

**Lösungsskizze**  
**zur Klausur Lizentiat II in Handels- und Wirtschaftsrecht vom 31. August 2005**  
(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.
- Es konnte eine von diesem Schema abweichende Reihenfolge zur Prüfung der einzelnen Aspekte gewählt werden.
- Bei der Auflistung von Argumentationsmöglichkeiten zu einem Aspekt (bspw. Frage 3, I. B., Adäquater KZ) wurden entsprechende Punkte auch für richtige Argumente vergeben, die nicht im Schema aufgeführt sind. Die Vergabe von Bonuspunkten ist davon unabhängig.

**Frage 1**

**I. Vorbemerkungen**

**Anwendbarkeit des Aktienrechts:**

Die Frage, wer für eine Gesellschaft rechtsgeschäftlich handeln kann, bestimmt sich in erster Linie nach dem Aktienrecht. Dieses ist mithin auch für die Frage massgebend, ob die Geschäftsleitung oder der Verwaltungsrat (VR) für die Beendigung eines Arbeitsvertrags zuständig ist.

Punkte zu I.: 1

**II. Kompetenz zur Kündigung**

**Kompetenz des Verwaltungsrates:**

In der Bestimmung OR 716a sind die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates geregelt. In derselben Norm wird festgehalten, dass die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen eine dieser unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabe des Verwaltungsrates darstellt (OR 716a I Ziff. 4).

**Möglichkeit der Delegation einer *unübertragbaren* Aufgabe:**

Die Unübertragbarkeit gemäss OR 716a I Ziff. 4 bezieht sich – im Sinne eines Verbots der Delegation an die nächstuntere Ebene – lediglich auf die Wahl der obersten, dem Verwaltungsrat direkt unterstehenden Mitglieder der Geschäftsleitung.

Die Unübertragbarkeit hat lediglich zur Folge, dass in jedem Fall der Verwaltungsrat auch das Recht hat, selber solche Abberufungen vorzunehmen (vgl. OR 726). Der Wortlaut von OR 716a I Ziff. 4 verbietet somit nicht die Delegation, sofern die „Kernkompetenz“ beim Verwaltungsrat verbleibt.

Der Verwaltungsrat kann mithin im Rahmen der Delegationsordnung von OR 716b die Ernennung und Abberufung der nächstunteren Ebene (Direktoren und Prokuristen etc., die direkt der Geschäftsleitung unterstehen) ausdrücklich der Geschäftsleitung übertragen.

### **Unterscheidung zwischen arbeitsrechtlicher Stellung und gesellschaftsrechtlicher Organstellung:**

Die Abberufung eines Direktors aus dessen Organstellung richtet sich aber nach anderen Regeln als die Kündigung des Arbeits- oder Auftragsverhältnisses beziehungsweise des Vertrags sui generis.

Aus diesem Grund kann die Frage, ob D vorliegend durch eine Delegation im Sinne OR 716b zur Abberufung ermächtigt war offen bleiben, weil es vorliegend nicht um die Abberufung des C aus seiner Organstellung geht, sondern um die Kündigung des Arbeitsvertrages zwischen der Gesellschaft und dem C.

### **Kompetenz des Geschäftsleitungsmitgliedes D zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses:**

Zur Erklärung der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist die Vertragspartei selbst oder ihr rechtmässiger Vertreter legitimiert. Bei einer juristischen Person kann die Kündigung mithin sowohl von einem zeichnungsberechtigten Organ wie auch von einer bevollmächtigten Person ausgehen.

Erwähnung der Möglichkeit der Übertragung der Vertretung i.S.v. OR 718 II an D.

Die Vollmacht zur Kündigung kann besonders erteilt worden sein oder sich aus einer umfassenden Vollmacht wie der Prokura (OR 459 I) oder der General- oder Handlungsvollmacht (OR 462 I) ergeben.

D ist der Vorgesetzte von C und einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied der Geschäftsleitung. Als Geschäftsleitungsmitglied kommt ihm umfassende Organqualität zu und seine Vertretungsbefugnis bezieht sich auf alle Geschäft, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (OR 718a).

Die Anstellung wie auch die Entlassung von Mitarbeitern gehört ohne Zweifel in den genannten Kreis von Rechtshandlungen. Über allfällige Einschränkungen der Berechtigung des D im internen Verhältnis liegen keine Angaben vor.

