

# Lösungsschema HaWi-Probeklausur SS 04

RA Dr. Simon Schlauri

Name, Vorname: ..... Punkte..... Note: .....

I.	Vorbemerkung: Abtretung von Forderungen nach Art. 757 OR bzw. 260 SchKG .....	1
II.	Ansprüche der P (mittelbare Ansprüche des G).....	1
1.	Ansprüche der P gegen die Y-Bank .....	2
a)	Aus ungerechtfertigter Bereicherung .....	2
b)	Anspruch gegen die Y-Bank aus verdeckter Gewinnausschüttung.....	4
2.	Ansprüche der P gegen E.S. ....	5
a)	Anspruch aus verdeckter Gewinnausschüttung.....	5
b)	Ansprüche aus verbotener Einlagerückgewähr .....	6
c)	Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit .....	7
d)	Konkurrenzen .....	10
3.	Ansprüche der P gegen F .....	10
4.	Ansprüche der P gegen M.S. ....	11
5.	Ansprüche der P gegen ihre Revisionsstelle .....	12
a)	Aus Revisionshaftung .....	12
b)	Aus Vertrag .....	12
6.	Ansprüche der P gegen A oder B .....	13
7.	Mehrheit von Ersatzpflichtigen .....	13
III.	(Unmittelbare) Ansprüche des G.....	13
	Gesamteindruck der Prüfung.....	13
	Total Prüfung.....	13

	Bewertete Aussagen	Punkte max.	Punkte erreicht
1.	<p><b>I. Vorbemerkung: Abtretung von Forderungen nach Art. 757 OR bzw. 260 SchKG</b></p> <p>Nach Art. 757 Abs. 1 und 2 OR sind Gesellschaftsgläubiger im Konkurs berechtigt, Schadenersatzansprüche der Gesellschaft aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit selbständig geltend zu machen, sofern die Konkursverwaltung auf deren Geltendmachung verzichtet. Die Klage geht weiterhin auf Leistung an die Gesellschaft, wobei das Prozessergebnis vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss den Bestimmungen des SchKG verwendet wird. (Art. 757 Abs. 2 OR).</p>	1	
2.	Die P AG ist zwischenzeitlich im Konkurs. Diese Voraussetzung der Geltendmachung nach Art. 757 OR ist erfüllt.	1	
3.	Der Sachverhalt ist bezüglich der Geltendmachung durch die Konkursverwaltung illiquid. Von einem Verzicht ist jedoch auszugehen, weil ansonsten – abgesehen von Ansprüchen aus unmittelbarem Schaden (dazu ganz am Ende des Textes) – gar keine Ansprüche des G bestünden.	1	
4.	Bei Art. 757 Abs. 1 OR handelt es sich lediglich um einen Anwendungsfall von Art. 260 SchKG (BGE 117 II 440; BSK-Widmer/Banz, N 12 ff. zu Art. 757 OR; Theorie des einheitlichen Anspruches der Gläubigergesamtheit).	1	
5.	Die Geltendmachung von Ansprüchen der P ist nicht auf Verantwortlichkeitsansprüche beschränkt. G kann sich vielmehr alle denkbaren Ansprüche der P abtreten lassen, weshalb in der Folge auch auf alle denkbaren Ansprüche einzugehen ist.	1	
	<b>II. Ansprüche der P (mittelbare Ansprüche des G)</b>		

	<b>Bewertete Aussagen</b>	<b>Punkte max.</b>	<b>Punkte erreicht</b>
	<p><b>1. Ansprüche der P gegen die Y-Bank</b></p> <p><i>Denkbar ist insbesondere ein Anspruch der P gegen die Y-Bank aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR (für den Fall der Ungültigkeit des Pfandvertrages besteht ein entsprechender Rückerstattungsanspruch). Weil die Frage der Gültigkeit des Vertrags auch für die weiteren Ansprüche von Bedeutung ist, ist der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung als erster zu klären.</i></p>		
	<b>a) Aus ungerechtfertigter Bereicherung</b>		
6.	<p>Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten. Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 OR). Voraussetzungen des Anspruchs sind Bereicherung, Entreicherung und das Fehlen eines Rechtsgrundes, bei Art. 62 zusätzlich die Unfreiwilligkeit der Leistung.</p> <p><i>SchKG-Wissen wird nicht vorausgesetzt. Obwohl vorliegend genau besehen Art. 86 SchKG einschlägig ist, wird auch die Lösung nach Art. 62 OR als richtig bewertet.</i></p>	1	
7.	<p>Alternativ: Genau besehen liegt ein Anwendungsfall von Art. 86 SchKG vor (Rückforderungsklage).</p>	Alternativ zu 6.: 1	
	<b>Bereicherung</b>		
8.	<p>Vorliegend hat die Y-Bank ein Pfand der P AG verwertet, womit sie aus deren Vermögen bereichert wurde (<i>Ersparnisbereicherung</i>). Rechtsgrundlage bildet der Pfandvertrag vom 18. April 2000. Es ist zu prüfen, ob dieser Pfandvertrag gültig zustandegekommen ist und damit ein Rechtsgrund für die Zahlung vorlag.</p>	1	
	<b>Entreicherung</b>		
9.	<p>Die P wurde durch die Verwertung des Pfandes entreichert.</p>	1	
	<b>Fehlender Rechtsgrund</b>		
	<i>Der Pfandvertrag als Insichgeschäft?</i>		
10.	<p>Der Pfandvertrag wurde zwischen der P und der Y-Bank abgeschlossen und nicht etwa zwischen der P und E.S. Damit handelt es sich nicht um ein Insichgeschäft. Bei einem solchen würde ein und dieselbe Person auf beiden Seiten tätig; (man spricht von Selbstkontrahieren bzw. Doppelvertretung. Insichgeschäfte erlangen nur Gültigkeit, wenn der Vertretene den Vertreter zu einem solchen Geschäftsabschluss besonders ermächtigt hat, die Natur des Geschäfts die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst oder der Vertretene das Geschäft genehmigt (Schwenzer, OR AT, N 42.18 ff.). Stellvertretungsrechtlich gesehen ist das Insichgeschäft als Beschränkung der in Art. 718a Abs. 1 OR umschriebenen Vertretungsmacht zu qualifizieren (vgl. Zobl, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989, 289 ff., 303).</p>	1	
	<i>Ungültigkeit durch Interessenkollision</i>		
	<p><i>Zobl, a.a.O., 304 ff. lehnt es ab, andere Fälle, in denen zwar keine Personenidentität, aber typischerweise eine Interessenkollision besteht, den Insichgeschäften pauschal gleichzustellen, weil in einer derartigen Konstellation noch Drittinteressen zu berücksichtigen sind (z.B. wenn sich der Vertreter im Namen des Geschäftsherrn für eine eigene Schuld gegenüber einer Dritten, die gleichzeitig seine Gläubigerin ist, verbürgt). Gegen eine Gleichstellung spricht auch die Tatsache, dass durch eine solche die Rechtsklarheit beeinträchtigt würde. Die entsprechenden Fälle sind demnach nach den durch Rechtsprechung und Lehre entwickelten allgemeinen Regeln von Art. 718 OR zu beurteilen.</i></p>		
11.	<p>Gedanke der Drittinteressen/Rechtsklarheit spricht gegen Gleichstellung.</p>	1	

