



Prüfung im Modul «Aktienrecht» vom 7. Juni 2022

Musterlösung vom 17. August 2022

1. Frage (30%) [max. 18 Punkte]

a. Nach Art. 717 Abs. 2 OR muss der Verwaltungsrat die Aktionäre «unter gleichen Voraussetzungen» gleich behandeln, und nach Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR sind Generalversammlungsbeschlüsse anfechtbar, wenn sie «eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken».

Wie ist im Einzelnen vorzugehen, wenn geprüft wird, ob der so umschriebene Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt worden ist?

Es sind vier Voraussetzungen zu prüfen:

1. Voraussetzung (zwei Untervarianten) [0.5 Punkte]

- Es liegen zwei Sachverhalte vor; oder
- es liegt ein Sachverhalt vor, wobei sich eine bestimmte Massnahme gegen einzelne Aktionäre richtet (ein Sachverhalt).

2. Voraussetzung: Die Massnahme muss einen Bezug zur Aktionärsstellung haben. [0.5 Punkte]

3. Voraussetzung: Es liegt eine ungleiche Behandlung vor, und zwar ungleich unter Einschluss der Tatsache, dass Aktionäre mit unterschiedlicher Beteiligung unterschiedlich behandelt werden (z.B. erhält ein Aktionär mit einer geringeren Beteiligung auch eine geringere Dividende). Eine ungleiche Behandlung kann in zwei Ausprägungen vorkommen: [0.5 Punkte]

- Eine ungleiche Behandlung kann darin bestehen, dass mit einer Massnahme Aktionäre ungleich behandelt werden.
- Eine ungleiche Behandlung kann auch darin bestehen, dass sich eine Massnahme bei den einzelnen Aktionären unterschiedlich auswirkt.

4. Voraussetzung: Die ungleiche Behandlung muss, damit sie nicht rechtswidrig ist, gerechtfertigt sein. Eine ungleiche Behandlung kann in folgenden Fällen gerechtfertigt sein:



- a. Es liegen ungleiche Sachverhalte vor. [0.5 Punkte]
- b. Die ungleiche Behandlung dient der Verfolgung von Gesellschaftsinteressen und ist insofern notwendig oder geboten. Bei der Beurteilung kommt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zur Anwendung. Im Einzelnen sind folgende Prüfungsschritte anzuwenden: [0.5 Punkte]
- i. Eignung: Die Massnahme muss geeignet sein, das verfolgte Gesellschaftsinteresse zu erreichen. [0.5 Punkte]
 - ii. Erforderlichkeit: Die Massnahme muss erforderlich sein, d.h., es darf keine mildere Massnahme vorliegen, mit der das verfolgte Gesellschaftsinteresse ebenfalls erreicht werden kann. Milder bedeutet dabei, dass die Interessen der anderen Aktionäre weniger beeinträchtigt werden. [0.5 Punkte]
 - iii. Verhältnismässigkeit im engeren Sinn: Es muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden, d.h., mit Blick auf das verfolgte Gesellschaftsinteresse muss die ungleiche Behandlung der anderen Aktionäre als zumutbar erscheinen. Bei der Interessenabwägung ist zu beachten, dass je mehr die beurteilte Massnahme die Interessen einer Aktionärsgruppe beeinträchtigt, desto höher sind die Anforderungen an das Gesellschaftsinteresse. [0.5 Punkte]

b. Betrachten Sie die «Informationsbroschüre, ausserordentliche Generalversammlung der Roche Holding AG vom 26.11.2021».

Beschreiben Sie, inwiefern der Rückkauf der Beteiligung der Novartis Holding AG (Novartis) an der Roche Holding AG durch die Roche Holding AG (Roche) den Gleichbehandlungsgrundsatz berührt hat?

- Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist dadurch berührt, dass die Roche der Novartis anbietet, ihre Aktien abzukaufen und dass die Roche dies den anderen Aktionären der Roche nicht anbietet. [1 Punkt]
- Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann auch dadurch berührt sein, dass das Angebot eines bestimmten Rückkaufpreises gegenüber der Novartis derart auswirkt, dass dadurch der Wert der Aktien und damit ein potenzieller Verkaufspreis für die anderen Aktionäre reduziert wird. [1 Punkt]



Beschreiben Sie, inwiefern der Verwaltungsrat in seinem Schreiben an die Aktionäre (Informationsbroschüre, S. 1–3) den Gleichbehandlungsgrundsatz anwendet, das heisst, sich in seiner Begründung auf die sich aus diesem Grundsatz ergebenden Anforderungen bezieht (ausdrücklich oder implizit).