### **Folgerung:**

Aus den vorgenannten Erwägungen ergibt sich, dass D als Vorgesetzter des C grundsätzlich dazu ermächtigt war, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit C auszusprechen.

**Weiteres Argument/Entschädigungsansprüche:**

Dass hinsichtlich der Anstellung und Kündigung für das gesellschaftsrechtliche und das arbeitsrechtliche Verhältnis unterschiedliche Regeln gelten, ergibt sich auch aus OR 726 III, wenn es dort heisst, dass Entschädigungsansprüche von abberufenen Organen vorbehalten bleiben.

Punkte II.: 13

**III. Treuepflichtverletzung**

Das schuld- und gesellschaftsrechtliche Doppelverhältnis eines Direktionsmitglieds hat zur Folge, dass das in einem Anstellungsverhältnis stehende Organ sich sowohl an die Treuepflicht des Arbeitnehmers (OR 321a) wie auch an die organschaftliche Treuepflicht des Direktionsmitglieds (OR 717) halten muss.

*[Laut Sachverhalt sind arbeitsrechtliche Aspekte ausdrücklich nicht zu behandeln, die Erwähnung der Treuepflicht gemäss OR 717 genügt für den Erwerb der vollen Punktzahl.]*

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Sinne von OR 717 bedeutet, dass ein Direktionsmitglied seine eigenen Interessen und diejenigen ihm nahe stehender Personen hinter die Interessen der Gesellschaft zu stellen hat.

Insbesondere die Konkurrenzierung der Gesellschaft durch ein Direktionsmitglied stellt eine Verletzung der Treuepflicht dar. Somit hat C, indem er Beratungsmandate für die Konkurrentin der Dragon-Invest AG übernommen hat, seine organschaftliche Treuepflicht verletzt.

Eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, welche in der Regel weiter geht als die arbeitsrechtliche Treuepflicht, ist – da vorliegend lediglich die Auflösung des Arbeitsvertrages zur Diskussion steht – nicht weiter von Relevanz. Da weiter in der Fragestellung die Behandlung arbeitsrechtlicher Probleme explizit ausgenommen wird, erübrigen sich mithin auch Ausführungen zur arbeitsrechtlichen Treuepflicht.

Punkte zu III.: 3

**Zwischentotal Frage 1: 17**

## Frage 2

### I. Vorbemerkungen

Mit der vorliegenden, durch die GV in die Statuten eingefügten Bestimmung, wird dem Verwaltungsrat erstens die Kompetenz zu einer Kapitalerhöhung übertragen und zweitens wird ihm das Recht übertragen, das Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre auszuschliessen.

Aus der Fragestellung geht hervor, dass C lediglich um sein Bezugsrecht fürchtet, d. h. im Zeitpunkt, indem er an Sie gelangt, wurde ihm das Bezugsrecht noch nicht entzogen.

### II. Kapitalerhöhung

#### **Qualifikation der Kapitalerhöhung:**

Mit dem Beschluss der Generalversammlung vom 27. Januar 2003 hat die GV lediglich die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung geschaffen. Den Entscheid im beschlossenen Rahmen über die Durchführung, den Zeitpunkt, die Voraussetzungen und den Umfang der Kapitalerhöhung zu bestimmen wurde an den VR delegiert. Es handelt sich mithin um eine so genannte genehmigte Kapitalerhöhung (OR 651).

#### **Voraussetzungen der genehmigten Kapitalerhöhung bzw. Inhalt des Ermächtigungsbeschlusses (so weit aus dem Sachverhalt ersichtlich):**

- Beim Ermächtigungsbeschluss muss das qualifizierte Mehr beachtet werden (OR 704 I Ziff. 4);
- das genehmigte Kapital darf höchstens die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals betragen (OR 651 II);
- in den Statuten muss unter anderem der Nennbetrag (Maximalbetrag) des genehmigten Kapitals festgehalten werden (OR 651 II);
- die Ermächtigung an den VR kann sich über längstens zwei Jahre erstrecken (OR 651 I).

