

Andreas Furrer
(Herausgeber / éditeur)

Aktuelle Anwaltspraxis **La pratique de l'avocat**

2011

Unter Mitarbeit von MLaw Michel Verde



Stämpfli Editions SA Berne
Stämpfli Verlag AG Bern

Neues bei AG und GmbH / Nouveautés SA et Sàrl

Lukas Glanzmann* / Rita Trigo Trindade**

Inhaltsverzeichnis

I.	Rechtsprechung / Jurisprudence.....	669
1.	Aktienrecht / Droit de la société anonyme	669
a)	Rechnungslegungsrecht: Bildung von Rückstellungen / Droit comptable: constitution de provisions	669
b)	Sonderprüfung / Contrôle spécial.....	670
c)	Generalversammlung: Wer ist Aktionär? / Assemblée générale: qui est actionnaire?.....	672
d)	Vertretungsmacht des Verwaltungsrats / Pouvoir de représentation du conseil d'administration	674
e)	Überschuldungsanzeige / Avis de surendettement.....	676
f)	Auflösung der Gesellschaft / Dissolution de la société.....	677
aa)	Mängel in der Organisation / Carences dans l'organisation.....	677
bb)	Auflösungsklage / Action en dissolution.....	680
g)	Verantwortlichkeit / Responsabilité.....	683
aa)	Verantwortliche Personen / Personnes responsables	683
bb)	Pflichten des Verwaltungsrats / Obligations du conseil d'administration	690
cc)	Schadensberechnung bei Konkursverschleppung / Calcul du dommage en cas de retard dans l'avis au juge.....	696
dd)	Einreden / Objections	697
2.	GmbH / Sàrl.....	702
a)	Handeln im Namen der zu gründenden Gesellschaft / Actes faits au nom de la société en formation.....	702
b)	Parteistellung der Geschäftsführer / Qualité de partie des gérants.....	703

* PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zurich, Privatdozent an der Universität St. Gallen.

** Prof. Dr., Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

c) Verantwortlichkeit / Responsabilité	704
aa) Gründer / Fondateurs	704
bb) Geschäftsführer / Gérants	706
3. Fusionsgesetz: „Squeeze-out“ Fusion	707
II. Gesetzgebung: Stand der Aktienrechtsrevision / Législation: Etat de la révision du droit de la société anonyme	709

I. Rechtsprechung / Jurisprudence

1. Aktienrecht / Droit de la société anonyme¹

a) *Rechnungslegungsrecht: Bildung von Rückstellungen / Droit comptable: constitution de provisions*

Im Bereich des Rechnungslegungsrechts konnte sich das Bundesgericht mit der Bestimmung von Art. 669 Abs. 1 OR befassen, wonach Rückstellungen vorgenommen werden müssen, soweit sie nach allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen notwendig sind.² Rückstellungen sind insbesondere zu bilden, um ungewisse Verpflichtungen und drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu decken. Ist neben der Höhe auch das Entstehen der Verpflichtung ungewiss, so sind die Erfahrung des Kaufmanns sowie das sog. Vorsichtsprinzip nach Art. 662a Abs. 2 Ziff. 3 OR massgebend. Im Gegensatz zu den IFRS-Regeln, die bei einer Wahrscheinlichkeit des Mittelabflusses von über 50 % eine Rückstellung in voller Höhe vorschreiben, demgegenüber jedoch bei einer Wahrscheinlichkeitseinschätzung von unter 50 % keine Rückstellung zulassen, sondern einen Vermerk im Anhang vorsehen, kann nach Art. 669 Abs. 1 OR unter Umständen eine Rückstellung in der Bilanz bereits bei einer Wahrscheinlichkeit von 50 % oder darunter angebracht sein. In einem solchen Fall kann die angemessene Lösung in der Rückstellung eines Teilbetrags des schlimmstmöglichen Ausgangs bestehen, wenn ein Versicherer, der viele solche Risiken in seinen Büchern hätte, eine Rückstellung in einem solchen Betrag, welcher der Wahrscheinlichkeit entspricht, für nötig erachten würde.³

Notizen / Notes:

Das Bundesgericht bestätigt in diesem Entscheid, dass nach Obligationenrecht relativ viel Spielraum für die Bildung stiller Reserven besteht. Im Gegensatz zu internationalen Standards, bei denen die Regel gilt, dass eine Rückstellung nur gebildet werden darf „if it is more likely than not“, dass eine Verbindlichkeit entstehen wird (d.h. bei einer Wahrscheinlichkeit von über 50 %), hat der Verwaltungsrat nach Obligationenrecht die Möglichkeit (und manchmal sogar die Pflicht), auch bei einer Wahrscheinlichkeit von

¹ Die Zusammenfassungen der Entscheide entstammen den Publikationen von LUKAS GLANZMANN, Aktienrecht, in: Baker & McKenzie Zürich, Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2009/2010, Zürich 2010 und DERS., Aktienrecht, in: Baker & McKenzie Zürich, Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2010/2011, Zürich 2011.

² BGer 4A_277/2010 vom 2. September 2010.

³ Erwägung 2.1.

unter 50 % Rückstellungen zu bilden. Damit können auch stille Reserven gebildet werden.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral confirme que le droit des obligations laisse une marge de manœuvre considérable pour la constitution de réserves latentes. Alors que selon les standards internationaux la constitution d'une provision n'est admise que lorsque l'obligation est «more likely than not», i.e. lorsque sa probabilité dépasse 50 %, selon le droit des obligations le conseil d'administration peut (et, quelquefois, doit) provisionner, même si cette probabilité est inférieure à 50 %. Cela permet aussi la constitution de réserves latentes.

b) Sonderprüfung / Contrôle spécial

Dans un ATF non publié au recueil officiel, le Tribunal fédéral s'est exprimé sur le contrôle spécial.⁴ Il a saisi cette occasion pour se prononcer de manière détaillée sur les conditions matérielles du contrôle spécial.

Selon l'art. 697a al. 1 CO, le contrôle spécial doit être nécessaire à l'exercice des droits des actionnaires (principe de nécessité) et suppose l'exercice préalable du droit aux renseignements ou à la consultation des pièces (principe de subsidiarité). S'agissant du principe de subsidiarité, il y a lieu de veiller à ce que la demande tendant à l'institution d'un contrôle spécial se recouvre autant que possible avec la demande préalable en renseignements ou en consultation des pièces. Le conseil d'administration ne saurait certes se retrancher derrière une interprétation uniquement littérale des questions posées, mais il appartient aussi aux actionnaires de formuler leurs questions avec un certain soin dans la demande préalable. En particulier, ils doivent formuler leurs questions de manière aussi claire que possible, au vu de l'état de leurs connaissances.⁵ L'exigence de nécessité n'est réalisée que lorsque le requérant peut faire valoir un intérêt actuel et digne de protection. Celui-ci fait défaut lorsque les faits devant faire l'objet d'un contrôle spécial sont déjà connus grâce aux informations délivrées par le conseil d'administration. En revanche, on reconnaîtra l'existence d'un intérêt si le conseil d'administration a donné une réponse incomplète ou fausse lors de l'assemblée générale.⁶ Par ailleurs, l'objet du contrôle spécial doit viser des faits déterminés (art. 697a al. 1 OR). Pour autant que cet objet soit clairement délimité, le contrôle peut porter sur de nombreux faits. La délimitation doit porter sur le type d'événements à examiner (par exemple un type déterminé de transactions) et la période visée.⁷

⁴ ATF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010.

⁵ Consid. 3.1.1.

⁶ Consid. 3.1.2 avec renvoi à ATF 123 III 261.

⁷ Consid. 3.1.4.

Pour que le juge ordonne un contrôle spécial, il faut enfin rendre vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697b al. 2 CO).⁸

Notizen / Notes:

Um erfolgreich ein Sonderprüfungsbegehren stellen zu können, sind folgende materiellrechtlichen Voraussetzungen notwendig:

Die Sonderprüfung muss zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein und vorgängig muss das Auskunfts- bzw. Einsichtsrecht ausgeübt worden sein. Das Auskunfts- bzw. Einsichtsrecht muss sich auf die gleichen Sachverhalte bezogen haben wie die Sonderprüfung, wobei der Aktionär kein Rechtsschutzinteresse mehr hat, wenn er die fraglichen Tatsachen bereits kennt.

