgehen gegen W, aktienrechtliche Verantwortlichkeit</p> <p>Pflichtwidriges Verhalten:</p> <p>W hat aktiv nichts getan. In Frage kommt für W also nur eine Haftung wegen <i>pflichtwidrigen Unterlassens</i>.</p> <p>Ein Unterlassen ist haftungsrechtlich nur relevant, wenn eine Pflicht zum Handeln bestanden hätte.</p> <p>Diese Handlungspflicht besteht darin, dass W seine Opposition zu <i>Protokoll</i> hätte bringen müssen, dass er diese Opposition nötigenfalls auch nach aussen klar hätte <i>kommunizieren</i> und sich in der <i>Generalversammlung</i> von dem fraglichen Beschluss hätte distanzieren müssen. Hätte er sich nicht durchsetzen können, wäre ihm der <i>Rücktritt</i> als letzte Massnahme geblieben. Aus der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht nach OR 717 I ergibt sich somit, dass W Massnahmen hätte ergreifen müssen, um nicht selbst haftbar zu werden. Durch sein Nichtstun verletzte W seine Pflichten als Verwaltungsrat.</p> <p>[Hinweis: Diese Frage kann auch beim Verschulden behandelt werden.]</p>	
<p>Verschulden:</p> <p>Von einem sorgfältigen und gewissenhaften Verwaltungsrat in der gleichen Situation wie W wird erwartet, dass er Massnahmen trifft, um den Schaden zu verhindern. Dies hat W nicht getan. Dabei war ihm wohl bewusst, dass es zu einem Schaden für die Gesellschaft kommen kann. W hat somit schuldhaft gehandelt.</p> <p>Es stellt sich die Frage, ob er sich <i>entlasten</i> kann, weil er beim Beschluss des Darlehens nicht anwesend war (sofern der Beschluss anlässlich einer VR-Sitzung gefällt wurde). Nach h. L. vermag eine ungerechtfertigte Abwesenheit die Haftung nicht zu reduzieren. Die Folgen entschuldigter Abwesenheit sind in der Lehre umstritten, es wird jedoch gefordert, dass der betroffene Verwaltungsrat im Nachhinein alles unternimmt, um den Entscheid rückgängig zu machen (s. oben unter Punkt Pflichtverletzung). Da V nichts getan hat, liegt kein Entschuldigungsgrund vor.</p> <p>Jedoch ist bei W zu berücksichtigen, dass er beim Beschluss nicht aktiv dabei war. Deshalb trifft ihn ein geringeres Verschulden als V und X, was zu einer Reduktion der Ersatzpflicht führen könnte.</p>	

<p>Kausalzusammenhang:</p> <p>Ein Kausalzusammenhang fehlt dann, wenn auch pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können. Bei Unterlassungen geht es um eine <i>hypothetische Kausalität</i>. Es stellt sich die Frage, wie es herausgekommen wäre, wenn W rechtzeitig und zweckmässig gehandelt hätte.</p> <p>Argumente gegen die Kausalität:</p> <p>Das Darlehen war im Zeitpunkt der Information von W schon beschlossen und der <i>Beschluss ausgeführt</i>. W hatte keine Möglichkeit, den Beschluss wieder rückgängig zu machen. Auch seine Anwesenheit beim Beschluss hätte nichts ändern können, da im Verwaltungsrat das absolute <i>Mehrheitsprinzip</i> (OR 713 I) gilt. Opposition und Information der Generalversammlung wären bloss für das Protokoll gewesen. Auch bei pflichtgemässigem Handeln wäre der Schaden eingetreten.</p> <p>Für einen Kausalzusammenhang spricht:</p> <p>Wäre W an die Generalversammlung gelangt, hätten die Minderheitsaktionäre die Möglichkeit erhalten, die Pflichtwidrigkeit zu entdecken und Massnahmen wie <i>Verantwortlichkeitsklage</i> oder <i>Klage auf Rückerstattung des Darlehens</i> anzustrengen (OR 678 II). Auch W selbst hätte dies tun können, denn der Beschluss des Darlehens ist aufgrund von OR 714 i.V.m. OR 706b Ziff. 3 <i>nichtig</i>, da er gegen die Kapitalschutzvorschriften verstösst.</p>	
<p>Chancen:</p> <p>W könnte sich damit verteidigen, dass sein Verhalten nicht kausal war. Daher sind die Chancen bei einem Vorgehen gegen W geringer einzuschätzen als bei X und V. Falls die Kausalität gegeben ist, würde es ausserdem noch zu einer Reduktion des Schadenersatzes wegen geringen Verschuldens kommen.</p> <p>[Es gibt zahlreiche Begründungen, wobei mindestens eine (richtige) genannt werden muss.]</p>	