Punkte zu II.: 3

### III. Beschlussfassung/Ausschluss des Bezugsrechts

#### **Voraussetzungen für den Bezugsrechtsentzug im Allgemeinen, d.h. für einen Entzug durch die GV:**

- Der Entzug ist nur im Rahmen eines Kapitalerhöhungsbeschlusses zulässig;

- bei diesem Beschluss muss das qualifizierte Mehr beachtet werden (OR 704 I Ziff. 6);
- das Bezugsrecht darf nur aus einem wichtigen Grund entzogen werden;
- durch den Bezugsrechtsentzug darf niemand unsachlich benachteiligt oder bevorzugt werden (OR 652b), Sachlichkeits- und Gleichbehandlungsgebot.

### **Zulässigkeit der Ermächtigung an den VR zum Bezugsrechtsentzug:**

Kompetenzverteilung zwischen GV und VR in Bezug auf den Entscheid über Entzug oder Einschränkung des Bezugsrechts: Antwort auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei der genehmigten Kapitalerhöhung eine Delegation der GV an den VR hinsichtlich des Entscheides über die Aufhebung oder Beschränkung des Bezugsrechts überhaupt möglich ist.

Der Wortlaut von OR 651 III i.V.m. mit 650 II Ziff. 8 und 698 II Ziff. 6 OR lässt auf eine zwingende Kompetenzzuweisung an die GV schliessen.

Im Zeitpunkt des GV-Beschlusses ist indessen i. d. R. nicht genau bekannt, wofür die Aktien dienen sollen, insbes. kann offen sein, welche Unternehmen ganz oder zum Teil übernommen werden sollen. Einer Offenbarung bereits angebahnter, aber noch nicht abgeschlossener Verhandlungen stehen sodann die Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten entgegen und dies könnte auch negative Auswirkungen auf den Aktienkurs der übernehmenden Gesellschaft haben.

Wäre demnach OR 651 III so auszulegen, dass er i.V.m. OR 650 II Ziff. 8 eine Ermächtigung des VR zum Entscheid über das Bezugsrecht ausschliesst (dies die Ansicht des Hger ZH im BK Vision-Entscheid), würde die Verwendbarkeit der genehmigten Kapitalerhöhung zu den ihr zgedachten Zwecken in der Praxis weitgehend illusorisch.

#### **Folgerung:**

Eine Ermächtigung des VR zum Bezugsrechtsentzug ist grundsätzlich zulässig.

### **Detailierungsgrad der Nennung der Voraussetzungen zum Bezugsrechtsentzug im Ermächtigungsbeschluss an den VR:**

Der Wortlaut von OR 651 III widerspricht der ratio legis, der Aktiengesellschaft mit dem genehmigten Kapital ein Instrument zur Verfügung zu stellen, mit dem sie sich die für besondere Zwecke erforderliche Mittel flexibel zu beschaffen vermag. Das bereitgestellte Kapital könnte im Normalfall die ihm vom Gesetzgeber zgedachte Funktion gar nicht erfüllen, wenn der Entscheid über den Bezugsrechtsentzug bereits in allen Einzelheiten im Ermächtigungsbeschluss getroffen werden müsste und es nicht dem VR überlassen werden dürfte, ihn nach Massgabe des Kapitalbedarfs zu konkretisieren.

Der Ermächtigungsbeschluss muss mithin lediglich die wesentlichen Zwecke nennen, zu deren Verfolgung das Bezugsrecht ausgeschlossen werden darf. Eine Bestimmung der Voraussetzungen nur in generell-abstrakter und nicht individuell-konkreter Form ist zulässig. Der Ermächtigungsbeschluss hat die Leitlinien, das heisst die Rahmenbedingungen für einen Bezugsrechtsentzug durch den VR zu enthalten.

Im vorliegend Fall wird in der neu eingefügten Statutenbestimmung festgehalten: „Der Ver-

waltungsrat ist berechtigt, das Bezugsrecht aus wichtigen Gründen auszuschliessen“. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt es nicht, dem Verwaltungsrat ohne nähere Eingrenzung einzig aufzutragen, das Bezugsrecht nach Massgabe des Gesetzes oder aus wichtigen Gründen zu entziehen (BGE 121 III 219 Erw. 2; „BK Vision/SBG-Entscheid“).

**Folgerung:**

Die vorliegend relevante Statutenbestimmung genügt daher nicht den Anforderungen an die Konkretisierung der Voraussetzungen zum Bezugsrechtsentzug im Ermächtigungsbeschluss an den VR.