Die Aussagen des Verwaltungsrats der Roche können wie folgt zu den oben genannten Voraussetzungen zugeordnet werden.

1. Voraussetzung

Der Verwaltungsrat der Roche hat am 4. November 2021 bekannt gegeben, dass er einen Vertrag zum Rückkauf der Beteiligung der Novartis an Roche unterzeichnet hat (vgl. Informationsbroschüre, S. 1). Gleichzeitig hat der Verwaltungsrat der Roche den anderen Aktionären der Roche kein Angebot zum Kauf ihrer Aktien unterbreitet. Es liegen somit zwei Sachverhalte vor. [1 Punkt]

2. Voraussetzung

Die Massnahme muss einen Bezug zur Aktionärsstellung haben.

[Zu dieser Voraussetzung hat sich der Verwaltungsrat in der Informationsbroschüre nicht geäussert.]

3. Voraussetzung

Es liegt eine ungleiche Behandlung vor.

- a. Eine ungleiche Behandlung kann darin bestehen, dass mit einer Massnahme Aktionäre ungleich behandelt werden.

Der Verwaltungsrat der Roche hat sich nur zum Rückkauf der Beteiligung der Novartis an der Roche verpflichtet. Mit anderen Aktionärsgruppen der Roche wurden keine vergleichbaren Verpflichtungen begründet. Zudem unterscheidet sich die Beteiligung der Novartis an der Roche nur hinsichtlich ihrer Höhe (ca. 33.33 % der Aktien und Stimmrechte; vgl. Informationsbroschüre, S. 1) von den Beteiligungen der anderen Aktionäre. Damit behandelt der Verwaltungsrat der Roche einen (Gross-)Aktionär anders als die anderen Aktionäre. Es liegt eine ungleiche Behandlung vor. [1 Punkt]

- b. Eine ungleiche Behandlung kann zudem darin bestehen, dass sich eine Massnahme bei den einzelnen Aktionären unterschiedlich auswirkt.



- *Der geplante Rückkauf wirkt sich auf die Grossaktionäre (insb. auf die Gründerfamilien) anders aus, weil sich deren Gesamtanteil an der Roche (und damit die Stimmrechte und die Kontrollrechte) vergrössert. Die Vergrösserung findet dadurch statt, dass eine bestimmte Schwelle (z.B. 66.66 %) überschritten wird (vgl. Informationsbroschüre, Ziff. 4). [1 Punkt]*
- *Die Vereinbarung eines bestimmten Rückkaufpreises gegenüber der Novartis kann sich derart auswirken, dass dadurch der Wert der Aktien und damit ein potenzieller Verkaufspreis für die anderen Aktionäre reduziert wird (vgl. Informationsbroschüre, Ziff. 3). Es liegt eine Ungleichheit betreffend Auswirkungen vor. [1 Punkt]*

4. Voraussetzung:

Die ungleiche Behandlung muss, damit sie nicht rechtswidrig ist, gerechtfertigt sein. Eine ungleiche Behandlung kann in folgenden Fällen gerechtfertigt sein:

- a. Es liegen ungleiche Sachverhalte vor.

Der Verwaltungsrat der Roche hat entschieden, dass er nur die Beteiligung der Novartis an Roche zurückkaufen wird. Die Beteiligung der Novartis unterscheidet sich aber nur bezüglich Höhe (Anzahl Aktien und Stimmrechte) von den Beteiligungen der anderen Aktionäre (vgl. Informationsbroschüre, S. 1). Aus der Informationsbroschüre ergeben sich auch keine Verpflichtungen der Roche, nur die Beteiligung der Novartis zurückzukaufen. Hinsichtlich der Möglichkeit von Roche, Beteiligungen von Aktionären zurückzukaufen, bestehen somit keine ungleichen Sachverhalte zwischen der Novartis und den anderen Aktionären. [1 Punkt]

- b. Die ungleiche Behandlung dient der Verfolgung von Gesellschaftsinteressen und ist insofern notwendig oder geboten.

Der Verwaltungsrat der Roche stützt sich in der Informationsbroschüre zweimal auf das Gesellschaftsinteresse, um die Massnahme zu rechtfertigen.