<p>2.5 Vorgehen gegen die Revisionsstelle, Verantwortlichkeit (OR 755)</p>	
<p>Voraussetzungen sind auch bei OR 755 <i>Schaden, Pflichtwidrigkeit, Verschulden und adäquater Kausalzusammenhang</i>.</p>	
<p>Pflichtwidriges Verhalten:</p> <p>Die Verantwortlichkeit ist gegeben, wenn die Revisionsstelle Pflichten missachtet, die</p>	

<p>ihr durch Gesetz oder Statuten auferlegt wurden. Dabei geht es primär um die in <i>OR 728 ff.</i> festgelegten Prüfungs-, Benachrichtigungs- und Anzeigepflichten.</p> <p>Im vorliegenden Fall geht es vor allem um die Prüfung der <i>Vorschriften zur Kapitalerhaltung</i>, wozu auch Darlehen an Aktionäre oder Organe gehören. Ebenso hat die Revisionsstelle die <i>Bonität</i> mindestens der Hauptschuldner der Gesellschafter zu prüfen.</p> <p>Gemäss <i>OR 729 I</i> hat die Revisionsstelle der Generalversammlung einen Bericht über das Ergebnis der Prüfung zu erstatten. Sie empfiehlt Abnahme, mit oder ohne Einschränkung, oder Rückweisung der Jahresrechnung. Die Revisionsstelle hat mit der Empfehlung zur Abnahme ohne Einschränkung eine <i>falsche Empfehlung</i> abgegeben hat und damit <i>OR 729 I</i> verletzt.</p> <p>Nach <i>OR 729b I</i> meldet die Revisionsstelle Verstösse gegen Gesetz oder Statuten schriftlich dem Verwaltungsrat, in wichtigen Fällen auch der Generalversammlung. Bei <i>OR 729b I</i> geht es um Verstösse, die nicht zum eigentlichen Prüfungsgegenstand gehören, jedoch anlässlich der Prüfung bekannt werden. Es ist anzunehmen, dass die Revisionsstelle erkannt hat, dass der Verwaltungsrat gegen <i>OR 7171 I</i> verstossen hat. Diese Verstösse hätte sie der GV melden müssen. Eine Meldung an den VR wäre von vornherein wirkungslos geblieben. Da die Revisionsstelle die Gesetzesverstösse der Verwaltungsratsmitglieder nicht der GV meldete, verletzte sie ihre <i>Anzeigepflicht</i> nach <i>OR 729b I</i>.</p>	
<p>Verschulden:</p> <p>Auch bei der Revisionshaftung nach <i>OR 755</i> gilt ein objektivierter Verschuldensmassstab.</p> <p>Eine sorgfältige und verantwortungsvolle Revisionsstelle in der gleichen Situation hätte eine andere Empfehlung an die GV abgegeben. Die Revisionsstelle hat im vorliegenden Fall wissentlich eine falsche Empfehlung abgegeben und damit eine Schädigung zumindest in Kauf genommen.</p>	
<p>Kausalzusammenhang:</p> <p>Es geht auch bei der Revisionsstelle um eine <i>hypothetische Kausalität</i>. Es stellt sich die Frage, wie sich die Ereignisse entwickelt hätten, wenn die Revisionsstelle die richtige Empfehlung nach <i>OR 729 I</i> abgegeben hätte.</p> <p>Argumente gegen die Kausalität:</p> <p>Die A AG ist mit 70 % die Mehrheitsaktionärin der C AG und „Auftraggeberin“ des</p>	