Punkte zu III.: 11

**IV. Massnahmen**

*A. Anfechtung des GV-Beschlusses:*

***Aktivlegitimation/Anfechtungsinteresse:***

Derjenige, welcher einen GV-Beschluss anfechten will muss Aktionär der betreffenden Gesellschaft sein und zwar im Zeitpunkt der Klageerhebung (OR 706 I). Der anfechtende Aktionär muss ein Anfechtungsinteresse (Rechtsschutzinteresse) vorweisen können. Ein Aktionär, welcher dem anzufechtenden Beschluss zugestimmt hat und diesen nachher anfechten will, handelt gegen Treu und Glauben.

Vorliegend ist C Aktionär der Dragon-Invest AG. Der Beschluss zur Aufnahme der relevanten Statutenbestimmung wurde gegen den Willen von C gefällt. C hat dem Beschluss somit nicht zugestimmt. Weiter hätte ein auf dem Beschluss basierender Bezugsrechtsentzug weit reichende finanzielle und mitgliedschaftsrechtliche Konsequenzen für ihn, weshalb das Vorliegen eines Anfechtungsinteresses zu bejahen ist. C ist mithin zur Anfechtungsklage legitimiert.

***Passivlegitimation:***

Die Anfechtungsklage richtet sich nicht etwa gegen die dem Beschluss zustimmenden Aktionäre, sondern gegen die Gesellschaft (OR 706 I). C muss somit nicht gegen a und B klagen, sondern gegen die Dragon-Invest AG.

***Anfechtungsgrund/Rechtsgrundlage:***

Damit ein GV-Beschluss angefochten werden kann, muss entweder einer der im Gesetz nicht abschliessend aufgezählten Anfechtungsgründe vorliegen (OR 706 I u. II) oder der Beschluss muss eine Verletzung eines ungeschriebenen Grundsatzes des Aktienrechts oder der Rechtsordnung im Allgemeinen darstellen (*diese können allenfalls unter die „Verletzung von Gesetz“ gemäss OR 706 II Ziff. 1 subsumiert werden*).

Vorliegend relevant ist der Anfechtungsgrund der Gesetzesverletzung im Sinne von OR 706 II Ziff. 1. Gemäss den oben unter Ziff. II und III gemachten Ausführungen verletzt der GV-

Beschluss, welcher die neue Statutenbestimmung einfügt, die Bestimmung von OR 652b II, weil die vorliegend relevante Statutenbestimmung nicht den Anforderungen an die Konkretisierung der Voraussetzungen zum Bezugsrechtsentzug im Ermächtigungsbeschluss an den VR genügt.

***Frist:***

Die Anfechtungsklage muss innert zwei Monaten seit der Generalversammlung vom 27. Januar 2003 eingereicht worden sein (OR 706a I). C gelangt am 13. Februar 2003 an den Anwalt. Die Frist ist mithin zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen und es besteht die Möglichkeit noch rechtzeitig die Anfechtungsklage zu erheben.

***Streitwertproblematik:***

C ist darauf hinzuweisen, dass der relevante Streitwert sich nach dem gesamten Gesellschaftsinteresse und nicht nach seinem persönlichen Interesse an der Klage bemisst.

Gemäss OR 706a III kann der Richter aber im Falle der Abweisung der Klage die Kosten nach seinem Ermessen auf die Gesellschaft und den Kläger verteilen.

***B. Nichtigkeit des GV-Beschlusses:***

Weiter könnte vorliegend geprüft werden, ob allenfalls die Nichtigkeit des relevanten GV-Beschlusses geltend gemacht werden kann (OR 706b).

Dies ist mangels Nichtigkeitsgrundes aber zu verneinen.

Punkte zu IV.: 11

**V. Erfolgsaussichten**

**Grundsätzliche Abwägung der Ziele des Gesetzgebers (Reformziele):**

Grundsatz der Gleichbehandlung und der Aktionärsschutz (Verstärkung der Aktionärsrechte und insbes. des Bezugsrechts [qual. Mehr/Voraussetzung des wichtigen Grundes/Gleichbehandlungsanspruch]) <-> Sinn und Zweck der Schaffung von genehmigtem Kapital zwecks einer Übernahme (Flexibilisierung der Kapitalbeschaffung).