- *Einerseits besteht das Gesellschaftsinteresse in der Entflechtung der beiden Unternehmen und der Eliminierung von Einwirkungsmöglichkeiten der Novartis auf die Roche (vgl. Informationsbroschüre, Ziff. 1 und 2). [1 Punkt]*
- *Andererseits besteht ein Gesellschaftsinteresse (und ein Interesse der Anteilhaber) an einer kontrollierten Übernahme der Beteiligung der Novartis, um*



wegen der Marktsituation und der eingeschränkten Liquidität der Aktien einen langanhaltenden Kursdruck und entsprechende Unsicherheiten zu vermeiden (vgl. Informationsbroschüre, Ziff. 3). [1 Punkt]

Bei der Beurteilung der Massnahme kommt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zur Anwendung.

- i. Eignung: Die Massnahme muss geeignet sein, das verfolgte Gesellschaftsinteresse zu erreichen.

Der Rückkauf der Beteiligung der Novartis an der Roche ist geeignet, eine Entflechtung der beiden Unternehmen herbeizuführen. Zudem eignet sich die Transaktionsform auch, um einen langanhaltenden Kursdruck zu vermeiden (vgl. Informationsbroschüre, Ziff. 2 und 3). [1 Punkt]

- ii. Erforderlichkeit: Die Massnahme muss erforderlich sein, d.h., es darf keine mildere Massnahme vorliegen, mit der das verfolgte Gesellschaftsinteresse ebenfalls erreicht werden kann. Milder bedeutet dabei, dass die Interessen der anderen Aktionäre weniger beeinträchtigt werden.

Andere Transaktionsformen, wie z.B. ein Abverkauf der Beteiligung der Novartis über den Markt oder eine Platzierung durch die Novartis, sind ungeeignet bzw. entsprechen nicht dem Gesellschaftsinteresse und dem Interesse der Anteilsinhaber der Roche, weil es aufgrund der Marktsituation und der geringen Liquidität der Aktien zu einem langanhaltenden Kursdruck kommen könnte (vgl. Informationsbroschüre, Ziff. 3). [1 Punkt]

- iii. Zumutbarkeit/Verhältnismässigkeit im engeren Sinn: Es muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden, d.h., mit Blick auf das verfolgte Gesellschaftsinteresse muss die ungleiche Behandlung der anderen Aktionäre als zumutbar erscheinen. Bei der Interessenabwägung ist zu beachten, dass je mehr die beurteilte Massnahme die Interessen einer Aktionärsgruppe beeinträchtigt, desto höher sind die Anforderungen an das Gesellschaftsinteresse. Der Verwaltungsrat der Roche führt an mehreren Stellen in der Informationsbroschüre aus, weshalb die Massnahme zumutbar bzw. angemessen ist:



- *Die Transaktion führt nicht zu einer Bevorteilung des anderen Grossaktionärs, namentlich der Gründerfamilien. Obwohl sich deren Stimmrechte leicht erhöhen, kann nicht von einem Kontrollwechsel gesprochen werden, da die Gründerfamilien schon zuvor die Mehrheit hielten (vgl. Informationsbroschüre, Ziff. 4). [1 Punkt]*
- *Der Rückkauf der Beteiligung der Novartis erfolgt zu einem angemessenen Preis pro Aktie. Eine von einer Grossbank eingeholte Fairness Opinion stellte fest, dass der vereinbarte Preis pro Aktie auch für die Roche finanziell angemessen ist (vgl. Informationsbroschüre, Ziff. 5). [1 Punkt]*
- *Vom Rückkauf der Beteiligung der Novartis und der anschliessenden (beantragten) Kapitalherabsetzung profitieren sämtliche Aktionäre der Roche gleichmässig, weil es zu einer Gewinnverdichtung und zu einer Aufnahme in den Swiss Performance Index kommt (vgl. Informationsbroschüre, Ziff. 6). [1 Punkt]*



2. Frage (30%) [max. 18 Punkte]

Betrachten Sie das Urteil des Kantonsgerichts Zug A3 2015 27 vom 27.10.2016.

a. Welches war die vom Gericht konkret zu beantwortende Streitfrage und wie und mit welcher Begründung (zusammengefasst) hat es sie beantwortet?

Streitfrage:

- Die zu beantwortende Streitfrage war, ob die Beschlüsse der Generalversammlung der Sika vom 14. April 2015 anfechtbar und deshalb aufzuheben sind, weil der Verwaltungsrat der Sika die Stimmrechte der SWH in der Generalversammlung auf 5 % beschränkte. [1 Punkt]

Wie hat das Gericht die Streitfrage beantwortet?