Der Gegenstand der Sonderprüfung muss sich auf bestimmte Sachverhalte beziehen, d.h. er muss klar abgegrenzt sein. Dies verhindert nicht, dass sich die Abklärung auf zahlreiche Tatsachen erstrecken kann.

Schliesslich muss der Gesuchsteller glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben.

Pour avoir des chances de succès, une requête tendant à l'institution d'un contrôle spécial doit remplir les conditions matérielles suivantes:

Le contrôle spécial doit être nécessaire à l'exercice des droits des actionnaires et suppose l'exercice préalable du droit aux renseignements ou du droit à la consultation des pièces. Le droit aux renseignements ou à la consultation des pièces doit se rapporter au même état de fait que celui visé par le contrôle spécial, étant précisé que l'actionnaire qui connaît les faits en cause est dénué d'intérêt juridique digne de protection.

L'objet du contrôle spécial doit se rapporter à des états de faits précis, i.e. il doit être clairement délimité. Cela n'empêche pas le contrôle spécial de s'étendre à de nombreux faits.

Enfin le requérant doit rendre vraisemblable que des fondateurs ou des organes aient violé la loi ou les statuts et ainsi lésé la société ou les actionnaires.

⁸ Consid. 3.1.3 avec renvoi à ATF 120 II 393.

c) *Generalversammlung: Wer ist Aktionär? /
Assemblée générale: qui est actionnaire?*

Art. 689a Abs. 2 OR bestimmt, dass die Mitgliedschaftsrechte aus Inhaberaktien ausüben kann, wer sich als Besitzer ausweist, indem er die Aktien vorlegt. Das Bundesgericht musste sich mit der Bedeutung dieser Bestimmung auseinandersetzen.⁹ Konkret ging es um C., Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat der C. AG (Beschwerdegegnerin), der 45 (von 100) Inhaberaktien auf D. übertragen hat. D. hinterlegte diese bei E. mit der Vorgabe, sie bei seinem Tod auf seine Lebensgefährtin A. zu übertragen. Nach dem Tod von D. hat A. das Aktienpaket erhalten. C. weigerte sich jedoch, A. und ihren Anwalt B. (zusammen die Beschwerdeführer) als Aktionäre zu anerkennen, weil die Aktien nur als Sicherheit für ein Darlehen auf D. übertragen worden seien. Den Beschwerdeführern A. und B., welcher inzwischen 40 Aktien von A. erhalten hat, wurde das Recht auf Teilnahme an den Generalversammlungen verweigert. Daraufhin klagten die Beschwerdeführer auf Anfechtung aller ohne ihre Teilnahme stattgefundenen Beschlüsse der Generalversammlung.

Die Beschwerdeführer machten vor allem geltend, dass der Besitzer einer Inhaberaktie an Generalversammlungen teilnehmen und Mitgliedschaftsrechte wahrnehmen könne, ohne dass er den rechtmässigen Erwerb der Titel beweisen müsste. Einem solchen Aktionär die Teilnahme an Generalversammlungen und die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte abzusprechen, würde den Bestimmungen von Art. 689a Abs. 2, Art. 706 oder Art. 706a OR widersprechen und diese verletzen. Dies müsse jedenfalls dann gelten, wenn, wie dies vorliegend der Fall sei, eine Verletzung des Stimmrechts in Frage stehe.¹⁰

Die Argumentation der Beschwerdeführer stützt sich vor allem auf Art. 689a Abs. 2 OR, wonach zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte einer Inhaberaktie jede Person berechtigt ist, welche die Aktie vorweisen kann, es sei denn, der Verwaltungsrat hätte eine andere Regelung für den Beweis des Besitzes aufgestellt. Gemäss Bundesgericht ist jedoch die Aktivlegitimation für eine Anfechtungsklage ganz anders geregelt, denn in diesem Fall hat der Aktionär seine Aktionärsstellung zu beweisen.¹¹ Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer steht der auf diese Weise interpretierte Art. 706 Abs. 1 OR nicht im Widerspruch zu Art. 689a Abs. 2 OR. Die jüngste Bundesgerichtsrechtsprechung begrenzt nämlich auch die Tragweite der letzteren Bestimmung. Der Rechtsschein der blossen Vorweisung der Inhaberaktie hat den einzigen Zweck, den wirklich berechtigten Aktionär zu begünstigen. Art. 689a Abs. 2 OR schliesst daher den Gegenbeweis dafür, dass der Inhaber materiell nicht teilnahmeberechtigt ist, nicht zum Vornherein aus. Grundsätzlich hat die

⁹ BGer 4A_461/2009 vom 1. März 2010.