	<b>Bewertete Aussagen</b>	<b>Punkte max.</b>	<b>Punkte erreicht</b>
12.	Gute Argumentation für eine Anwendung der Inlichgeschäfts-Regel auch auf andere Fälle der Interessenkollisionen. Probleme gesehen. (Schwenzer lapidar: Dem Inlichgeschäft gleichzustellen sind Fälle, in denen zwar keine Personenidentität, aber typischerweise eine Interessenkollision besteht, z.B. wenn sich der Vertreter im Namen des Geschäftsherrn für eine eigene Schuld gegenüber einer Dritten, die gleichzeitig seine Gläubigerin ist, verbürgt; Schwenzer, OR AT, N 42.21).	Alternativ zu 10 f.: 1	
	<i>Vertretungsmacht</i>		
13.	Nach Art. 718a Abs. 1 OR können die zur Vertretung befugten Personen im Namen der Gesellschaft alle Handlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Nach bundesgerichtlicher Praxis darf der Zweck der Gesellschaft diese Handlung nicht gerade ausschliessen (Zobl, 307, m.H.; BGE 116 II 323).	1	
14.	Ratio legis sind Verkehrsschutz und Verkehrssicherheit	1	
15.	Die P. ist eine Immobilien-AG. Das Verpfänden von Grundstücken ist durch diesen Zweck und damit durch die Vertretungsmacht gedeckt (vgl. auch Zobl, a.a.O.).	1	
	<i>Fehlende Vertretungsbefugnis</i>		
16.	Steht fest, dass das in Frage stehende Geschäft durch die gesetzliche Vertretungsmacht gedeckt ist, ist weiter zu prüfen, ob der Vertreter gestützt auf das Innenverhältnis zum Abschluss des fraglichen Geschäfts befugt war, und wenn nicht, ob der Dritte gutgläubig war oder nicht (Zobl, a.a.O.).	1	
17.	Die Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis wird durch diejenigen Normen des Aktienrechts geregelt, welche die Pflichten des Verwaltungsrates bestimmen. Zentral ist Art. 717 OR, wonach Verwaltungsrat und mit der Geschäftsführung beauftragte Dritte ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen.	1	
18.	Vorliegend unterzeichnen die Verwaltungsratsmitglieder E.S. und F. den Pfandvertrag im Namen der P (Drittpfand). Sie unterliegen den von Art. 717 OR statuierten Pflichten.	1	
19.	Eine Gegenleistung wird laut Sachverhalt weder durch E.S. noch durch die Bank bezahlt. Sachliche Gründe, warum auf eine Entschädigung des Drittpfandes hätte verzichtet werden sollen, sind nicht ersichtlich. Demgegenüber wird das durch Drittpfänder oder Bürgschaften eingegangene Risiko im Geschäftsverkehr regelmässig zu adäquaten Konditionen abgegolten. Die Vorgehensweise, die P das Risiko tragen zu lassen, ohne hierfür entschädigt zu werden, widerspricht den Interessen der P und ist damit als Verstoss gegen Art. 717 OR zu werten (stillschweigende Beschränkung der Vertretungsmacht; dazu Zobl, a.a.O., 295 f.). Weder E.S. noch F. besaßen demnach die Vertretungsbefugnis für das entsprechende Geschäft.	1	
	<i>Fehlender guter Glaube der Y-Bank</i>		
20.	Damit bleibt zu prüfen, ob die Y-Bank bezüglich der Vertretungsbefugnis gutgläubig war (vgl. etwa BGE 126 III 364), denn für die bösgläubige Partei beurteilt sich die Vertretungswirkung in solchen Fällen nach der internen <i>Vertretungsbefugnis</i> , nicht nach der <i>Vertretungsmacht</i> . Guter Glaube wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB), womit P. bzw. vorliegend G die Bösgläubigkeit zu beweisen hat.	1	
21.	Die Y-Bank weiss, wer für wessen Schuld Sicherheit leistet. Die Bank muss bei einem Hauptaktionär als Schuldner, der den Drittpfandvertrag seiner Gesellschaft eigenen Gunsten selbst unterzeichnet, damit rechnen, dass die Gesellschaft die gewünschten Sicherheiten unentgeltlich oder ohne adäquate Gegenleistung aufgrund der Veranlassung des Schuldners bestellen muss.	1	
22.	Schon die Tatsache, dass die Bank für den Kredit eine Besicherung verlangt, weist darauf hin, dass sie an der Bonität von E.S. zumindest ihre Zweifel hatte, womit sie das der P aus dem Vertrag erwachsende Risiko erkennen konnte.	1	
23.	Nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gilt auch als bösgläubig, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte. Die Bank war demnach grundsätzlich bösgläubig.	1	
	<i>Genehmigung des Geschäfts durch F. insbesondere</i>		