Das «Wie» legte das Gericht in Erwägungsziffer 3 dar:

- «Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Anfechtungsklage gemäss Art. 706 Abs. 1 OR erfüllt sind. Dazu sind vorab diese Voraussetzungen darzulegen (E. 3.1), die Voraussetzungen wie Aktiv- und Passivlegitimation sowie Wahrung der Anfechtungsfrist zu prüfen (E. 3.2), die Beweislast zu verteilen (E. 3.3) und der Prozessstoff zu bestimmen (E. 3.4).
 - Anschliessend ist Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten – auf diese Bestimmung stützt die Beklagte die Beschränkung der Stimmrechte – auszulegen und zu prüfen, ob die SG-Transaktion unter diese Bestimmung zu subsumieren ist (E. 4). [1 Punkt]
 - Sodann ist – ebenfalls mittels Auslegung – zu klären, ob der Versuch der Klägerin, bisherige Verwaltungsräte der Beklagten nicht wiederzuwählen und neue Verwaltungsräte zu wählen, eine vom Anwendungsbereich der Vinkulierungsbestimmung erfasste (Umgehungs-)Handlung darstellt (E. 5). [1 Punkt]
 - Im Anschluss daran ist zu erörtern, ob die Beschränkung des Stimmrechts eine zulässige Rechtsfolge des versuchten Umgehungsgeschäfts ist (E. 6). [...]» [1 Punkt]



Begründung des Gerichts:

- Subsumption der SG-Transaktion unter den Anwendungsbereich von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten (E. 4).
 - o Das Gericht folgerte aus der Auslegung von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten, dass die Bestimmung über den Wortlaut hinaus auch auf den «indirekten Verkauf» der Sika-Namenaktien mittels Verkauf der SWH-Aktien anwendbar ist (vgl. E. 4.4). [1 Punkt]
 - o Das Gericht stützte sich dabei insbesondere auf die systematische und teleologische Auslegung von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten: [1 Punkt]
 - Aus der systematischen Auslegung folgerte es, dass die Vinkulierungsklausel wirtschaftlich zu betrachten ist, mithin der indirekte Verkauf von Sika-Namenaktien mittels Verkauf aller SWH-Aktien an Saint-Gobain von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten gleichermassen erfasst ist wie der direkte Verkauf (vgl. E. 4.5).
 - Aus der teleologischen Auslegung folgerte es, dass der Zweck einer Prozentvinkulierung im Erhalt bzw. im Schutz der wirtschaftlichen Selbständigkeit der betroffenen Gesellschaft liegt (vgl. 4.7).
 - o Weil die geplante SG-Transaktion einen Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit von Sika bedeutet hätte, hat der Verwaltungsrat der Sika die Vinkulierungsbestimmung berechtigterweise auf die SG-Transaktion angewandt (vgl. E. 4.8). [1 Punkt]
- Subsumption des Neubesetzungsversuchs des Verwaltungsrats als ein von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten umfasstes Umgehungsgeschäft (E. 5):
 - o Das Gericht stellte zunächst fest, dass eine Umgehung einer Vinkulierungsbestimmung (und damit eine Handlung, die unter den durch Auslegung ermittelten Anwendungsbereich der Bestimmung fällt) vorliegt, wenn mit formell zulässigen Mitteln – namentlich der Neubesetzung des Verwaltungsrates – faktisch ein nach Sinn und Zweck der Vinkulierungsbestimmung verpöner Zustand geschaffen wird (vgl. E. 5.1). [1 Punkt]
 - o Das Gericht stützt sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach sich rechtsmissbräuchlich verhält, wer seine vinkulierten Aktien verkauft und sich verpflichtet, sein Stimmrecht an der Generalversammlung dahingehend auszuüben, dass ihm unterworfenen Personen in den Verwaltungsrat gewählt werden, worauf mit