<p>Darlehens. Damit hätte sie wahrscheinlich auch <i>entgegen einer Empfehlung</i> zur Rückweisung die Jahresrechnung abgenommen.</p> <p>Der Schaden ist eingetreten, als das Darlehen bereits gegeben wurde. Die Revisionsstelle prüfte die Rechnung erst danach. Die Revisionsstelle kann aber nicht für den Schaden verantwortlich gemacht werden, der im Zeitpunkt der Prüfung <i>bereits eingetreten</i> ist. Auch ein pflichtgemässes Verhalten der Revisionsstelle hätte damit <i>nichts geändert</i>.</p> <p>Argumente für die Kausalität:</p> <p>Bei einer Rückweisungsempfehlung der Revisionsstelle wären die Minderheitsaktionäre früher aktiv geworden. Sie hätten mit einer <i>Verantwortlichkeitsklage</i> den Schaden der Gesellschaft nach OR 756 geltend machen können. Des Weiteren hätten die Aktionäre eine <i>Rückerstattungsklage nach OR 678 II</i> anstrengen können (der Beschluss des Darlehens war aufgrund von OR 714 i.V.m. OR 706b Ziff. 3 nichtig).</p>	
<p>Chancen:</p> <p>Die Revisionsstelle könnte sich mit dem Argument der fehlenden Kausalität verteidigen. Gerichte bejahen jedoch die Kausalität fast durchgehend. Bei gegebener Kausalität stehen die Chancen gut.</p> <p>[Es gibt zahlreiche Begründungen, wobei mindestens eine (richtige) genannt werden muss.]</p>	

<p>2.6 Vorgehen gegen die A AG, verschiedene Möglichkeiten</p>		
<p>Haftung aufgrund der Aktionärsstellung</p> <p>Als Mehrheitsaktionärin ist sie nicht verpflichtet, im besten Interesse der von ihr beherrschten Gesellschaft zu handeln. Sie kann durchaus Beschlüsse fassen, die in ihrem Eigeninteresse liegen, und sich auf <i>OR 620 II</i> berufen, wonach Aktionäre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften. Aufgrund der Aktionärsstellung kann keine Haftung begründet werden.</p>		
<p>Haftung als materielles / faktisches Organ der C AG</p> <p>Der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (OR 754 I) unterliegen auch die faktischen Organe. Obwohl eine <i>juristische Person</i> nach <i>OR 707 III</i> nicht als Mitglied des Verwaltungsrats wählbar ist, kann sie doch ein materielles oder faktisches Organ sein.</p> <p>Mischen sich die Organpersonen der Obergesellschaft – im Sinne des funktionellen Organbegriffs – direkt oder indirekt in Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft ein, werden nicht nur die Handelnden selbst, sondern es wird auch die</p>		