¹⁰ Erw. 5.

¹¹ Erw. 5.1.

Gesellschaft das Recht, die materielle Berechtigung des Inhabers der Aktie zu überprüfen; es besteht jedoch keine Pflicht dazu, solange die Gesellschaftsorgane dadurch nicht qualifiziert schuldhaft in Verkennung der materiellen Rechtslage handeln. In solchen Fällen trifft die Gesellschaft die Pflicht, dem materiell nicht berechtigten Inhaber die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte zu verweigern. Mit anderen Worten: Wer an der Generalversammlung als formeller Besitzer einer Inhaberaktie auftritt, ohne seine Berechtigung bewiesen zu haben, kann sich nicht auf die Vermutung von Art. 689a Abs. 2 OR berufen. Das Gleiche gilt für die Klageberechtigung bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nach Art. 706 Abs. 1 OR.¹² Schliesslich gilt dies im Ergebnis ebenso für die Nichtigkeitsklage nach Art. 706b OR, sofern die Beschwerdeführer nicht andere Interessen geltend machen können, auf die sich auch Nicht-Aktionäre berufen könnten.¹³

Das Bundesgericht kommt gestützt auf die verbindlichen Feststellungen der kantonalen Behörden zum Schluss, dass die Beschwerdeführer im Moment der Einleitung der Klagen nach Art. 706 Abs. 1 und 706b OR nicht Aktionäre der Beschwerdegegnerin waren, so dass ihnen die Aktivlegitimation zu Recht abgesprochen wurde.¹⁴

Notizen / Notes:

Die Vorschrift von Art. 689a Abs. 2 OR, wonach Mitgliedschaftsrechte aus Inhaberaktien ausüben kann, wer sich als Besitzer ausweist, indem er die Aktien vorlegt, bezweckt nur den wirklich berechtigten Aktionär zu begünstigen. Die Gesellschaft hat insbesondere das Recht, die materielle Berechtigung des Inhabers der Aktie zu überprüfen bzw. die Pflicht dazu, dem materiell nicht berechtigten Inhaber die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte zu verweigern, wenn sie weiss, dass dieser nicht berechtigt ist. Die Bestimmung von Art. 689a Abs. 2 OR begründet sodann keine Vermutung der Aktivlegitimation zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. Das Gleiche gilt für die Nichtigkeitsklage, sofern der Beschwerdeführer nicht ohnehin als Dritter dazu berechtigt ist. Dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist zuzustimmen.

La règle de l'art. 689a al. 2 CO, selon laquelle celui qui est habilité comme possesseur de l'action au porteur peut exercer les droits sociaux qui y sont liés en tant qu'il produit l'action, vise seulement à protéger l'actionnaire légitime. La société est en particulier en droit de vérifier la légitimation du porteur de l'action, respectivement a le devoir de refuser l'exercice des droits sociaux au porteur non légitime, lorsqu'elle sait que celui-ci n'est pas le

¹² Erw. 5.2.

¹³ Erw. 5.3.

¹⁴ Erw. 6.3.

titulaire légitime des actions. La disposition prévue à l'art. 689a al. 2 CO ne fonde pas de présomption de légitimation active pour l'action en annulation de décisions de l'assemblée générale. Il en va de même pour l'action en constatation de nullité, dans la mesure où le demandeur ne dispose pas de la qualité pour agir en sa qualité de tiers. Cette jurisprudence doit être approuvée.

d) *Vertretungsmacht des Verwaltungsrats /
Pouvoir de représentation du conseil d'administration*