	<b>Bewertete Aussagen</b>	<b>Punkte max.</b>	<b>Punkte erreicht</b>
24.	Es bleibt indessen zu prüfen, ob nicht die Tatsache, dass der Vertrag auch von Verwaltungsratsmitglied F. unterzeichnet wurde, die Gutgläubigkeit der Bank bewahrte, denn wenn echte Insichgeschäfte im Sinne der geschilderten bundesgerichtlichen Praxis durch Genehmigung eines durch den Interessenkonflikt nicht betroffenen VR-Mitgliedes Gültigkeit erlangen, muss dies erst recht für den vorliegenden Fall einer blossen Interessenkollision gelten.	1	
25.	Die bundesgerichtliche Rechtsprechung fordert nicht die Genehmigung der interessewidrigen Geschäfte durch den Gesamtverwaltungsrat, sondern lediglich durch (einzelne) Verwaltungsräte (BGE 127 III 334 f., insb. 334).	1	
26.	Indessen muss das genehmigende Verwaltungsratsmitglied selbst vertretungsbefugt sein. Zu prüfen sind hierbei einerseits die Vertretungsmacht gemäss Handelsregistereintrag und andererseits die Frage, ob nicht das Mitglied selbst Interessenkollisionen unterliegt.	1	
27.	Anhaltspunkte für letztere sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.	1	
28.	Indessen ist F. laut Sachverhalt nur kollektivzeichnungsberechtigt. Dies ist aus dem HR-Eintrag der P AG ersichtlich (Art. 718a Abs. 2 OR).	1	
29.	Die Einwendung, dass jemand eine Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung im Handelsregister nicht gekannt habe, ist ausgeschlossen (Art. 933 Abs. 1 OR; positive Publizitätswirkung des Handelsregisters.) Damit musste die Y-Bank die fehlende Vertretungsmacht des F. kennen.	1	
30.	Folglich konnte F. das Geschäft nicht gültig genehmigen.	1	
31.	Sodann wird in der Literatur teils auch die Meinung vertreten, dass bei Insichgeschäften des Mehrheitsaktionärs die ausschliessliche Zuständigkeit zur Genehmigung bei der Generalversammlung liege. Dies daher, weil den anderen Organpersonen im Allgemeinen die notwendige Entscheidungsautonomie fehle, weil sie über die Generalversammlung vom Mehrheitsaktionär selbst bestellt worden sind bzw. durch diesen auch abberufen werden können (Schott, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 178 = Diss. Zürich 2002, 209).	1	
32.	<b>Fazit:</b> Damit ist zwischen der Y-Bank und P kein gültiger Pfandvertrag zustande gekommen. <i>Vgl. zum Ganzen insbesondere die voraussichtlich noch 2004 erscheinende Diss. von Rusch zur Interzession im Interesse des Aktionärs.</i>	½	
	<b>Unfreiwillige Zahlung einer Nichtschuld</b>		
33.	Nach Art. 63 OR kann nach Zahlung einer Nichtschuld das Geleistete nur zurückgefordert werden, wenn die Leistung unfreiwillig erfolgte. Dies kann bei einer Pfandverwertung bejaht werden.	1	
34.	Nach Art. 86 SchKG ist Unfreiwilligkeit nicht vorausgesetzt.	Alternativ zu 33.: 1	
35.	<b>Fazit:</b> Art. 86 SchKG (bzw. Art. 62 OR) ist erfüllt. P hat einen Anspruch gegen die Y-Bank auf Rückerstattung des Wertes des verwerteten Grundstücks. G kann sich diesen Anspruch nach Art. 260 SchKG abtreten lassen.	½	
36.	Weitere gute Argumente	2	
	<b>b) Anspruch gegen die Y-Bank aus verdeckter Gewinnausschüttung</b> <i>Nach Art. 678 Abs. 1 OR sind Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahestehende Personen, die ungerechtfertigt und in bösem Glauben Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse bezogen haben, zur Rückerstattung verpflichtet (offene Gewinnausschüttung). Nach Art. 678 Abs. 2 OR betrifft dies auch andere Leistungen der Gesellschaft, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen (verdeckte Gewinnausschüttung).</i>		
37.	Vorliegend ist zu prüfen, ob kostenlose Gewährung eines Grundpfandes als verdeckte Gewinnausschüttung an die Y-Bank zu betrachten ist. Voraussetzungen sind gemäss Wortlaut des Gesetzes eine Leistung an einen Aktionär, ein VR-Mitglied oder an eine diesen nahestehende Person, deren offensichtliches Missverhältnis zur Gegenleistung sowie zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft.	1*	

	<b>Bewertete Aussagen</b>	<b>Punkte max.</b>	<b>Punkte erreicht</b>
38.	<i>Die Y-Bank als nahestehende Dritte?</i> Nahe stehend sind Drittpersonen, die Aktionären oder Verwaltungsräten aufgrund enger persönlicher oder wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsächlicher Bindungen verbunden sind. Ob eine Person nahe stehend ist, ist unter Abwägung aller faktischen Gegebenheiten des Falles festgestellt werden, da es ein entsprechendes objektives Kriterium gibt (BSK-Kurer, N 7 zu Art. 678 OR).	1*	
39.	Im Sachverhalt ist nicht die Rede davon, dass P mit der Y-Bank zuvor bereits Geschäfte geschlossen hat. Auch weitere Bindungen sind nicht anzunehmen. Die Tatsache, dass die Y-Bank Vertragspartnerin ist, mag ein Nahestehen im Sinne dieser Bestimmung sicher nicht zu begründen. Das Tatbestandsmerkmal der Nahestehenden Person ist nicht erfüllt. <i>Vgl. auch Dieter Zobl, Sicherungsgeschäfte der Aktiengesellschaft im Interesse des Aktionärs, in: Banken und Bankenrecht im Wandel, FS für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 183 ff., 190.</i>	1*	
40.	<i>Leistung an die Y-Bank</i> Im Weiteren ist fraglich, ob es sich beim Abschluss des Pfandvertrages mit der Y-Bank überhaupt um eine Leistung an die Y-Bank handelt, wurde dieses doch zu Absicherung eines Darlehens zu Gunsten von E.S. vereinbart. Vorliegend kann davon ausgegangen werden, dass Pfand- und Darlehensvertrag gleichzeitig abgeschlossen wurden. Die Bank hat also nicht etwa ein bereits eingegangenes Risiko im Sinne einer Art „Rückversicherung“ nochmals selbstständig abgesichert, sondern hat den Darlehensvertrag nur abgeschlossen, weil zugleich das Grundpfand bestellt wurde. Dabei wurden von Anfang an entsprechende Konditionen gewährt (die für das Darlehen zu bezahlenden Zinsen entsprachen den für besicherte Darlehen üblichen Sätzen und nicht denjenigen für unbesicherte Darlehen). Unter diesen Umständen kann davon ausgegangen werden, dass die Leistung der P zu Gunsten des E.S. erfolgte und nicht zu Gunsten der Bank, denn der Vorteil der Bank aus der Besicherung wird durch die tieferen Zinsen ausgeglichen. E.S. profitiert also unmittelbar durch tiefere Zinsen. Anders wäre die Situation bei einer selbständigen Besicherung des bereits gewährten Darlehens durch die Bank zu beurteilen. Diesfalls würde E.S. die für ungesicherte Darlehen üblichen höheren Zinsen bezahlen, und die Y-Bank profitierte von der unentgeltlich bestellten Sicherheit. Das Tatbestandsmerkmal einer Leistung an die Y-Bank ist damit nicht erfüllt.	1*	
41.	<i>Wert der Leistung</i> Der Wert der Leistung bemisst sich nicht etwa in der Höhe des Pfandes (1.9 Millionen Franken), sondern am Wert einer entsprechenden Sicherheit. Derartige Sicherheiten werden in der Regel ungefähr gleich bewertet wie Darlehen (also in der Höhe der für entsprechende Darlehen gewährten Zinsen).	1*	
42.	<i>Offensichtliches Missverhältnis zur Gegenleistung</i> Die Y-Bank erbringt zwar keine Gegenleistung an die P AG, jedoch eine Leistung an E.S. (im Sinne eines entsprechend vergünstigten Darlehens). Dies ist für ein Drittpfandverhältnis typisch. Insofern erbringt die Y-AG eine verhältnismässige (Gegen-)leistung.	1*	
43.	<i>Missverhältnis zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit</i> Besteht kein Missverhältnis zur Gegenleistung, so kann gezwungenermassen auch kein Missverhältnis zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesellschaft bestehen. Vgl. bspw. BSK-Kurer, N 16 zu Art. 678 OR, für Kritik an diesem Tatbestandsmerkmal.	1*	
44.	<b>Fazit:</b> Art. 678 bs. 2 OR ist nicht erfüllt. Ein Anspruch aus verdeckter Gewinnausschüttung ist nicht gegeben.	*) Für b) insgesamt maximal 2 Punkte.	
	<b>2. Ansprüche der P gegen E.S.</b>		
	<b>a) Anspruch aus verdeckter Gewinnausschüttung</b>		