<p><i>Obergesellschaft zum faktischen Organ</i> der Tochtergesellschaft.</p> <p>X, Y und Z beschlossen laut Sachverhalt, die C AG zu „<i>veranlassen</i>“, der B AG das Darlehen in der Höhe von CHF 5 Mio. mit den für die C AG äusserst ungünstigen Konditionen zu gewähren. Weiter geht aus dem Sachverhalt hervor, dass die C AG diesen „<i>Auftrag</i>“ ausführte. Aufgrund dieser Angaben ist davon auszugehen, dass die Darlehensgewährung (allein) auf den Beschluss bzw. die Einflussnahme des Verwaltungsrats der A AG zurückzuführen ist.</p> <p>Durch die Einmischung nahm dieser organtypische Funktionen wahr und ist somit als materielles Organ zu betrachten. Dieses Verhalten wird der A AG zugerechnet (OR 722), so dass diese aufgrund von OR 754 I verantwortlich wird.</p>	
<p>Haftung der A AG für den delegierten Vertreter nach OR 707 III</p> <p>Nach OR 707 III kann eine juristische Person als solche nicht in den Verwaltungsrat gewählt werden, wohl aber sind an ihrer Stelle ihre Vertreter wählbar.</p> <p>Ob eine delegierende juristische Person aus aktienrechtlichem Verantwortlichkeitsrecht haftbar werden kann, ist <i>umstritten</i>. Nach wohl h. L. ist auch hier der <i>funktionelle Organbegriff</i> zugrunde zu legen: Die delegierende Gesellschaft wird dann haftbar, wenn sie über ihren Vertreter tatsächlich auf die Willensbildung der betreffenden Gesellschaft Einfluss nimmt und deshalb als faktisches Organ angesehen werden kann.</p> <p>Aufgrund des Sachverhalts ist davon auszugehen, dass die A AG namentlich über X auf die Beschlussfassung im Verwaltungsrat der C AG Einfluss genommen hat. Eine Haftung ihres Vertreters X zieht somit eine Haftung der A AG nach sich.</p>	
<p>2.7 Vorgehen gegen die Mitglieder des Verwaltungsrates der A AG X, Y und Z als materielle/faktische Organe der C AG</p>	
<p>Auch X, Y und Z als Verwaltungsräte können faktische Organe der C AG sein, wenn sie in entscheidender Weise an der Willensbildung der Untergesellschaft teilhaben.</p> <p>Die Verwaltungsräte der A AG haben den Beschluss gefasst und weitergeleitet. Damit haben sie massgeblich an der Willensbildung der C AG mitgewirkt. Sie sind daher auch persönlich für den verursachten Schaden verantwortlich (OR 754 I).</p>	
<p>Chancen</p> <p>Sowohl gegen die A AG als auch gegen ihre Verwaltungsräte X, Y und Z kann vorgegangen werden. Dies aufgrund der Tatsache, dass sich die Muttergesellschaft A AG aktiv in die Geschäftsführung der C AG einmischte. Damit wurde sie zu einem faktischen Organ der C AG und haftet daher aufgrund der aktienrechtlichen Verantwort-</p>	

lichkeit (OR 754 I). Da die Einmischung ziemlich klar zu sein scheint, stehen die Chancen für ein Vorgehen gegen die A AG gut.	
--	--

2.8 Haftung von X, Y und Z gegenüber der A AG oder ihren Aktionären, OR 754 I	
<p>Für eine solche Haftung muss den Verwaltungsräten eine Pflichtverletzung gegenüber der A AG nachgewiesen werden können. In Frage kommt dabei die Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht nach <i>OR 717 I</i>, da sie dazu beitrugen, dass ihre beiden Tochtergesellschaften in Konkurs fielen.</p> <p>Gegen eine Pflichtwidrigkeit lässt sich einwenden, dass die A AG bei dem Beschluss, die B AG auf Kosten der C AG zu sanieren, die Interessen der A AG und des Konzerns im Sinne hatten. Der Verwaltungsrat hat bei seinen Entscheidungen ein erhebliches Ermessen und nicht jede Entscheidung, die sich nachträglich als falsch herausstellt, führt zu einer Verantwortlichkeit.</p> <p>Die übrigen Voraussetzungen – Schaden, Verschulden und Kausalität – sind gegeben. Wird eine Pflichtverletzung durch X, Y und Z als Verwaltungsräte der A AG bejaht, werden diese auch gegenüber der A AG oder ihren Aktionären persönlich haftbar (OR 754 I).</p>	
Zwischentotal Frage a):	71

