

PD Dr. Andreas Engert, LL.M. (Univ. Chicago)

## **„Fire Sale“**

Übungen im Handels- und Wirtschaftsrecht  
Universität Zürich  
17. Oktober 2008

---

## Verwässerung der bestehenden Anteile an der Big Bang Bank AG

Bisher

CHF 32 Mrd.

1 Mrd. Aktien

= CHF 32 je Aktie

Nach der Kapitalerhöhung

CHF 38 Mrd.

1,4 Mrd. Aktien

≈ CHF 27 je Aktie

Bezogen auf den Kurs von Freitag erzielt J einen Gewinn von ca. CHF 12 je (gezeichneter) Aktie, die Altaktionäre verlieren ca. CHF 5 je (alter) Aktie.

---

# Überblick

- Vorbeugender Rechtsschutz gegen die Kapitalerhöhung
  - Anfechtungsklage
  - Nichtigkeitsfeststellungsklage
  - Unterlassungsklage
- Ggf. Rechtmäßigkeit der Kapitalerhöhung

## Anfechtungsklage

Gegen Statthaftigkeit:

- OR 706 bezieht sich nur auf Beschlüsse der GV – OR 714 und FusG 106 Abs. 2 sprechen gegen Gesetzeslücke
- Anfechtungsklage ermöglicht umfassende Rechtskontrolle des Beschlusses, was gegenüber VR zu weit geht
- Verantwortlichkeitsklage (OR 754) und jederzeitige Abwählbarkeit (OR 705 Abs. 1) reichen zur Disziplinierung des VR aus

## Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses (1)

### I. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit (+)
2. Beklagte: B AG
3. Örtliche Zuständigkeit: Zürich, GestG 3 Abs. 1 lit. b
4. Sachliche Zuständigkeit: Bezirksgericht (§ 31 Nr. 1 GVG ZH)  
oder nach Wahl Handelsgericht (§§ 62, 63 Nr. 1 GVG ZH)
5. Feststellungsinteresse, § 59 ZPO ZH: Verhindern der Eintragung

## Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses (2)

- II. Begründetheit: Nichtigkeit VR-Beschluss nach OR 706b, 714
  - 1. Entziehung zwingender Aktionärsrechte, OR 706b Nr. 1, 714  
(-), da Bezugsrecht nicht unverzichtbar oder schlechthin unentziehbar
  - 2. Missachtung des Kapitalschutzes, OR 706b Nr. 3, 714  
(-), da nur gläubigerschützende Normen erfasst sind; hier keine verbotene Unter-pari-Emission, OR 624

## Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses (3)

### II. Begründetheit (Fortsetzung)

3. Missachtung der Grundstrukturen der AG, OR 706b Nr. 3, 714  
Denkbar, wenn keinerlei Grundlage für Bezugsrechtsausschluss
  - Dafür: OR 652b Abs. 2 verlangt GV-Beschluss; OR 651 Abs. 3 scheint auf OR 650 Abs. 2 Nr. 8 zu verweisen
  - Aber: genehmigtes Kapital ohne Kompetenz des VR zu Bezugsrechtsausschluss bliebe häufig sinnlos; teleologische Reduktion des OR 651 Abs. 3: GV muss (nur) die „wesentlichen Zwecke“ vorgeben
  - Hier: Statuten enthielten ausreichende Ermächtigung
4. Sonstige, qualifizierte Widerrechtlichkeit (-)

Ergebnis: Eine Nichtigkeitsfeststellungsklage wäre zulässig, aber nicht begründet.

## Klage auf Unterlassung der Kapitalerhöhung

### I. Zulässigkeit

1. Beklagte: B AG
2. Örtliche Zuständigkeit: Zürich, GestG 3 Abs. 1 lit. b
3. Sachliche Zuständigkeit: Bezirksgericht (§ 31 Nr. 1 GVG ZH) oder nach Wahl Handelsgericht (§§ 62, 63 Nr. 1 GVG ZH)

### II. Begründetheit

Voraussetzung: individueller Abwehranspruch des A

Dagegen:

- Beschränkung des präventiven Rechtsschutzes auf nichtige VR-Beschlüsse (arg. e contrario OR 714, FusG 106 Abs. 2)
- Verantwortlichkeitsklage reicht aus

Ergebnis: Eine Unterlassungsklage wäre ebenfalls zulässig, aber nicht begründet.

# Rechtmäßigkeit des Beschlusses

- I. Formelle Beschlussmängel nicht ersichtlich
- II. Materielle Rechtmäßigkeit
  1. Einhaltung der Statuten, insbes. der Zweckbestimmung (+)
  2. Vorliegen eines wichtigen Grundes, OR 652b Abs. 2 Satz 1, 2  
Abwendung des Konkurses ist grundsätzlich „wichtiger Grund“  
Bezugsrechtsausschluss dafür erforderlich
  3. Gebot der schonenden Rechtsausübung  
Niedriger Ausgabebetrag für Konkursabwendung erforderlich
  4. Keine unsachliche Begünstigung oder Benachteiligung,  
OR 652b Abs. 2 Satz 3

Ergebnis: Der Beschluss ist rechtmäßig.