	<b>Bewertete Aussagen</b>	<b>Punkte max.</b>	<b>Punkte erreicht</b>
45.	Zur verdeckten Gewinnausschüttung vgl. schon vorne Punkt 37 ff. Voraussetzungen sind eine Leistung an einen Aktionär, ein VR-Mitglied oder an eine diesen nahestehende Person, deren offensichtliches Missverhältnis zur Gegenleistung sowie zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft.	1	
46.	<i>E.S. als Aktionär</i> E.S. kann gemäss Wortlaut von Art. 678 Abs. 2 OR als Aktionär Empfänger einer verdeckten Gewinnausschüttung sein.	1	
47.	<i>Leistung an E.S.</i> Wie unter 40 erwähnt erfolgt die Leistung an E.S., obgleich der Pfandvertrag mit der Y-Bank abgeschlossen wurde.	1	
48.	<i>Wert der Leistung</i> Der Wert der Leistung bemisst sich nicht etwa in der Höhe des Pfandes (1.9 Millionen Franken), sondern am Wert einer entsprechenden Sicherheit. Derartige Sicherheiten werden in der Regel ungefähr gleich bewertet wie Darlehen (also in der Höhe der für entsprechende Darlehen gewährten Zinsen). Geht man grob geschätzt von einem Zinssatz von rund 10% für unbesicherte Darlehen aus, so kann der Wert der Sicherheit demnach auf rund 190'000 Franken beziffert werden.	1	
49.	<i>Offensichtliches Missverhältnis zur Gegenleistung</i> E.S. erbringt keine Gegenleistung. Damit ist dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt. Insbesondere ist das Missverhältnis auch offensichtlich.	1	
50.	<i>Missverhältnis zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit</i> Vgl. BSK-Kurer, N 16 zu Art. 678 OR, für Kritik am Sinngehalt dieses Tatbestandsmerkmals: Das Tatbestandsmerkmal soll demnach weit ausgelegt werden (d.h. so, dass es möglichst einfach zu erfüllen ist). Kurer schlägt vor, nicht eine eigentliche Gefährdung der wirtschaftlichen Lage, sondern bloss eine spürbare Auswirkung zu verlangen. Teilweise wird eine Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals in der Literatur sogar ganz abgelehnt (Forstmoser/Meier-Hayoz, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 121): Es sei ausschliesslich auf das offensichtliche Missverhältnis zur <i>Gegenleistung</i> abzustellen.	1	
51.	Bei einem Wert der Leistung von Fr. 190'000 ist angesichts der Bilanzsumme der P von 8.4 Mio. Franken durchaus von Spürbarkeit zu sprechen. Das Tatbestandsmerkmal ist jedenfalls erfüllt.	1	
52.	<i>Bösgläubigkeit</i> In der Lehre ist umstritten, ob das in Abs. 1 genannte Kriterium der Bösgläubigkeit auch für Abs. 2 vorausgesetzt wird. (Argumentation pro/contra; Subsumtion)	1	
53.	<i>Verjährung</i> Die Pflicht zur Rückerstattung verjährt binnen 5 Jahren nach Empfang der Leistung (Art. 678 Abs. 4 OR). Der Vertrag wurde am 18. April 2000 geschlossen. Demnach ist die Forderung noch nicht verjährt.	1	
54.	<b>Fazit:</b> Art. 678 Abs. 2 OR ist erfüllt. Ein Anspruch aus verdeckter Gewinnausschüttung gegen E.S. ist gegeben, sofern keine konkurrenzierenden weiteren Ansprüche vorgehen. Dazu unten 89 ff.	½	
55.	Weitere gute Argumente	2	
	<b>b) Ansprüche aus verbotener Einlagerückgewähr</b>		
56.	Nach Art. 680 Abs. 2 OR steht dem Aktionär kein Recht zu, den einbezahlten Kapitalbeitrag zurückzufordern. Lehre und Rechtsprechung haben aus dieser Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus ein <i>Rückzahlungsverbot</i> entwickelt, welches auch die Gesellschaft bindet. Jede Rückzahlungsverpflichtung der AG wäre nach einhelliger Lehre und Praxis absolut nichtig. Eine Konsequenz des Verbots der Einlagerückgewähr ist die in Art. 675 Abs. 2 verankerte Einschränkung, wonach Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden dürfen (Forstmoser/Meier-Hayoz, a.a.O., §50 N 107 ff.).	1	
57.	So weit offene oder verdeckte Mittelausschüttungen nicht aus Bilanzgewinn oder zur Ausschüttung gebildeten Reserven erfolgen, so weit sie also Grundkapital und gesetzliche Reserven tangieren, stützt sich ein Rückerstattungsanspruch demnach nicht auf Art. 678 OR, sondern auf das Verbot der Einlagerückgewähr.	1	