- Erfolg um Genehmigung der Aktienübertragung nachgesucht werden kann (vgl. BGE 81 II 534 E. 3; 90 II 235 E. 4d; 109 II 43 E. 3b) (vgl. E. 5.2). [1 Punkt]
- Aus diesen Entscheiden folgte das Gericht, dass eine Nichtwiederwahl oder eine Neuwahl bestimmter Verwaltungsräte eine Umgehung einer Vinkulierungsbestimmung darstellt, die als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist, zweierlei erfordert: [1 Punkt]
 - Erstens muss mit der Wahl einzig bezweckt werden, einen Verwaltungsrat zu bestellen, der die Vinkulierungsvorschrift nicht anwendet (vgl. E. 5.4). Das Gericht stellte sich bezüglich der ersten Voraussetzung auf den Standpunkt, dass die Neubesetzungsversuche der SWH einzig dem Zweck dienen, die SG-Transaktion um- und durchzusetzen (vgl. E. 5.4.1 ff.).
 - Zweitens muss eine rechtliche Verpflichtung oder ein Äquivalent bestehen, dass Stimmrecht an diesen Verwaltungsratswahlen im Interesse des Erwerbers auszuüben (vgl. E. 5.5). Das Gericht stellte sich bezüglich der zweiten Voraussetzung auf den Standpunkt, dass zwischen der SWH und Saint-Gobain eine – rechtliche wie faktische – Stimmbindung bestand, aufgrund dessen sich die SWH verpflichtete, jene Verwaltungsratsmitglieder der Sika zu ersetzen, welche Handlungen oder Verhaltensweisen an den Tag legen, welche die SG-Transaktion hindern (vgl. E. 5.5.1 ff.).
 - Zulässigkeit der Unterbindung der Neubesetzungsversuche durch Beschränkung der Stimmrechte auf 5 % (E. 6).
 - Das Gericht prüfte in einem dritten Schritt die möglichen Rechtsfolgen, die sich aus dem Umstand ergeben, dass die Neubesetzungsversuche des Verwaltungsrates der Sika eine Umgehung von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten darstellten (vgl. E. 6). [1 Punkt]
 - Das Gericht stützte sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach auf ein Umgehungsgeschäft die umgangene Gesetzes-, Statuten- oder Vertragsbestimmung anwendbar ist (BGE 125 III 257 E. 3b). Das Gericht wendete deshalb die umgangene oder zu umgehende Statutenbestimmung, nämlich Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten, bereits analog zu einem Zeitpunkt an, zu dem der Vinkulierungsfall noch nicht eingetreten ist (die SWH-Aktien wurden noch nicht übertragen). Das Gericht anerkannte damit eine Vorwirkung von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten (vgl. E. 6.2). [1 Punkt]



b. Welche Rolle spielte es für das Gericht in seiner Begründung, ob der Verkauf der Schenker-Winkler-Holding-Aktien an Saint-Gobain im Interesse der Sika AG lag?

- Die wirtschaftlichen Interessen der Sika an der SG-Transaktion wurden vom Gericht grundsätzlich nicht berücksichtigt. Es spielte insbesondere keine Rolle, ob der SG-Transaktion eine «industrielle Logik» zugrunde liegt, ob also Synergiepotentiale zwischen SG und Sika realisierbar waren (vgl. E. 8.2). [1 Punkt]
- Das Gesellschaftsinteresse an der SG-Transaktion wäre vom Gericht dann berücksichtigt worden, wenn der Entscheid bezüglich Beschränkung des Stimmrechts der SWH als ablehnender Entscheid im Sinne von Art. 685c Abs. 3 i.V.m. Art. 685b Abs. 2 OR aufzufassen gewesen wäre (das Gericht lehnte dies jedoch ab). In diesem Fall wäre zumindest kein offenkundiger Verstoss gegen das Gesellschaftsinteresse zu erkennen gewesen, weil sich selbst Fachpersonen nicht einig waren, ob die SG-Transaktion vorteilhaft oder unvorteilhaft für die Sika gewesen wäre (vgl. E. 8.3). [1 Punkt]

c. Die Namenaktien der Sika AG waren Stimmrechtsaktien. Was bedeutet das? [max. 1 Punkt]

- Mit der Einführung von Stimmrechtsaktien werden zwei Aktienkategorien geschaffen: Stammaktien und Stimmrechtsaktien.
- Stimmrechtsaktien weisen bei gleichem Stimmrecht («one share, one vote») einen tieferen, statutarisch festgelegten Nennwert auf (vgl. Art. 693 Abs. 1 OR).
- Stimmrechtsaktien verleihen dem Rechtsinhaber deshalb eine im Verhältnis zum Kapitaleinsatz höhere Stimmkraft in der Generalversammlung.
- Die Stimmkraft der Stimmrechtsaktie ist gesetzlich auf das Zehnfache beschränkt (Art. 693 Abs. 2 OR).