**Alternative Ansicht:**

Die Delegation der Entscheidung über Aufhebung oder Einschränkung des Bezugsrechts von

der GV an den VR verstösst gegen OR 698 II Ziff. 6 i.V.m. OR 650 II Ziff. 8 und 651 III. Nach dieser Auffassung muss auf den klaren Wortlaut des Gesetzes abgestellt werden.

**Wertung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt:**

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts bezieht sich insbesondere auf Publikumsgesellschaften. Die Dragon-Invest AG hat lediglich drei Aktionäre. Dies bedeutet, dass das personalistische Element mehr im Vordergrund steht und mithin die mitgliedschaftsrechtlichen Auswirkungen eines Bezugsrechtsentzuges stärker zu gewichten sind. Dies hat wiederum zur Folge, dass höhere Anforderungen an die Konkretisierung der Voraussetzungen zum Bezugsrechtsentzug im Ermächtigungsbeschluss an den VR zu stellen sind. Dieses Argument stützt die Ansicht, dass die vorliegend relevante Statutenbestimmung den genannten Voraussetzungen nicht genügt.

Weiter ist bei einer Gesellschaft mit drei Aktionären, der Aufwand einer GV-Einberufung in zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht weit weniger gross als bei einer Publikumsgesellschaft, was wiederum für enge Schranken bei der Delegation spricht.

**Argument, welches gegen die obige Lösung ins Feld geführt werden kann:**

Wird die Statutenbestimmung, welche den VR aus wichtigen Gründen zum Entzug der Bezugsrechte ermächtigt i.V.m. dem Zweck der Dragon-Invest AG – die Übernahmen von Unternehmen, welche im gleichen Bereich wie sie selbst tätig sind – gelesen, so kann argumentiert werden, dass die Verbindung der beiden Statutenbestimmungen eine genügend generell-abstrakte Umschreibung der Voraussetzungen, unter welchen der VR das Bezugsrecht entziehen darf, ergibt und mithin die vorliegend relevante Statutenbestimmung den Konkretisierungsanforderungen an die Delegation genüge tut.

**Nennung weiterer Argumente**

Punkte zu V.: 9

**Zwischentotal Frage 2: 34**

### Frage 3

#### I. OR 755

##### A. Allgemeine Voraussetzungen:

OR 755 muss geprüft werden.

- Schaden
- Pflichtverletzung
- Verschulden
- Kausalzusammenhang

OR 760: Verjährung von Verantwortlichkeitsansprüchen, es gibt eine relative fünfjährige und eine absolute zehnjährige Frist.

Punkte zu I.A.: 4

##### B. Prüfung der Voraussetzungen im Einzelnen:

###### **Schaden:**

Erwähnung einer Definition (Differenztheorie, Verminderung Aktiven u. Vermehrung Passiven etc.)

Im Vermögen der Dragon-Invest AG:

Eine Verrechnung stellt buchhalterisch einen neutralen Vorgang dar, die Aktiven sind im gleichen Ausmass vermindert worden wie die Passiven. Die Dragon-Invest AG hat somit keinen Schaden.

Ein Schaden primär der Dragon-Invest AG könnte dann gegeben sein, wenn die Beratungsdienstleistung der Dragon-Invest AG an C nicht dem Marktwert entsprochen hätte.

Im Vermögen von C:

C als Gläubiger könnte einen Schaden erlitten haben, da durch die Verrechnung eine im Rang zurückgestellte Forderung – zumindest teilweise – getilgt wurde.

###### **Pflichtverletzung:**

Trennung der Tätigkeiten der RAM in organschaftliche (Revisionsstelle) und vertragliche (Beratung, Führung der Buchhaltung).

Aus Sicht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kann der RAM die Buchung der Verrechnung nicht vorgeworfen werden, da diese im Rahmen ihrer vertraglichen Verpflichtungen getätigt wurde.

## OR 731 I: Aufgabenbereich der Revisionsstelle

Erwähnung OR 729b I.

Liegt ein wichtiger Fall i.S.v. OR 729b I vor, bei dem neben dem Verwaltungsrat auch die Generalversammlung (d.h. noch C) hätte benachrichtigt werden müssen? In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob die Revisionsstelle gemäss OR 699 I sogar verpflichtet gewesen wäre, eine Generalversammlung einzuberufen. Eine Pflicht zur Benachrichtigung oder Einberufung der Generalversammlung besteht nur bei äusserst gravierenden Verstössen, was im vorliegenden Fall eher fraglich ist.

Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle ist nicht auf die eigentliche Abschlussprüfung beschränkt, sondern gilt in Bezug auf alle festgestellten Unregelmässigkeiten. Sie gilt also auch dann, wenn die Revisionsstelle Unregelmässigkeiten nicht in organschaftlicher Funktion, sondern z.B. als Beauftragte wahrnimmt. Durch Übernahme zusätzlicher Verpflichtungen erhöht die Revisionsstelle also ihr Haftungsrisiko.

„Verstösse gegen Gesetz oder Statuten“ in casu:

- Umgehung der Bestimmungen über den Rangrücktritt.  
*Problem: Rangrücktritt mit Stundung/Verrechnungsverbot*
- Verrechnung liegt weder im Interesse der Gesellschaft noch der Aktionäre
- Allfälliges Selbstkontrahieren von A durch den Abschluss des Beratungsvertrages mit der Dragon-Invest AG.
- Verstoss gegen Buchführungsregeln (fehlende schriftliche Belege der Forderung von A)

Die RAM wäre somit verpflichtet gewesen, die Buchung zumindest B anzuzeigen.

- Unabhängigkeit der Revisionsstelle (OR 727c):

Es stellt sich die Frage, ob die Beratungstätigkeit oder die Führung der Buchhaltung mit dem Prüfungsauftrag unvereinbare Arbeiten i.S.v. OR 727c I darstellen:

**Beratung des Revisionskunden:**

Vorwiegend wird die Meinung vertreten, dass eine Beratung dann das Unabhängigkeitserfordernis erfülle, wenn die eigentlichen Entscheidungsbefugnisse beim Kunden blieben.

**Führung der Buchhaltung:**

Nach der h.L. verstösst ein „Buchhalter-Revisor“ gegen OR 727c. Das Bundesgericht hat diese Doppelfunktion bisher aber nicht beanstandet.

***Verschulden:***

Vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung.

Es wird von einem objektivierten Verschuldensmassstab ausgegangen.

### **Adäquater Kausalzusammenhang:**

Allgemeine Definition (z.B. natürlicher und adäquater KZ, Ausführungen über Adäquanz, etc.)

Es handelt sich bei den erwähnten Pflichtverletzungen um Unterlassungen, weshalb der Kausalzusammenhang aufgrund der Hypothese beurteilt werden muss, wie sich die Ereignisse entwickelt hätten, wenn die Revisionsstelle pflichtgemäss gehandelt hätte.

Auswahl an Argumentationsmöglichkeiten zum Kausalzusammenhang:

- Die Anzeigepflicht entsteht immer erst nachträglich, die Verrechnungsbuchung hätte also auch durch pflichtgemässes Verhalten nicht verhindert werden können. Da keine weiteren Verrechnungen vorgenommen wurden, hätte eine pflichtgemässe Anzeige auch nicht zur Folge gehabt, zukünftige ähnliche Geschäftsvorgänge zu verhindern.
- Auf der anderen Seite wäre die Buchung vielleicht im Nachhinein korrigiert worden, wenn die RAM auf die Unzulässigkeit hingewiesen hätte.
- Da A selbst – und neben ihm nur noch B – im Verwaltungsrat sitzt, erscheint es zumindest als fragwürdig, ob eine Anzeige an den Gesamtverwaltungsrat ändernde Wirkung gezeitigt hätte.
- Eine Generalversammlung findet ordentlicherweise nur einmal im Jahr statt, weshalb eine Anzeige an diese wahrscheinlich sehr verspätet und damit wirkungslos gewesen wäre.

Punkte zu I.B.: 19.5

## **II. Anspruch aus Gläubigerstellung**

OR 757: Eingeschränkte Klageberechtigung

Unterscheidung: Schaden im Vermögen des Gläubigers und Schaden der Gesellschaft

### **A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung („X. Corporation“ und folgende):**

Abgrenzung unmittelbarer/mittelbarer Schaden: Massgebend ist gemäss Bundesgericht nicht der Ort der Vermögensverminderung, sondern die Rechtsgrundlage der Schadenersatzpflicht.