	<b>Bewertete Aussagen</b>	<b>Punkte max.</b>	<b>Punkte erreicht</b>
58.	Vorliegend bestehen Aktiven in Höhe von 8.4 Mio. Franken, wovon 6.2 Mio. Franken durch Fremd- und 2.2 Mio. Franken durch Eigenkapital gedeckt sind. Das Aktienkapital beträgt 400'000 Franken, es bleiben 1.8 Mio. Franken Reserven, wovon zumindest ein Teil gesetzliche Reserven nach Art. 671 OR sind, welche nicht ausgeschüttet werden dürfen (Art. 671 Abs. 3 OR). Statutarische Reservevorschriften sind im Sachverhalt nicht genannt.	1	
59.	Der Wert der ausgeschütteten Leistung wurde auf 190'000 Franken geschätzt (vorne 48). Damit sind angesichts der genannten Zahlen wohl weder Aktienkapital noch gesetzliche Reserven tangiert. Ansprüche der P gegen E.S. gestützt auf das Verbot der Einlagerückgewähr sind damit zu verneinen.	1	
60.	Weitere gute Argumente	2	
	<b>c) Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit</b>		
61.	Nach Art. 754 OR haften die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Es ist zu prüfen, ob E.S. der P und gegebenenfalls dem G aus dieser Norm haftet.	1	
62.	<i>Aktivlegitimation</i> Aktivlegitimiert sind wie bereits beschrieben Gesellschaft, Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger, Aktionäre und Gesellschafter jedoch nur dann, wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaft verzichtet (vorne 1ff.). Sowohl P als auch – unter den genannten Voraussetzungen – G selbst sind aktivlegitimiert.	1	
63.	<i>Passivlegitimation</i> E.S. ist als Verwaltungsratsmitglied passivlegitimiert.	1	
64.	<i>Pflichtverletzung</i> Voraussetzung einer Haftung nach Art. 754 OR ist die Verletzung aktienrechtlicher Pflichten. Zentral ist hierbei Art. 717 OR, wonach wonach Verwaltungsrat und mit der Geschäftsführung beauftragte Dritte ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen. Zu berücksichtigen sind auch Verletzungen der unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten des VR gemäss Art. 716a OR.	1	
65.	- Die Gewährung der Sicherheit erfolgt ohne finanzielle Gegenleistung; es handelt sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung nach Art. 678 Abs. 2 OR (vorne 45 ff.). Darin liegt bereits eine Verletzung der Interessen der P und damit eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von Art. 717 OR (Forstmoser/Meier-Hayoz, a.a.O., § 37 N 23). Die Sicherheit hätte nur gegen adäquate Entschädigung gewährt werden dürfen (man spricht auch von <i>Entschädigung zu Drittkonditionen</i> oder <i>dealing at arm's length</i> ).	1	
66.	- Zu prüfen wäre allenfalls noch, ob die P aus der Darlehensgewährung anderweitige Vorteile zieht, welche an die Stelle einer direkten Entschädigung treten könnten. Als Gegenleistung für die Sicherheit wären noch denkbar: <ul style="list-style-type: none"> <li>o Steigerung der Kreditwürdigkeit der abhängigen Gesellschaft durch Verbesserung der Kreditwürdigkeit des Konzerns oder des Hauptaktionärs; Existenzsicherung durch Muttergesellschaft/Hauptaktionär;</li> <li>o Sicherung und Gewinnung von Vertragspartnern und Kunden;</li> <li>o Direkte Gegenleistungen: Weiterleitung der Darlehensvaluta durch die Kreditnehmerin an die abhängige Gesellschaft in der Höhe des Wertes der von ihr bestellten Sicherheiten oder Bezahlung von Interzessionsgebühren (dazu die Dissertation von Rusch).</li> </ul> Keine dieser Gegenleistungen liegt vor.	1	

	Bewertete Aussagen	Punkte max.	Punkte erreicht
67.	<p>- Klumpenrisiko: Der Verwaltungsrat muss aufgrund der Sorgfaltspflicht darüber wachen, dass genügend Aktiven vorhanden und rechtzeitig realisierbar sind, um die Passiven zu decken (BGE 113 II 56). Die sorgfältige Anlage gebietet, dass der Verwaltungsrat dabei nicht alles auf eine Karte setzt und ein für die Gesellschaft gefährliches <i>Klumpenrisiko</i> schafft. Es ist das Gebot vernünftiger Risikoverteilung in der Vermögensanlage.</p> <p>Indem E.S. der Y-Bank eine Sicherheit über 1.9 Mio. Franken gewährte, womit er einen Verlust in Höhe von rund 22% der Aktiven der P und damit die Insolvenz riskierte, ging er zweifellos ein derartiges Klumpenrisiko ein.</p>	1	
68.	E.S. ist einzig zu Gute zu halten, dass die Revisionsstelle der P der Sicherheitenbestellung angesichts der Vermögenslage des E.S. Unbedenklichkeit attestierte.	1	
69.	<p>- Nach Art. 725 Abs. 1 OR muss der VR unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und dieser Sanierungsmassnahmen beantragen, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sind (Kapitalverlust). Bilanztechnisch gesprochen liegt ein Kapitalverlust vor, wenn der Verlustvortrag grösser ist als die Hälfte der Summe von gesetzlichen Reserven und Aktienkapital.</p> <p>Es ist zu prüfen, ob diese Voraussetzungen im Laufe der geschilderten Episode irgendwann vorlagen. Zentral ist dabei insbesondere die Bewertung des Verwertungsrisikos des der Y-Bank gewährten Grundpfandes bzw. die hierfür notwendigen Rückstellungen.</p>	1	
70.	Nach Art. 669 Abs. 1 OR sind Rückstellungen zu bilden um ungewisse Verpflichtungen und drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu decken.	1	
71.	Rückstellungen sind als Aufwand zu verbuchen und erscheinen als Fremdkapital in der Bilanz. Sie können mit den freien Reserven gedeckt werden. Reichen diese nicht mehr aus, so bleibt ein Verlustvortrag bestehen. Wenn dieser grösser wird als die Hälfte von AK und gesetzlichen Reserven, liegt ein Fall von Art. 725 Abs. 1 OR vor.	1	
72.	Präzisere Darstellung dieser Vorgänge	1	
73.	Die Bilanzierung erfolgt unter anderem nach dem Grundsatz der <i>Bilanzwahrheit</i> (Art. 959 OR; eine entsprechende Spezialbestimmung findet sich in den aktienrechtlichen Bilanzierungsvorschriften nach Art. 662 ff. OR nicht).	1	
74.	Dies Beschlägt auch die Einschätzung allfälliger Risiken, für welche nötigenfalls Rückstellungen zu machen sind. Der Verwaltungsrat musste daher vorliegend regelmässig die Solvenz des E.S. überprüfen und die Rückstellungen entsprechend anpassen.	1	
75.	Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Pfandvertrages wurde das Risiko einer Verwertung des Grundpfandes als vernachlässigbar gering eingeschätzt. Es ist davon auszugehen, dass die diesbezügliche Einschätzung der Revisionsstelle aus damaliger Sicht nicht zu beanstanden ist. Hohe Rückstellungen waren damit zu jenem Zeitpunkt nicht angezeigt. Eine Unterbilanz bestand nicht, womit keine Massnahmen angezeigt waren.	1	
76.	Vorliegend musste der VR indessen im Laufe der Zeit die drohende Insolvenz des E.S. erkennen (E.S. kannte seine Situation ja sogar selbst) und entsprechende Rückstellungen bilden, die gegen Ende bis zu 1.9 Mio. Franken betragen mussten.	1	