Welche Rolle spielte es für das Gericht in seiner Begründung, dass die Sika-Aktien, die die Schenker-Winkler Holding AG hielt, Stimmrechtsaktien waren?

- Das Gericht führte im Rahmen der teleologischen Auslegung aus, dass die SWH mit ihren Stimmrechtsaktien bei einer Kapitalbeteiligung von «nur» 16,97 % die Stimmenmehrheit an der Sika innehatte. Dies entspricht einem Hebel von eins zu sechs. Dieser Stimmrechtshebel



erlaubte den Namenaktionären ihre eigenen Interessen – und damit praktisch ausschliesslich die Interessen der SWH – ausreichend durchzusetzen. Deshalb sei es gerechtfertigt, das Schutzbedürfnis der Inhaberaktionäre im Zusammenhang mit der Vinkulierung höher zu gewichten und eine Anwendbarkeit von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten auf die SG-Transaktion zuzulassen (vgl. E. 4.7.4). [1 Punkt]

- Die Ausführungen des Gerichts unter E. 4.7.4 sind im Zusammenhang mit der teleologischen Auslegung von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten zu verstehen (vgl. hierzu E. 4.7). Zweck einer Vinkulierung ist es, unerwünschte Einflussnahmen auf die innergesellschaftliche Willensbildung auszuschliessen. Eine Prozentvinkulierung bezweckt dabei insbesondere, den Erhalt der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Unternehmens zu gewährleisten (vgl. E. 4.7.1). [1 Punkt]
- Die teleologische Auslegung von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten ist zudem im Zusammenhang mit der eigentlichen Streitfrage zu verstehen (vgl. E. 4). Die Verweigerung der Anwendung der Vinkulierungsbestimmung nach Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten würde bedeuten, dass die wirtschaftliche Selbständigkeit der Sika verloren ginge, was aber genau dem Zweck der Bestimmung entspricht. [1 Punkt]
- Aus den oben genannten Gründen spielte es für das Gericht in seiner Begründung bezüglich Anwendbarkeit von Ziff. 4 Abs. 1 der Sika-Statuten auf die SG-Transaktion eine Rolle, dass die Sika-Aktien, die die SWH hielt, Stimmrechtsaktien waren.



3. Frage (20%) [max. 12 Punkte]

Betrachten Sie Art. 725–725b revOR (Beschluss vom 19.6.2020, Inkrafttreten am 1.1.2023).

Was sind die hauptsächlichsten Unterschiede zwischen den genannten Bestimmungen und Art. 725 OR (gemäss geltendem Recht)?

Lösungsschema

Da die Frage auf einen Vergleich zwischen den Bestimmungen von Art. 725–725b revOR und Art. 725 OR abzielt, folgt die Lösung folgendem Schema:

- A. Wortlautanalyse des bisherigen Rechts nach Art. 725 OR. [jeweils 0,5 Punkte]
- B. Wortlautanalyse der neuen Bestimmung. [jeweils 0,5 Punkte]
- C. Vergleich zwischen den Bestimmungen mit Fokus auf die Unterschiede. [jeweils 0,5 Punkte]

Neuer Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit [max. 4 Punkte]

- Art. 725 Abs. 1 OR regelt nach seinem Wortlaut die Voraussetzungen des Kapitalverlusts und dessen Rechtsfolgen.
- Art. 725 Abs. 1 revOR bestimmt dagegen, dass «[d]er Verwaltungsrat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft [überwacht]».
- Ein Vergleich zeigt somit, dass Art. 725 Abs. 1 revOR dem Verwaltungsrat eine neue Pflicht, namentlich die Pflicht zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft, auferlegt.
- Art. 725 Abs. 1 revOR enthält keine Erklärung dazu, unter welchen Umständen von einer «Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft» auszugehen ist.
- Art. 725 Abs. 2 revOR hält die Rechtsfolgen im Fall einer drohenden Zahlungsunfähigkeit fest. Der Verwaltungsrat hat «Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit» zu ergreifen und, soweit erforderlich, trifft er «weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche». Schliesslich reicht er nötigenfalls ein «Gesuch um Nachlassstundung» ein.
- [Auch weitere, einschlägige Vergleiche zwischen Art. 725 OR und Art. 725 revOR sind denkbar und können benotet werden.]



