



## **Lösungsskizze zur Prüfung im Modul "Aktienrecht" vom 17. Dezember 2019**

### **1. Frage (10%) (= 3 Punkte)**

An der ausserordentlichen Generalversammlung der UBS AG vom 27. Februar 2008 wurde eine bedingte Kapitalerhöhung beschlossen. Welchem Zweck diente sie? War der Ausschluss des Vorwegzeichnungsrechts rechtmässig?

- Durch die bedingte Kapitalerhöhung sollte zwei langfristigen Grossinvestoren ermöglicht werden, sich an der Finanzierung der UBS zu beteiligen. Zu diesem Zweck sollten sie Pflichtwandelanleihen der UBS zeichnen. Dadurch sollten der UBS binnen kurzer Zeit erhebliche Mittel zugeführt werden. **(1.5)**
- Der Ausschluss des Vorwegzeichnungsrechts ist rechtmässig, wenn dafür ein wichtiger im Gesellschaftsinteresse liegender Grund besteht. Die UBS bedurfte wegen beträchtlicher Abschreibungen der raschen und erheblichen Stärkung ihrer Kapitalbasis. Dieses Ziel konnte nur erreicht werden, indem die beiden Investoren, die sich zur Zeichnung der Pflichtwandelanleihen bereit erklärt hatten, das neue Kapital der UBS durch Zeichnung dieser Pflichtwandelanleihen unverzüglich zur Verfügung stellten. Der Ausschluss des Vorwegzeichnungsrechts war also rechtmässig. **(1.5)**

### **2. Frage (10%) (= 3 Punkte)**

Betrachten Sie den Entscheid BGE 140 III 533 ff. und dabei die Erwägung 4, S. 540 ff. Was sind aus Ihrer Sicht die hauptsächlichen rechtlichen Erkenntnisse aus den Ausführungen des Bundesgerichts?

- Ein Darlehen einer Tochtergesellschaft an ihre Muttergesellschaft oder zwischen Schwestergesellschaften ist dann eine kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung, wenn das Darlehen nicht zu Markt- bzw. Drittbedingungen gewährt worden ist. Solange das durch Art. 680 Abs. 2 OR geschützte Kapital durch die Ausschüttung nicht berührt ist, das Darlehen also nicht aus geschütztem, sondern aus frei verwendbarem Eigenkapital herrührt, liegt zwar kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor, doch führt eine solche Ausschüttung zu einer Sperrung des freien Eigenkapitals im Umfang des gewährten Darlehensbetrags. Blicke das nicht zu Marktbedingungen gewährte Darlehen bei der Bestimmung der ausschüttbaren Dividende unberücksichtigt, so würde das freie Eigenkapital zweimal verwendet. (E. 4.2) **(2)**



- Ein unbesichertes Darlehen in Höhe eines Millionenbetrags ist jedenfalls nicht als marktüblich anzusehen. Das Gleiche gilt wohl auch für Darlehen, die im Rahmen eines Cash Pools ausgerichtet werden. (E. 4.5) **(1)**

### **3. Frage (30%) (= 9 Punkte)**

Betrachten Sie den Entscheid BGE 88 II 98 ff. Wie würde der dem Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt nach heutigem Recht beurteilt?

- Würde das Bundesgericht diesen Sachverhalt nach heutigem Recht beurteilen, so ist davon auszugehen, dass es anders entscheiden würde. Es würde vermutlich entscheiden, dass die Veräusserung eigener Aktien an nur einen der Aktionäre unter den gegebenen Umständen mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar wäre. **(1)**
- Die Gleichbehandlung der Aktionäre durch den Verwaltungsrat war zwar schon im Aktienrecht vor 1991 als ungeschriebenes Prinzip anerkannt, doch ist es seither in Art. 717 Abs. 2 OR ausdrücklich verankert und hat dadurch eine Bestätigung und Verstärkung seitens des Gesetzgebers erfahren. **(1)**
- Mit gutem Grund hätte das Bundesgericht aber auch damals schon anders entscheiden können, war das Gleichbehandlungsprinzip doch, wie gesagt, bereits damals Teil des Aktienrechts. Das Bundesgericht führte damals zur Begründung seines Urteils an, dass der Verkauf der eigenen Aktien nicht im Beteiligungsverhältnis der Aktionäre zur Gesellschaft seinen Grund habe. Die Gesellschaft dürfe den Aktionären wie beim Abschluss jedes gewöhnlichen Rechtsgeschäfts entgegentreten, also wie wenn sie keine Aktionäre wären. Es ist jedoch fraglich, ob der Grund des Verkaufs der eigenen Aktien wirklich nicht im Beteiligungsverhältnis lag. Zwar betraf der Verkauf nicht die Rechtsstellung der Aktionäre hinsichtlich der Aktien, in deren Besitz sie bereits waren, doch berührte er hingegen sehr wohl ihre tatsächliche Stellung im Verhältnis zu den jeweils anderen Aktionären. Durch den Verkauf war nämlich die anteilmässige Beteiligung der Aktionäre an der Gesellschaft und damit ihre stimmen- und vermögensmässige Position in derselben geändert worden. Das Gleichbehandlungsprinzip gilt jedenfalls nach seinem heutigen Verständnis auch für tatsächliche Ungleichbehandlungen. **(5)**
- Gleich entscheiden wie damals würde das Bundesgericht wohl hingegen die Frage, ob die Vorschriften über den Schutz des Bezugsrechts bei Kapitalerhöhungen analog auch auf die Veräusserung eigener Aktien an Aktionäre anzuwenden seien. Bei der Kapitalerhöhung werden nämlich neue Aktien geschaffen. Methodologisch ist auch festzustellen, dass schlicht keine Gesetzeslücke besteht, welche einen Analogieschluss überhaupt erfordern oder zulassen würde. **(2)**