	Bewertete Aussagen	Punkte max.	Punkte erreicht
77.	Vorliegend (Eigenkapitalbasis von 2.2 Mio. Franken, davon Fr. 400'000 Aktienkapital) führen Rückstellungen in Höhe von Fr. 1.9 Mio. (bei angenommener Bilanzneutralität der übrigen Aufwände und Erträge – de facto müssen noch weitere Verluste hinzugekommen sein, weil ansonsten der Konkurs wohl hätte vermieden werden können) nicht nur zu einer vollständigen Aufzehrung der freien und gesetzlichen Reserven, sondern auch zu einer Anzehrung des Aktienkapitals in Höhe von 100'000 Franken. Der Sachverhalt ist bezüglich der Höhe der gesetzlichen Reserve aber illiquid, sodass nicht gesagt werden kann, ob die Limite von Art. 725 Abs. 1 OR (Verlustvortrag höher als die Hälfte von AK und gesetzlichen Reserven) erreicht ist.	1	
78.	Hat der Verlust diese Grenze erreicht, so hätte der VR eine GV einberufen und Sanierungsmassnahmen beantragen sollen. Dies ist unterblieben, womit der VR seine aktienrechtlichen Pflichten verletzt hat, sofern die genannte Schwelle tatsächlich erreicht war.	1	
79.	- Indem der Verwaltungsrat einzig E.S. eine kostenlose Sicherheit gewährte, verletzte er den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR). Indessen liegt darin kein unmittelbarer Grund für den der P entstandenen Schaden (zu Schaden und Kausalzusammenhang im Rahmen der Verantwortlichkeitsklage sogleich). Eine Verantwortlichkeitsklage gestützt auf eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist demnach ausgeschlossen.	½	
80.	- Der Abschluss von Insichgeschäften kann per se als Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 OR betrachtet werden. Vorliegend besteht indes genau besehen kein Insichgeschäft.	½	
81.	- <b>Fazit:</b> Der VR hat seine Pflichten verletzt, indem er ohne Gegenleistung eine Sicherheit bestellte, indem er damit ein Klumpenrisiko einging und indem er die (wie anzunehmen ist) nach Art. 725 Abs. 1 einzuleitenden Massnahmen nicht getroffen hat.	½	
82.	<i>Schaden</i> Durch die Bestellung der Sicherheit entstand letztlich ein Schaden in Höhe von 1.9 Mio. Franken. Eine genaue Berechnung, welche Schadensanteile auf die verschiedenen Pflichtverletzungen (Eingehung der Verbindlichkeit, allenfalls Unterlassung der Einberufung einer GV und Vorschlag von Sanierungsmassnahmen nach Art. 725 Abs. 1 OR) kann mangels liquidem Sachverhalt nicht vorgenommen werden. Die Voraussetzung des Schadens ist jedenfalls erfüllt.	1	
83.	<i>Kausalzusammenhang</i> Die Pflichtverletzung muss nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet sein, die Entstehung des Schadens zu fördern. Dies ist vorliegend sowohl bei der Eingehung der Sicherheit als auch bei der Nichtanhandnahme von Sanierungsmassnahmen der Fall.	1	
84.	<i>Verschulden</i> E.S. musste sich der Situation, in der er handelte, und der möglichen Folgen bewusst sein. Er handelte vorsätzlich. Dieses Kriterium ist erfüllt.	1	
85.	<i>Fehlende Décharge</i> Weitere Voraussetzung für eine Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Fehlen eines Déchargebeschlusses (Art. 758 Abs. 1 OR). Im Falle eines Déchargebeschlusses verkürzt sich die Klagefrist der übrigen Aktionäre zudem auf sechs Monate (Abs. 2 der genannten Bestimmung). Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist anzunehmen dass die Décharge nicht erteilt wurde.	1	
86.	<i>Verjährung</i> Der Anspruch auf Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von 10 Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet (Art. 760 Abs. 1 OR). Diese Fristen sind noch nicht verstrichen.	1	
87.	<b>Fazit:</b> Ein Anspruch der P gegen E.S. aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist gegeben.	½	
88.	Weitere gute Argumente	2	