Das Bundesgericht hat in einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid über die Vertretungsmacht des Verwaltungsrats entschieden.¹⁵ Konkret ging es um eine Gesellschaft, deren Statuten vorsehen, dass die Gesellschaft die Führung einer Confiserie, einer Bäckerei und eines Tea-Rooms bezweckt, dass sie alle Geschäfte eingehen und Verträge abschliessen kann, die geeignet sind, den Zweck der Gesellschaft zu fördern, oder die direkt oder indirekt damit in Zusammenhang stehen und dass sie ferner Zweigniederlassungen im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmungen beteiligen oder sich mit diesen zusammenschliessen kann. Weiter kann die Gesellschaft Liegenschaften und Grundstücke erwerben, veräussern, verwalten, vermieten und überbauen. Die Gesellschaft hat mit einer Kollektivgesellschaft einen Pachtvertrag abgeschlossen, gemäss welchem sie der Kollektivgesellschaft die von ihr bisher zur Führung benutzten Räumlichkeiten zur Nutzung überliess. Vor Bundesgericht war streitig, ob dieser Pachtvertrag gültig zustande gekommen war.

Nach Art. 718a Abs. 1 OR sind die zur Vertretung befugten Personen ermächtigt, im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann. Diese Vorschrift wird zum Schutz gutgläubiger Dritter weit ausgelegt. Unter Rechtshandlungen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann, sind nicht bloss solche zu verstehen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen. Erfasst sind vielmehr ebenfalls ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie bei einer abstrakten Betrachtungsweise auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. durch diesen zumindest nicht geradezu ausgeschlossen werden (BGE 116 II 320 E. 3a). Rechtsgeschäfte, welche die Gesellschaft dem Wesen nach verändern, führen zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks und sind daher von diesem nicht mehr gedeckt. Dies trifft auf ein Rechtsgeschäft zu, das eine Betriebsgesellschaft in eine Verwaltungs- oder Holdinggesellschaft umwandelt (BGE 100 II 384 E. 2b). Dasselbe gilt für die Veräusserung des gesamten Betriebs mit allen Aktiven der Gesellschaft (BGE 116 II 320 E. 3a). Die Beschränkung der Vertretungsmacht auf

¹⁵ BGer 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008.

Rechtshandlungen, die der Verfolgung des Gesellschaftszwecks dienen können, kann entfallen, wenn die Aufgabe dieses Zwecks zufolge Überschuldung der Gesellschaft unausweichlich ist. Diesfalls kann der Verwaltungsrat zur Verhinderung drohenden Schadens bzw. zur Erhaltung des Betriebs dem ursprünglichen Gesellschaftszweck widersprechende Massnahmen treffen, soweit diese dringend sind und daher unter Berücksichtigung der Einberufungspflicht von mindestens 20 Tagen nicht von der Generalversammlung beschlossen werden können.¹⁶

Aufgrund der verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen hatte der Pachtvertrag zur Folge, dass der Confiserie-, Bäckerei- und Tea-Room-Betrieb der Gesellschaft durch eine andere Gesellschaft weitergeführt wurde. Damit bewirkte der Pachtvertrag nach Ansicht des Bundesgerichts in erkennbarer Weise die Aufgabe des statutarisch vorgesehenen Zwecks der Führung eines solchen Betriebs. Die Vermietung von Liegenschaften war nach den Statuten zwar zulässig, aber nicht als Gesellschaftszweck, sondern nur als Mittel dazu. Der Pachtvertrag war somit mit dem statutarisch festgelegten Zweck der Gesellschaft nicht vereinbar gewesen.¹⁷ Das vorinstanzliche Urteil, das den Pachtvertrag für ungültig erklärt hat, wurde somit vom Bundesgericht gestützt.

Notizen / Notes:

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst der Gesellschaftszweck sämtliche Rechtshandlungen, die durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen werden. Dabei ist eine abstrakte Betrachtungsweise vorzunehmen, d.h. es ist der statutarische Zweck massgebend. Unter die raren Fälle, in denen eine Rechtshandlung nicht mehr durch den Zweck gedeckt ist, fallen Geschäfte, welche die Gesellschaft dem Wesen nach verändern. Darunter fällt z.B. die Umwandlung einer Betriebsgesellschaft in eine Verwaltungs- oder Holdinggesellschaft oder auch die Veräusserung des gesamten Betriebs mit allen Aktiven der Gesellschaft. In diesen Fällen sind die Handlungen des Verwaltungsrats ohne rechtliche Bindung für die Gesellschaft, wobei es auf den guten Glauben der Gegenpartei nicht ankommt.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le but social comprend tous les actes juridiques qui ne sont pas manifestement exclus par ledit but. Dans ce contexte, il y a lieu d'adopter une approche abstraite, i.e. de se référer au but tel qu'il résulte des statuts. Parmi les rares cas dans lesquels un acte juridique n'est plus couvert par le but, il y a lieu de mentionner les affaires qui modifient la nature même de la société. Il en va ainsi de la transformation d'une société exploitant une entreprise en une société holding ou