- **Andere Ansicht mit guter Begründung vertretbar.**

#### 4. Frage (20%) (= 6 Punkte)

Betrachten Sie den Entscheid BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001. Unter welchen Voraussetzungen muss gemäss diesem Entscheid der Richter trotz der Vorschrift von Art. 725 Abs. 2 OR nicht benachrichtigt werden?

Wie verhalten sich die betreffenden Ausführungen des Bundesgerichts zum Entwurf des Bundesrates für eine Revision des Aktienrechts vom 23. November 2016 (Gesetzesentwurf, Botschaft)?

- Von einer sofortigen Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR kann abgesehen werden, wenn konkrete Aussichten auf Sanierung bestehen und die Forderungen der Gläubiger nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage der Gesellschaft gefährdet werden. Es müssen mithin die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR gegeben sein. Die Gläubiger dürfen nicht schlechter gestellt werden, als wenn der Richter benachrichtigt würde. Die dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft muss erwartet und ihre Ertragskraft wiederhergestellt werden können. Unzulässig sind Massnahmen, die auf Kosten der Gläubiger lediglich den Zusammenbruch der Gesellschaft hinauszögern. (E. 4.b) **(1.5)**
- Die Verbesserung der Liquidität der Gesellschaft kann zwar eine Voraussetzung für die Fortführung der Geschäftstätigkeit sein, doch ist sie nur dann unproblematisch, wenn den Gläubigern das Haftungssubstrat erhalten bleibt. Nimmt die Gesellschaft weitere Kredite auf oder veräussert sie Vermögenswerte, wird die Sanierung nur gefördert, wenn zu erwarten ist, dass mit den Mitteln Gewinne erwirtschaftet werden. Die Erhöhung der Liquidität allein taugt aber nicht zur Sanierung, wenn nur Verluste erwirtschaftet werden. Schlechtem Geld soll nicht gutes Geld nachgeworfen werden. (E. 5.a) **(1.5)**
- Art. 725b Abs. 4 E-OR soll künftig ausdrücklich vorsehen, dass die Benachrichtigung des Gerichts in bestimmten Fällen unterbleiben kann. Ziff. 2 dieser Vorschrift steht dabei im Zusammenhang mit den Ausführungen des Bundesgerichts. Demnach soll künftig die Benachrichtigung unterbleiben können, solange zum einen eine begründete und konkrete Aussicht auf Sanierung, zum andern eine begründete und konkrete Aussicht besteht, dass sich die Verschuldung nicht wesentlich vergrössert. Ein Unterschied zwischen dem Entwurf des Bundesrates und der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht jedoch darin, dass nach der Rechtsprechung eine Vergrösserung der



Verschuldung der Gesellschaft zulässig ist, soweit die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger dadurch nicht zusätzlich gefährdet werden. **(2)**

- Neu soll im Interesse der Rechtssicherheit zudem eine Höchstfrist im Gesetz verankert werden. Für die Sanierungsbemühungen sollen künftig maximal 90 Tage zur Verfügung stehen. Reicht diese Frist nicht aus oder zeichnet sich ab, dass sich die Verschuldung trotz der Sanierungsbemühungen erhöht, so ist das Gericht zu benachrichtigen. **(1)**

### 5. Frage (30%) (= 9 Punkte + 1 Zusatzpunkt)

Betrachten Sie den Entscheid BGE 142 III 23 ff. Prüfen und beurteilen Sie die Voraussetzungen einer Verantwortlichkeitsklage eines der übrigen, nicht vor der Nachlassstundung befriedigten Gläubigers gegenüber den verantwortlichen Organen der SAirGroup.