Tatbestand des Kapitalverlusts [max. 4 Punkte]

- Nach Art. 725 Abs. 1 OR liegt ein Kapitalverlust vor, wenn «die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist».
- Nach Art. 725a Abs. 1 revOR liegt ein Kapitalverlust vor, wenn «die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken».
- Ein Vergleich zeigt, dass Art. 725a Abs. 1 revOR den Kapitalverlust in einem neuen Wortlaut wiedergibt. Einerseits wurde der Wortlaut an die neue gesetzliche Aufteilung der Reserven in eine «gesetzliche Kapitalreserve» (Art. 671 revOR) und eine «gesetzliche Gewinnreserve» (Art. 672 revOR) angepasst. Andererseits wurde die Formel «Aktiven abzüglich Verbindlichkeiten» hinzugefügt, um die Position des Eigenkapitals zu beschreiben. Diese Formel ist in Art. 725 Abs. 1 OR nicht enthalten und musste durch Auslegung ermittelt werden.
- Ein weiterer Unterschied zwischen Art. 725 Abs. 1 OR und Art. 725a Abs. 1 revOR besteht auch betreffend Rechtsfolgen eines Kapitalverlusts. Gemäss Art. 725 Abs. 1 OR muss der Verwaltungsrat «unverzüglich eine Generalversammlung ein[berufen] und ihr Sanierungsmassnahmen [beantragen]».
- Nach Art. 725a Abs. 1 revOR muss der Verwaltungsrat neu zunächst «Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts» ergreifen. Zudem trifft er, soweit erforderlich, «weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen».
- Der Vergleich zeigt, dass der Verwaltungsrat im neuen Recht nicht mehr unverzüglich eine Generalversammlung einberufen muss, um ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen.
- [Auch weitere, einschlägige Vergleiche zwischen Art. 725 OR und Art. 725a revOR sind denkbar und können benotet werden.]



Tatbestand der Überschuldung [max. 4 Punkte]

- Art. 725 Abs. 2 OR regelt die Rechtsfolgen einer Überschuldung, ohne darauf einzugehen, wann eine Überschuldung vorliegt.
- Nach Art. 725b Abs. 1 revOR liegt eine Überschuldung vor, wenn «die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind».
- Ein Vergleich zeigt, dass das neue Recht die Überschuldung ausdrücklich definiert: Sie liegt vor, wenn «die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind».
- Bezüglich der Rechtsfolgen lässt sich festhalten, dass sowohl nach dem alten als auch dem neuen Recht je ein Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und Veräusserungswerten zu erstellen ist, falls die begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht. Im neuen Recht ist jedoch klar geregelt, in welcher Situation nur ein Zwischenabschluss zu Fortführungszwecken oder nur einer zu Veräusserungswerten zu erstellen ist.
- Der Vergleich zeigt, dass der Verwaltungsrat weiterhin das Gericht zu benachrichtigen hat, wenn die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenabschlüssen überschuldet ist (vgl. Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR und Art. 725b Abs. 3 revOR).
- Die Pflicht zur Prüfung des Zwischenabschlusses durch die Revisionsstelle oder einen zugelassenen Revisor bleibt unverändert (vgl. Art. 725 Abs. 3 OR und Art. 725b Abs. 2 revOR).
- Nach dem bisherigen Art. 725 Art. 2 Satz 2 OR konnte eine Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben, sofern «Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten». Die Ausnahme findet sich auch im neuen Recht in Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR.
- Zusätzlich kann im neuen Recht die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben, wenn «begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüssen, behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden» (vgl. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR). Hier wurde versucht die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur sog. Toleranzfrist ins Gesetz zu transferieren (vgl. BGE 132 III 546 E. 5.1, 573; BGer 6B_492/2009, 18.1.2010, E. 2.2; 9C_330/2010, 18.1.2011, E. 5.2).
- Die Frist von 90 Tagen in Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR ist jedoch sehr lange ausgefallen, sah die Bundesgerichtspraxis doch eine Toleranzfrist von «wenige[n] Wochen» vor (vgl. BGer 6B_492/2009, 18.1.2010, E. 2.2; 9C_330/2010, 18.1.2011, E. 5.2).



- Bei einem Vergleich zwischen Art. 725 Abs. 3 OR und Art. 725b Abs. 5 revOR stellt man fest, dass sich der Wortlaut nicht verändert hat. Dies gilt jedoch nur für den Tatbestand der Überschuldung und nicht auch für denjenigen des Kapitalverlusts (vgl. dazu den Wortlaut von Art. 725a Abs. 2 revOR).
- [Auch weitere, einschlägige Vergleiche zwischen Art. 725 OR und Art. 725b revOR sind denkbar und können benotet werden.]