¹⁶ Erw. 2.1.

¹⁷ Erw. 2.4.

d'administration ou encore de la cession de l'exploitation de la société avec tous ses actifs et passifs. Dans de tels cas, les actes du conseil d'administration n'engagent pas la société et la bonne foi du tiers cocontractant est sans pertinence.

e) *Überschuldungsanzeige / Avis de surendettement*

In einem weiteren Entscheid war streitig, ob die U-AG per Ende 1995 im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet war und die Beschwerdegegner es pflichtwidrig unterlassen hatten, dem Konkursrichter die Überschuldung der U-AG rechtzeitig anzuzeigen.¹⁸

Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden (Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR). Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR).

Die Vorinstanz verneinte eine Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR, weil nicht nachgewiesen werden konnte, dass die U-AG Ende 1995 überschuldet war. Sie begründete dies insbesondere damit, dass aufgrund der eingeholten Gutachten eine mögliche Überschuldung der U-AG von der Bewertung ihrer Beteiligungen abhängt. Deshalb könne den Beschwerdeführerinnen nicht gefolgt werden, dass sich die Überschuldung unabhängig von Bewertungsmethoden direkt und unmittelbar aus den Bilanzen der U-AG und deren Tochtergesellschaften ergeben würde. Gemäss dem Obergutachten sei die Wertbestimmung von Versicherungen eine sehr anspruchsvolle Aufgabe, für die verschiedene Methoden zur Anwendung gelangten. Die Bestimmung des Embedded Value sei vorliegend mit den vorhandenen Unterlagen nicht durchführbar gewesen. Für das Ertragswertverfahren habe es an der Möglichkeit einer zukunftsbezogenen Bewertung gefehlt. Schliesslich sei nach der sogenannten Multiplen-Methode der Wert mittels Multiplikatoren ermittelt worden. Dieses Verfahren sei aber relativ ungenau und werde vor allem zur Plausibilisierung von mit anderen Methoden ermittelten Werten verwendet. Gestützt darauf kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die im Gutachten per Ende 1995 resp. in einem Gutachten per Ende 1994 erwähnte Überschuldung nicht Beachtung finden könne, weil sie nicht aufgrund anerkannter Bewer-

¹⁸ BGer 4A_267/2008 vom 08.12.2008.

tungsmethoden festgestellt worden sei. Somit habe eine Überschuldung der U-AG per Ende 1995 nicht nachgewiesen werden können.¹⁹

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz feststellt, es könne nicht auf die Ergebnisse der Gutachten abgestellt werden, weil diese den Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung aufgrund der nicht exakten Multiplen-Methode ermittelt hätten, die vor allem zur Plausibilisierung von Werten verwendet würde.²⁰

Notizen / Notes:

Bei der Erstellung einer Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 OR ist die Bewertung der Aktiven nach anerkannten Bewertungsmethoden vorzunehmen. Das Bundesgericht hat das vorinstanzliche Urteil, wonach eine Überschuldung nicht zu beachten ist, weil sie aufgrund anerkannter Bewertungsmethoden nicht festgestellt werden konnte, gestützt. Im konkreten Fall hat sich eine Verschuldung aufgrund der Multiplen-Methode ergeben, konnte aber anders nicht erstellt werden.