2.9 Sonderfrage: Rückerstattungspflicht nach OR 678 II	
<p>Nach <i>OR 678 II</i> sind Leistungen an Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates und diesen nahestehende Personen zurückzuerstatten, wenn sie in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft stehen. <i>OR 678 II</i> ist <i>lex specialis</i> zu <i>OR 68</i>.</p> <p>Die <i>B AG</i> ist als Schwestergesellschaft über die Hauptaktionärin <i>A AG</i> mit der <i>C AG</i> verbunden. Als <i>100%-Tochter des Hauptaktionärs</i> ist sie eine <i>nahestehende Person</i> i. S. v. <i>OR 678 II</i>.</p> <p>Eine Gegenleistung zur Leistung von CHF 5 Mio. ist nicht vorgesehen. Ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist somit gegeben.</p> <p>Die <i>B AG</i> hätte die 5 Mio. somit als ungerechtfertigte Bereicherung <i>zurückzuerstatten</i>. Die Rückerstattungsklage kann nach <i>OR 678 III</i> sowohl von der Gesellschaft als auch den Aktionären geltend gemacht werden. Die Klage geht auf Leistung an die Gesellschaft.</p> <p>Da die <i>B AG</i> in Konkurs ist, kann eine Klage auf Rückerstattung nicht mehr angebracht werden. Der Anspruch muss auf dem Wege des Konkurses geltend gemacht werden.</p> <p>[Die Prüfungsaufgabe fragt nach den Schadenersatzpflichtigen. Die volle Punktzahl ist daher auch ohne Behandlung dieser Sonderfrage möglich.]</p>	
Zwischentotal Sonderfrage:	2

III. Frage b): Klageberechtigung

1. Schaden

<p>Schadenersatzansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit können die <i>Gesellschaft selbst</i>, die einzelnen <i>Aktionäre</i> und die <i>Gesellschaftsgläubiger</i> geltend machen.</p>	
<p>Mittelbarer oder unmittelbarer Schaden</p> <p>Bundesgerichtliche Rechtsprechung „X. Corporation“ und Folgeentscheide: Massgebend für die Unterscheidung ist gemäss Bundesgericht nicht der Ort der Vermögensverminderung, sondern die Rechtsgrundlage der Schadenersatzpflicht (Schutznormtheorie).</p> <p>Nach der jetzigen Rechtsprechung des Bundesgerichts („Biber-Entscheid“, BGE 131 III 306 ff.; BGE 132 III 342) hängt die Aktivlegitimation von Aktionären und Gläubigern für die Verantwortlichkeitsklage im Konkurs der Gesellschaft von der Frage ab, ob diesen ein unmittelbarer (direkter) oder ein mittelbarer (indirekter, Reflexschaden) Schaden entstanden ist, wobei sich die Unterscheidung aufgrund der tangierten Vermögensmasse ergibt.</p>	
<p>Unmittelbarer Schaden:</p> <p>Der Schaden der Gesellschaft ist ein unmittelbarer. Die Darlehenshingabe hat das Vermögen der C AG direkt verkleinert und schlussendlich zum Konkurs geführt.</p> <p>Der Gläubiger der C AG wurde – wie oben dargelegt – unter Vorspiegelung falscher Tatsachen von V dazu gebracht, der C AG ein Darlehen zu geben. Dieses Verhalten des Organs war widerrechtlich im Sinne von OR 41. Unabhängig von Schäden der Gesellschaft hat sich das Vermögen des Gläubigers durch diese widerrechtliche Handlung vermindert.</p>	
<p>Mittelbarer Schaden:</p> <p>Die Aktionärin M und der Gläubiger (betreffend seine übrigen Forderungen) sind mittelbar geschädigt.</p> <p>Durch das Verhalten der Organe, welches die Gesellschaft schädigte, verlor M ihre Beteiligung an der C AG. Die Differenz zwischen dem Vermögen ohne das Ereignis und dem jetzigen Stand macht genau den Wert der Beteiligung aus.</p> <p>Der Gläubiger wurde durch den Schaden der Gesellschaft mittelbar geschädigt, weil</p>	

seine Forderungen gegenüber der C AG nun uneinbringlich werden. Anstatt Befriedigung der Forderungen zu erreichen, muss er mit einer Konkursdividende vorlieb nehmen.	
---	--

2. Klageberechtigung im Einzelnen

Konkursverwaltung:	
---------------------------	--

Da die Gesellschaft konkursit ist, steht es nach *OR 757 I* der *Konkursverwaltung* zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen. Sie kann jedoch auf die Geltendmachung der Ansprüche verzichten und diese einzelnen Aktionären oder Gläubigern abtreten (*OR 757 II*).