- Passivlegitimation: Die Beklagten sind als Mitglieder des Verwaltungsrates bzw. der Geschäftsleitung formelle Organe der Gesellschaft. **(0.25)**
- Pflichtverletzung: Die Beklagten müssen ihre organschaftlichen Pflichten verletzt haben (Art. 754 Abs. 1 OR). Eine Pflichtverletzung mag man darin erblicken, dass die Beklagten an einige Gläubiger Geldsummen gezahlt haben, um bestehende Schulden zu tilgen, und dass sie dadurch die Lage der übrigen Gläubiger verschlechtern haben. Zunächst ist jedoch festzuhalten: Das Aktienrecht kennt keine Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger. **(1)**
  - Fraglich ist, ob die Pauliana-Tatbestände (Art. 286 ff. SchKG) aktienrechtliche Schutznormen oder Schutznormen im Sinne von Art. 41 OR zugunsten der Gläubiger sind. Die überwiegende Lehre lehnt dies ab. Der Mehrheitsmeinung dürfte zuzustimmen sein, zielt die Pauliana doch auf Restitution im Rahmen der Zwangsvollstreckung, nicht wie die Verantwortlichkeitsklage oder die Klage aus unerlaubter Handlung auf Ausgleichung begangenen Unrechts (Schadenersatz). **(1.5)**
  - Die Zahlungen könnten aber auch deswegen pflichtwidrig gewesen sein, weil sie nicht im Interesse der Gesellschaft erfolgt sind (Art. 717 Abs. 1 OR). Hier stellt sich die Frage, was das Interesse der Gesellschaft ist. Mit guten Gründen kann man vertreten, dass im Zeitpunkt, in dem die Beklagten diese Zahlungen vornahmen, die Fortführung des Fluggeschäfts im Interesse der Gesellschaft lag. **(1.5)**
  - Schliesslich könnte man auch in den Konkursstrafaten (Art. 163 ff. StGB) aktienrechtliche Schutznormen oder Schutznormen im Sinne von Art. 41 OR zugunsten der Gläubiger erblicken. Die Rechtsprechung lehnt dies freilich ab. **StGB-Artikel mussten nicht zitiert wer-**



**den, da das StGB kein für die Prüfung erforderliches Gesetz war. Eine Diskussion der Strafbarkeit war ebenfalls nicht nötig. (1.5)**

- Schaden:
  - Die Gesellschaft selbst ist nicht geschädigt. Indem die Beklagten durch die Zahlung der Geldsummen die Forderungen einiger Gläubiger beglichen haben, haben sie die Passiven der Gesellschaft (Schulden) im gleichen Umfang wie die Aktiven (Geld) vermindert. **(1)**
  - Geschädigt sind hingegen die Gläubiger, die durch diese Zahlungen nicht befriedigt worden sind. Indem die Beklagten durch diese Zahlungen das Verwertungssubstrat der Gesellschaft vermindert haben, ist auch die Konkursdividende jener Gläubiger vermindert worden. Der Schaden ist mithin unmittelbar in ihrem Vermögen eingetreten. **(1)**
  - Betrachtet man die Pauliana-Tatbestände als Schutznormen zugunsten der Gläubiger, dann sind die Ansprüche aus der Pauliana als Aktiva der Gesellschaft zu bilanzieren. In diesem Fall ist im Vermögen der Gesellschaft ein Schaden zumindest insoweit nicht eingetreten, als diese Ansprüche werthaltig sind (insoweit also, als die Zahlungen bei den befriedigten Gläubigern zurückgefordert werden können). **(1 ZP)**
- Aktivlegitimation: Der Schaden ist unmittelbar im Vermögen der Gläubiger eingetreten. Die Gläubiger sind deshalb aktivlegitimiert. **(0.25)**
- Kausalzusammenhang: Zwischen der Zahlung der Geldsummen an einige Gläubiger und der Verminderung des Verwertungssubstrats der anderen Gläubiger besteht ein adäquat natürlicher Kausalzusammenhang. **(0.25)**
- Verschulden: Die Beklagten waren urteilsfähig und haben bei der Vornahme der Zahlungen an die Gläubiger zumindest fahrlässig gehandelt. **(0.25)**
- Kein Klageausschlussgrund: Klageausschlussgründe (Verjährung, Entlastung, Einwilligung der Gesellschaft) sind nicht ersichtlich. **(0.25)**
- Ergebnis: Folgt man der herrschenden Meinung, so haben die übrigen Gläubiger keine Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. **(0.25)**
- **Andere Ansicht zur Pflichtwidrigkeit mit guter Begründung vertretbar.**

**(Total: 30 Punkte + 1 Zusatzpunkt)**

**Anmerkung: Für sehr gute Ausführungen können generell Zusatzpunkte vergeben werden. Das Maximum der Zusatzpunkte muss jedoch in einem massvollen Verhältnis zum Maximum der "ordentlichen" Punkte stehen.**

**Wie im Merkblatt erwähnt, wurde die Mündlichnote bei der Rundung von Viertelnoten berücksichtigt. Ihre Gesamtnote kann deshalb von der Notenskala**



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

**Rechtswissenschaftliches  
Institut**

Universität Zürich  
Lehrstuhl Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt  
Rämistrasse 74/35  
CH-8001 Zürich  
Telefon +41 (44) 634 31 27  
Telefax +41 (44) 634 49 80  
[www.rwi.uzh.ch/vogt](http://www.rwi.uzh.ch/vogt)

**abweichen. Die Genaue Zusammensetzung Ihrer Note ist am Lehrstuhl einsehbar.**