	Bewertete Aussagen	Punkte max.	Punkte erreicht
	<b>d) Konkurrenzen</b>		
89.	Vorliegend werden zugleich Ansprüche aus verdeckter Gewinnausschüttung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend gemacht. Es stellt sich die Frage, wie diese untereinander konkurrieren.	1	
90.	Art. 678 ist eine aktienrechtliche Spezialordnung für Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung (Forstmoser/Meier-Hayoz, a.a.O., § 50 N 113).	1	
91.	Die Haftung aus Verantwortlichkeit gegenüber Gesellschaft und Aktionären ist als vertraglich oder vertragsähnlich zu qualifizieren. Dies gilt auch dann, wenn die entsprechenden Forderungen gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG / 757 Abs. 3 OR an Gläubiger abgetreten wurden (Forstmoser/Meier-Hayoz, § 36 N 35 ff.).	1	
92.	Nach Schwenzer, OR AT, 2.A. Bern 2000, N 59.11 kann eine Konkurrenz zwischen Bereicherungsansprüchen und vertraglichen Ansprüchen gar nicht auftreten, sodass es verfehlt sei, von der Subsidiarität des Bereicherungsrechts zu sprechen. Soweit vertragliche Ansprüche gegeben seien, liege keine rechtsgrundlose Bereicherung vor. In der Tat kann argumentiert werden, dass das Organverhältnis als vertragliches Verhältnis die Befolgung der aktienrechtlichen Pflichten mitumfasst, womit auch eine verdeckte Gewinnausschüttung nach Art. 678 Abs. 2 letztlich eine Verletzung dieses Vertragsverhältnisses darstellt und zur Begründung einer Verantwortlichkeitsklage führt (vorne 65). Damit können Ansprüche aus Art. 678 Abs. 2 nicht geltend gemacht werden, sofern wie vorliegend eine Verantwortlichkeitsklage gegeben ist.	1	
93.	Weitere gute Argumente	2	
	<b>3. Ansprüche der P gegen F</b>		
	<i>In Frage kommen ausschliesslich Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.</i>		
94.	<i>Legitimation</i> Aktiv- und Passivlegitimation sind unstreitig gegeben; s. vorne 62 f.	½ (falls für E.S. nicht geprüft: 1)	
95.	<i>Pflichtverletzung</i> Eine Pflichtverletzung kann in folgenden Verhaltensweisen gesehen werden: - Genehmigung des Geschäfts obwohl interessenwidrig (Art. 717 OR) - Genehmigung des Geschäfts trotz Klumpenrisiko (Art. 717 OR) - Unterlassung von Massnahmen nach Art. 725 Abs. 1 OR	½ (falls für E.S. nicht geprüft: 1)	
96.	Eine Unterlassung von Massnahmen nach Art. 725 Abs. 1 OR kann nur zu einer Haftung führen, wenn bereits vor dem Rücktritt der Kapitalverlust ersichtlich war. Entscheidend ist das Rücktrittsdatum (wohl die auf das Rücktrittsschreiben folgende Generalversammlung), nicht etwa das Rücktrittsschreiben vom 28. Dezember 2001.	1	
97.	<i>Schaden</i> Ist zu bejahen. Vgl. vorne 82.	½ (falls für E.S. nicht geprüft: 1)	
98.	<i>Verschulden</i> F. musste sich der Situation, in der er handelte, und der möglichen Folgen, bewusst sein. Er handelte vorsätzlich. Dieses Kriterium ist erfüllt.	½ (falls für E.S. nicht geprüft: 1)	
99.	<i>Kausalzusammenhang</i> Problem: die Genehmigung des Geschäfts war genau besehen mangels Zeichnungsberechtigung ungültig. Dies war indessen den Beteiligten (etwa dem Grundbuchbeamten!) nicht klar, weshalb es dennoch zu einem Schaden gekommen ist. F hat damit mit der Unterzeichnung des Vertrages zumindest eine von mehreren kumulativen Ursachen für die Entstehung des Schadens gesetzt. Die Adäquanz im Sinne der genannten Formel ist zu bejahen.	1	

	<b>Bewertete Aussagen</b>	<b>Punkte max.</b>	<b>Punkte erreicht</b>
100.	<i>Fehlende Décharge</i> Weitere Voraussetzung für eine Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Fehlen eines Déchargebeschlusses (Art. 758 Abs. 1 OR). Im Falle eines Déchargebeschlusses verkürzt sich die Klagefrist der übrigen Aktionäre zudem auf sechs Monate (Abs. 2 der genannten Bestimmung). Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist anzunehmen dass die Décharge nicht erteilt wurde.	½ (falls für E.S. nicht geprüft: 1)	
101.	<i>Verjährung</i> Der Anspruch auf Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von 10 Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet (Art. 760 Abs. 1 OR). Diese Fristen sind noch nicht verstrichen.	½ (falls für E.S. nicht geprüft: 1)	
102.	<b>Fazit:</b> Ein Anspruch der P gegen F. aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist gegeben.	½	
103.	Weitere gute Argumente	1	
	<b>4. Ansprüche der P gegen M.S.</b>		
	<i>In Frage kommen ausschliesslich Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.</i>		
104.	<i>Legitimation</i> Aktiv- und Passivlegitimation sind unstrittig gegeben; s. vorne 62 f.	½ (falls für E.S./F nicht geprüft: 1)	
105.	<i>Pflichtverletzung</i> Eine Pflichtverletzung kann in folgenden Verhaltensweisen gesehen werden: - Unterlassung von Massnahmen nach Art. 725 Abs. 1 OR	½ (falls für E.S./F nicht geprüft: 1)	
106.	Eine Unterlassung von Massnahmen nach Art. 725 Abs. 1 OR kann nur zu einer Haftung führen, wenn bereits vor dem Rücktritt der Kapitalverlust ersichtlich war. Entscheidend ist das Rücktrittsdatum (wohl die auf das Rücktrittsschreiben folgende Generalversammlung), nicht etwa das Rücktrittsschreiben vom 28. Dezember 2001.	½ (falls für E.S./F nicht geprüft: 1)	
107.	<i>Schaden</i> Ist zu bejahen. Vgl. vorne 82.	½ (falls für E.S./F nicht geprüft: 1)	
108.	<i>Kausalzusammenhang</i> Die Adäquanz im Sinne der genannten Formel ist zu bejahen.	½ (falls für E.S./F nicht geprüft: 1)	
109.	<i>Verschulden</i> Die Prüfung der Bilanz und eine allfällige Anzeige nach Art. 725 Abs. 1 OR gehören zu den Pflichten des Verwaltungsrates. Von einer allfälligen Bilanzfälschung oder anderen vergleichbaren Machenschaften, denen M.S. hätte aufsitzen können, ist nicht die Rede. M.S. handelte damit vorsätzlich. Dieses Kriterium ist erfüllt.	½ (falls für E.S./F nicht geprüft: 1)	
110.	<i>Fehlende Décharge</i> Weitere Voraussetzung für eine Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Fehlen eines Déchargebeschlusses (Art. 758 Abs. 1 OR). Im Falle eines Déchargebeschlusses verkürzt sich die Klagefrist der übrigen Aktionäre zudem auf sechs Monate (Abs. 2 der genannten Bestimmung). Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist anzunehmen dass die Décharge nicht erteilt wurde.	½ (falls für E.S./F nicht geprüft: 1)	
111.	<i>Verjährung</i> Der Anspruch auf Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von 10 Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet (Art. 760 Abs. 1 OR). Diese Fristen sind noch nicht verstrichen.	½ (falls für E.S./F nicht geprüft: 1)	