4. Frage (20%) [max. 12 Punkte]

Betrachten Sie die Entscheide BGer 4A_306/2009 vom 8.2.2010, E. 7.1, und BGer 4A_268/2018 vom 18.11.2019, E. 5.

Unter welchen Voraussetzungen sind gemäss diesen Entscheiden die Organe der Muttergesellschaft faktische Organe der Tochtergesellschaft?

- Das Bundesgericht geht von folgendem Begriff eines faktischen Organs aus: «Als mit der Verwaltung oder Geschäftsführung betraut im Sinne dieser Bestimmung gelten nicht nur Entscheidungsorgane, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind, sondern auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehalten Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.» (vgl. BGer 4A_268/2018 E. 5; BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1). [1 Punkt]
- Faktische Organe sind auch für pflichtwidrige Unterlassungen verantwortlich, wenn im Rahmen des an sich wahrgenommenen Aufgabenbereichs ein Tätigwerden erforderlich gewesen wäre (vgl. BGer 4A_268/2018 E. 5). [1 Punkt]
- Eine faktische Organschaft in der Tochtergesellschaft entsteht unter zwei Voraussetzungen:
 - o Variante 1: Das faktische Organ muss in der Tochtergesellschaft «organtypische Funktionen» wahrnehmen, d.h., dass das faktische Organ die Kompetenzen eines formellen Organs usurpiert oder diese delegiert erhält (vgl. BGer 4A_268/2018 E. 5). [1 Punkt]



Variante 2: Das faktische Organ muss in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide wahrnehmen (vgl. BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1).¹

- Die als faktisches Organ handelnde Person muss aufgrund ihrer effektiven Entscheidungsgewalt in der Lage sein, den durch die Verletzung einer entsprechenden Pflicht eingetretenen Schaden zu verhindern (vgl. BGer 4A_268/2018 E. 5; BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1). [1 Punkt]
- Die blosser Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochtergesellschaft begründet regelmässig keine Organverantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft (vgl. BGer 4A_268/2018 E. 5). [1 Punkt]
- Auch genügt die blosser Mithilfe bei der Entscheidung nicht, um eine Organstellung zu begründen (vgl. BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1). [1 Punkt]

Unter welchen – zusätzlichen oder anderen – Voraussetzungen ist gemäss diesen Entscheiden die Muttergesellschaft ein faktisches Organ der Tochtergesellschaft?

- Als faktische Organe kommen – neben natürlichen – auch juristische Personen in Betracht (vgl. BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1). [1 Punkt]
- Eine Muttergesellschaft kann als faktisches Organ der Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR unterstehen, wenn sie sich als herrschende Gesellschaft in die Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischt (vgl. BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1). [1 Punkt]
- Eine blosser Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochter begründet i.d.R. keine Organverantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft (vgl. BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1). [1 Punkt]
- Für die faktische Organschaft der Muttergesellschaft wird – wie bei derjenigen der natürlichen Personen – vorausgesetzt, dass die Muttergesellschaft organtypische Funktionen in der Tochtergesellschaft wahrnimmt (vgl. BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1). [1 Punkt]

¹ Hinweis für die Korrektur: Beide Varianten sind korrekt, aber eine der beiden sollte gewählt werden.



- Eine Haftung der Muttergesellschaft als faktisches Organ kann insbesondere dann eintreten, wenn die Organe der Tochtergesellschaft gleichzeitig Organe der Muttergesellschaft, mithin Doppelorgane sind, und sich in der Eigenschaft als Organ der Muttergesellschaft in die Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischen und dieser dabei einen Schaden verursachen (vgl. BGer 4A_306/2009 E. 7.1.2). [1 Punkt]
- Im Fall der Doppelorganschaft kann es überdies zu einer Haftung des Organs der Muttergesellschaft nach Art. 722 für dessen rechtswidriges Handeln kommen (vgl. BGer 4A_306/2009 E. 7.1.2). [1 Punkt]

[Total: 60 Punkte]

Anmerkung:

Wie in Ziff. II. des Merkblatts erwähnt, ist die Note aus der schriftlichen Prüfung zu 80 %, die Note aus der mündlichen Beteiligung zu 20 % bei der Festsetzung der Endnote berücksichtigt worden. Die Note aus der mündlichen Beteiligung kann am Lehrstuhl eingesehen werden.