Gläubiger:	
-------------------	--

Sind sowohl ein Aktionär oder Gläubiger als auch die konkursite Gesellschaft *direkt* geschädigt, treten die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger in *Konkurrenz zu den Ansprüchen der Gesellschaft* (*OR 757*). Um einen Wettlauf um das Haftungssubstrat zwischen Konkursverwaltung und den direkt Klagenden zu verhindern, ist auch nach der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Frage der Aktivlegitimation die Schutznormtheorie anzuwenden.

Erwähnung der „Raschein-Praxis“ des Bundesgerichts.

Die direkt geschädigten Aktionäre und Gläubiger können ihren direkten Schaden nur noch geltend machen, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen *aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Schutz der Gläubiger oder Aktionäre dienen*, oder wenn die Schadenersatzpflicht auf einem *widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR* oder auf der *culpa in contrahendo* gründet.

Der Gläubiger kann daher den Schadenersatz *direkt und in Konkurrenz* zu allfälligen Klagen der Konkursverwaltung oder anderer Gläubiger geltend machen.

Aktionärin M:	
----------------------	--

Unter Umständen könnte M die Klagelegitimation aufgrund der *Déchargeerteilung* an den Verwaltungsrat ganz verloren haben (*OR 758*). Der Entlastungsbeschluss gilt jedoch nur für bekannt gegebene Tatsachen. Hat M von der Pflichtwidrigkeit des Ver-

haltens der Verwaltungsräte nichts gewusst oder die Décharge nicht erteilt, kann sie trotzdem klagen.	
---	--

A AG und deren Aktionäre	
Da die A AG nicht in Konkurs ist, haben die Aktionäre der A AG und die Gesellschaft selbst die Möglichkeit, den Schaden der Gesellschaft nach OR 756 I geltend machen.	
Zwischentotal Frage b)	13

IV. Teilfrage c): Verteilung des Prozesserrlöses

<p>Klage der Konkursverwaltung:</p> <p>Bei einer Klage der Konkursverwaltung fällt der Prozesserrlös in die <i>Konkursmasse</i> und kommt dann als Konkursdividende nach den Regeln des SchKG allen Gläubigern zugute.</p>	
<p>Klage nach OR 41:</p> <p>Beim Prozess des Gläubigers aufgrund von OR 41 kann dieser seinen direkten Schaden allein geltend machen und den Schadenersatz dann auch <i>für sich</i> beanspruchen.</p>	
<p>Klage der mittelbar geschädigten Aktionärin und der Gläubiger:</p> <p>Lassen sich M oder der Gläubiger Ansprüche der Konkursmasse abtreten (OR 757 II), können sie den erstrittenen Schadenersatz zur <i>Deckung ihrer eigenen Forderung</i> verwenden. Ein allfälliger <i>Überschuss fällt in die Konkursmasse</i> (OR 757 II).</p>	
<p>Klage ausser Konkurs:</p> <p>Gehen die Aktionäre der A AG oder die A AG selbst gegen die Organe der A AG vor, können sie nur auf Leistung an die <i>Gesellschaft</i> klagen (OR 756 I). Der Prozesserrlös fliesst zurück an die Gesellschaft.</p>	
<p>Zwischentotal Frage c):</p>	4
<p>Punktetotal Frage a) – c):</p>	88
<p>Bonus für sehr guten Aufbau:</p>	1
<p>Bonus für herausragende Argumentationen (max.):</p>	4
<p>Maximalpunktzahl Teilprüfung Forstmoser:</p>	93