Lors de l'établissement d'un bilan intermédiaire au sens de l'art. 725 al. 2 CO, l'évaluation des actifs doit se faire selon les méthodes d'évaluation reconnues. Le Tribunal fédéral a approuvé l'arrêt de l'instance inférieure selon laquelle un surendettement qui n'avait pas été constaté selon les méthodes d'évaluation reconnues ne pouvait être considéré comme établi. Dans le cas concret, le surendettement avait été constaté sur la base de la seule méthode des multiples et il n'était pas possible de l'établir sur la base d'une autre méthode d'évaluation.

f) Auflösung der Gesellschaft / Dissolution de la société

aa) Mängel in der Organisation / Carences dans l'organisation

Das Bundesgericht hatte auch noch die Möglichkeit, sich zur Tragweite des am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Art. 731b OR zu äussern.²¹ Im betreffenden Sachverhalt ging es um die A. AG, welcher ein Revisionsorgan fehlte. Wie in Art. 154 Abs. 1 und 2 HRegV vorgesehen, hatte das kantonale Handelsregisteramt (HRA) die A. AG per eingeschriebenen Brief und Publikation im SHAB aufgefordert, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen.²² Nachdem der rechtmässige Zustand nicht innert angesetzter Frist wieder hergestellt wurde, wandte sich das HRA – wie in Art. 154 Abs. 3 HRegV und

¹⁹ Erw. 6.2.

²⁰ Erw. 6.3.

²¹ BGE 136 III 369.

²² Erw. 1.

Art. 941 Abs. 1 OR vorgesehen – an das Bezirksgericht Lugano mit dem Antrag, die erforderlichen Massnahmen i.S.v. Art. 731b OR zu ergreifen.²³

Das Gericht hat der A. AG eine Frist von 30 Tagen gemäss Art. 731b OR eingeräumt, um ein Revisionsorgan zu ernennen und dem HRA zu kommunizieren, andernfalls die Gesellschaft aufgelöst werde.²⁴ Als auch eine vom Gericht gewährte 15-tägige Nachfrist ungenutzt verstrichen ist, hat das Gericht in Anwendung von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR die Auflösung der Gesellschaft und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet.²⁵

Am 4. Dezember 2009 hat die A. AG diesen Entscheid bei der Zivilkammer des Appellationsgerichts angefochten und dabei insbesondere Dokumente eingereicht, welche belegen sollten, dass es ihr in der Zwischenzeit gelungen sei, den rechtmässigen Zustand durch die Ernennung einer neuen Revisionsstelle wieder herzustellen.²⁶ Die Ernennung der neuen Revisionsstelle, welche erst nach Ablauf der richterlichen Frist erfolgt war, wurde im Urteil nicht berücksichtigt, da Art. 321 Abs. 1 ZPO (TI) das Einreichen von neuen Dokumenten und das Vorbringen neuer Tatsachen vor dem Appellationsgericht verbietet.

Um zu entscheiden, ob im vorliegenden Fall die Berufung auf das Verbot von Noven gerechtfertigt ist, erachtete es das Bundesgericht als notwendig, auf den Inhalt und die Tragweite des am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Art. 731b OR einzugehen.²⁷ Der Gesetzgeber wollte mit dieser neuen Bestimmung ein einheitliches Regelungs- und Sanktionenregime bei Mängeln der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation einer Gesellschaft einführen; die früheren Bestimmungen in diesem Bereich hatten sich als intransparent, ungenügend abgestimmt und wirkungslos erwiesen. Laut Bundesgericht ist die Liste der in Art. 731b Abs. 1 OR aufgezählten Massnahmen, welche der angerufene Richter ergreifen kann, nicht abschliessend. Die Bestimmung soll dem Richter vielmehr einen grossen Beurteilungsspielraum einräumen, so dass er nach eigenem Ermessen und unter Berücksichtigung des konkreten Falles entscheiden kann, welche Massnahme er als erforderlich erachtet und anordnen will. Zudem stellt gemäss einhelliger Doktrin die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nach den Regeln über den Konkurs die härteste Massnahme dar und ist daher als *Ultima Ratio* anzuwenden. Das Bundesgericht ist im Entscheid nicht weiter darauf eingegangen, da die A. AG die Ver-

²³ Erw. 2.

²⁴ Erw. 2.1.

²⁵ Erw. 2.3.

²⁶ Erw. 3.