#### **Unmittelbarer Schaden:**

- Verletzung einer *ausschliesslich* den Gläubiger schützenden aktienrechtlichen Norm.  
[Für Bonuspunkt: Es ist in der Lehre umstritten, welche Normen darunter fallen sollen, darüber hinaus wird sogar angezweifelt, ob überhaupt derartige Normen im Aktienrecht bestehen. Die in casu tangierten Rechtsnormen (OR 729b; OR 727c) dienen jedenfalls

nicht ausschliesslich dem Gläubigerschutz.]

- Haftung aus OR 41: Der Anspruch scheitert am Erfordernis der Widerrechtlichkeit (Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes oder einer besonderen Schutznorm).
- Haftung aus culpa in contrahendo: Keine diesbezüglichen Hinweise im Sachverhalt.

### ***Mittelbarer Schaden:***

Liegt eine sowohl den Gläubiger als auch die Gesellschaft schützende, sogenannte *Doppelnorm* vor, so spricht das Bundesgericht dem Gläubiger die Aktivlegitimation ab, soweit er nicht gemäss OR 757 II/III den Anspruch der Gläubigergemeinschaft geltend machen kann.

Zur neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung („Biber-Fall“), siehe unten: C. Aktivlegitimation.

Punkte zu II., erster Absatz und A.: 5.5

### **B. Aktivlegitimation:**

Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung („X. Corporation“) in einem neuen Entscheid dahingehend konkretisiert, dass die Beurteilung einer *Schädigung* nach dem Kriterium der betroffenen Vermögensmasse zu geschehen hat.

Die Schutznormtheorie aus „X. Corp.“ und somit die bisherige Abgrenzung zwischen mittelbarer/unmittelbarer Schädigung finde jedoch Anwendung, wenn es um die Frage der *Aktivlegitimation* zur Verantwortlichkeitsklage gehe („Biber-Entscheid“, 4C.111/2004).

1. Falls nun oben (unter I. B. zum Schaden) argumentiert wurde, die Dragon-Invest AG habe keinen Schaden erlitten, so greift die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht und C ist folglich auch dann zur Verantwortlichkeitsklage aktivlegitimiert, wenn keine ausschliessliche Schutznorm zugunsten des Gläubigers verletzt wurde.
2. Wurde hingegen ein Schaden der Dragon-Invest AG angenommen, so scheitert eine Klage von C an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, da sich C nur auf eine Norm mit Doppelcharakter berufen kann.

[Richtige Ausführungen hierzu wurden mit Bonuspunkten versehen.]

Punkte zu II.B.: 1

### **III. Anspruch aus Aktionärsstellung**

C müsste geltend machen, dass ihm aufgrund eines Wertverlustes seiner Aktien ein Schaden entstanden sei, welcher mittelbar aus der Pflichtverletzung der RAM resultiere.

Unmittelbarer/mittelbarer Schaden:

Es kann weitgehend auf obenstehende Ausführungen (II. A.) verwiesen werden.

Def. unmittelbarer/mittelbarer Schaden. In casu kommt keine derartige Norm in Frage, es liegt damit ein mittelbarer Schaden vor.

OR 757 I und II: Der Aktionär kann gemäss dem Wortlaut der Bestimmung im Konkurs der Gesellschaft Ersatz seines Schadens verlangen, sofern die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung verzichtet.

Raschein-Praxis des Bundesgerichts: Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass ein Anspruch von Aktionären im Konkurs erst dann denkbar sei, wenn alle klagenden und nicht klagenden Gläubiger befriedigt worden sind.

*[Bei richtiger Antwort wurde Bonuspunkt verteilt.]*

Punkte zu III.: 3

#### IV. Haftungsgrundlagen ausserhalb des Aktienrechts

Aus OR 41: Siehe dazu obenstehende Ausführungen (unter II. A.).

Aus Vertrag: Ein Vertrag (Beratung und Führung der Buchhaltung) besteht nur zwischen der Dragon-Invest AG und der RAM. C kann sich nicht auf diesen berufen.

Punkte zu IV.: 1

**Zwischentotal Frage 3: 34**

Punktetotal Frage 1-3: 85

Bonus für sehr guten Aufbau (max.): 1

Bonus für herausragende Argumentationen (max.): 5

**Maximalpunktzahl Teilprüfung Prof. Forstmoser: 91**