	<b>Bewertete Aussagen</b>	<b>Punkte max.</b>	<b>Punkte erreicht</b>
112.	<b>Fazit:</b> Ein Anspruch der P gegen M.S. aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist gegeben, sofern der Kapitalverlust bereits vor dem Rücktritt der M.S. ersichtlich war.	½	
113.	Weitere gute Argumente	1	
	<b>5. Ansprüche der P gegen ihre Revisionsstelle</b>		
	<i>In Frage kommen Ansprüche aus Revisionshaftung (Art. 755 OR) sowie aus Vertrag.</i>		
	<b>a) Aus Revisionshaftung</b> Nach Art. 755 OR haften alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Es ist zu prüfen, ob die Revisionsstelle aus dieser Norm haftet.	1	
114.	<i>Legitimation</i> Aktiv- und Passivlegitimation sind unstreitig gegeben (Art. 755 OR).	1	
115.	<i>Pflichtverletzung</i> Es müsste eine Verletzung der Pflichten der Revisionsstelle vorliegen. Nach Art. 728 OR prüft die RS, ob Buchführung und Jahresrechnung Gesetz und Statuten entsprechen. Ein Klumpenrisiko wie das vorliegende Pfand musste hinsichtlich der korrekten Verbuchung sicher überprüft werden. Dies gilt auch für allfällige Abklärungen der Solvenz von E.S. Geschah dies nicht, so liegt eine Pflichtverletzung der Revisionsstelle vor. Selbiges gilt, wenn die RS zwar Gesetzesverstösse entdeckt hat, diese aber der GV nicht meldete (Art. 729b Abs. 1 OR).	1	
116.	<i>Schaden</i> Ist zu bejahen. Vgl. vorne 82.	½ (falls bisher nicht geprüft: 1)	
117.	<i>Kausalzusammenhang</i> Die Adäquanz im Sinne der genannten Formel ist für diejenigen Schäden zu bejahen, welche durch eine rechtzeitige Anzeige an die GV hätten verhindert werden können.	½ (falls bisher nicht geprüft: 1)	
118.	<i>Verschulden</i> Die Prüfung der Bilanz gehört gerade zu den Pflichten der Revisionsstelle. Von einer allfälligen Bilanzfälschung oder anderen vergleichbaren Machenschaften, denen diese hätte aufsitzen können, ist nicht die Rede. Sie handelte damit zumindest fahrlässig. Dieses Kriterium ist erfüllt.	½ (falls bisher nicht geprüft: 1)	
119.	<i>Verjährung</i> Der Anspruch auf Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von 10 Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet (Art. 760 Abs. 1 OR). Diese Fristen sind noch nicht verstrichen.	½ (falls bisher nicht geprüft: 1)	
120.	<b>Fazit:</b> Ein Anspruch der P gegen die Revisionsstelle aus Revisionshaftung ist gegeben.	½	
121.	Weitere gute Argumente	1	
	<b>b) Aus Vertrag</b>		
122.	Eine Verletzung des Gutachtensvertrages durch Erstattung eines unsorgfältigen Gutachten ist nicht ersichtlich. Entsprechende Ansprüche entfallen.	1	

	Bewertete Aussagen	Punkte max.	Punkte erreicht
	<b>6. Ansprüche der P gegen A oder B</b>		
123.	Sind keine ersichtlich.	½	
	<b>7. Mehrheit von Ersatzpflichtigen</b>		
124.	Mehrere aus aktienrechtlichem Verantwortlichkeitsrecht Ersatzpflichtige haften solidarisch (Art. 759 Abs. 1 OR). Im Innenverhältnis kann derjenige, der Ersatz geleistet hat, allenfalls auf ander Haftpflichtige Rückgriff nehmen (Art. 759 Abs. 3 OR). Das Revidierte Recht regelt insbesondere die Möglichkeit, gegenüber mehreren Verantwortlichen den Gesamtschaden geltend zu machen (Art. 759 Abs. 2 OR). Dabei gilt der Grundsatz der <i>differenzierten Solidarität</i> . Ein einzelner Haftpflichtiger kann daher – trotz Solidarität – nur dann auf den vollen Haftungsbetrag belangt werden, wenn er sich nicht auf einen Reduktionsgrund (insbesondere eigenes leichtes Verschulden) berufen kann (Forstmoser/Meier-Hayoz, § 36 N 106 ff.). Der Sachverhalt ist bezüglich des Verschuldensgrades insbesondere der Beteiligten M.S. illiquid. Die Frage kann daher nicht abschliessend geklärt werden.	2	
	<b>III. (Unmittelbare) Ansprüche des G</b>		
125.	Bislang wurden ausschliesslich Ansprüche der P geprüft, die der G nach einer allfälligen Abtretung nach OR 754 ff. bzw. SchKG 260 geltend machen kann.	½	
126.	Voraussetzung dafür, dass G selbst einen derartigen Anspruch geltend machen kann, wäre ein <i>unmittelbarer Schaden</i> im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.	1	
127.	Ein <i>unmittelbarer Schaden</i> des Gläubigers liegt dort vor, wo das Verhalten eines Organs Pflichten verletzt, welche diesem gegenüber dem Gläubiger persönlich obliegen. Zudem muss eine direkte Beziehung zum Gläubiger bestehen (BGE 122 III 192). Es müssen somit Bestimmungen verletzt sein, die dem Schutz des Gläubigers dienen. Rechtsgrundlage ist in aller Regel eine unerlaubte Handlung oder eine "culpa in contrahendo".	1	
128.	Vorliegend kann weder eine Verletzung einer derartigen Norm noch ein direkter Sozialkontakt zwischen P und G festgestellt werden. Entsprechende Ansprüche sind demnach zu verneinen.	1	
129.	Weitere gute Argumente	1	
	<b>Gesamteindruck der Prüfung</b>		
130.	Sprache	2	
131.	Aufbau/Argumentationsweise	3	
	<b>Total Prüfung</b>		