²⁷ Erw. 11.

hältnismässigkeit der von der erstinstanzlichen Richterin erteilten Massnahme nicht beanstandet hat.²⁸

Die A. AG beanstandet den Entscheid des Tessiner Gerichts, da die erfolgte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wenige Tage nach dem Erlass des erstinstanzlichen Urteils nicht berücksichtigt worden sei. Das Bundesgericht hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass die in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR vorgesehene und nach den auf den Konkurs anwendbaren Regeln durchzusetzende Liquidation einem spezifischen gesetzgeberischen Willen entspricht, da die Praxis gezeigt hat, dass gestützt auf den früheren Art. 625 Abs. 2 OR richterlich aufgelöste Gesellschaften ihren Aktivitäten trotzdem uneingeschränkt weiter nachgingen. Mit der erwähnten Revision sei auch die Möglichkeit verloren gegangen, die Auflösung zu widerrufen, wenn der rechtmässige Zustand innert drei Monaten seit der Eintragung der Auflösung wieder hergestellt wurde. Dies sei allerdings nur in denjenigen Fällen möglich gewesen, in welchen der unrechtmässige Zustand im fehlenden Rechtsdomizil bestand.²⁹

Im Lichte dieser Ausführungen ist das Bundesgericht der Ansicht, dass die Entscheidung des Appellationsgerichtes, sich auf das Verbot von Noven gemäss Art. 321 ZPO (TI) zu berufen, und daher die nachträglich erfolgte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht zu berücksichtigen, nicht im Widerspruch zur Absicht des Gesetzgebers steht. Auch könne man nicht sagen, dass diese Entscheidung mangels schutzwürdigen Interesses nicht gerechtfertigt sei und überspitzten Formalismus darstelle. Die Möglichkeit, einen solchen Umstand noch mit einzubeziehen, hänge nur vom kantonalen Prozessrecht ab, welches das Vorbringen neuer Tatsachen, Beweise und Einreden im Appellationsverfahren verbieten dürfe.³⁰

Notizen / Notes:

Nach Art. 731b Ziff. 3 OR kann der Richter eine Gesellschaft, die Mängel in ihrer Organisation hat, auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen. Dieses Vorgehen ist nur als *Ultima Ratio* anzuwenden. Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass diese harte Sanktion gerechtfertigt sei, um zu verhindern, dass aufgelöste Gesellschaften ihren Aktivitäten uneingeschränkt weiter nachgingen. Bemerkenswert ist die Bedeutung, welche diese Bestimmung hat: Im Jahre 2009 wurden 1148 Gesellschaften in diesem Verfahren aufgelöst.

Selon 731b ch. 3 CO, le juge est habilité à prononcer la dissolution d'une société qui présente des carences dans son organisation et à ordonner sa

²⁸ Erw. 11.4.1.

²⁹ Erw. 11.4.2.

³⁰ Erw. 11.4.3.

liquidation selon les dispositions applicables à la faillite. Il n'y a lieu de procéder ainsi qu'en ultima ratio. Le Tribunal fédéral est d'avis que cette sanction sévère se justifie afin d'éviter que des sociétés dissoutes ne continuent leurs activités sans restrictions. Il y a lieu de souligner l'importance pratique de cette disposition: en 2009, 1148 sociétés ont été dissoutes en suivant cette procédure.

bb) Auflösungsklage / Action en dissolution

Le Tribunal fédéral avait à juger d'une action en dissolution, lors de laquelle un actionnaire détenant 32 % des actions avait requis la dissolution de la société.³¹ Les autres actions étaient détenues par deux autres actionnaires qui en possédaient 32 % respectivement 36 %. Selon l'art. 736 ch. 4, la société anonyme est dissoute par un jugement lorsque des actionnaires représentant ensemble 10 % au moins du capital-actions requièrent la dissolution pour de justes motifs. Le Tribunal fédéral rappelle en premier lieu que l'existence de désaccords ou de conflits entre actionnaires ne justifient en principe pas la dissolution de la société, même si c'est toujours le même actionnaire qui est minorisé. Dans une société anonyme, les décisions les plus importantes sont en effet prises par l'assemblée générale selon le principe majoritaire et en conséquence il appartient à la majorité de trancher, la minorité devant en principe se soumettre à la décision valablement prise.³²

La possibilité, pour une minorité qualifiée, de demander la dissolution de la société pour justes motifs tempère la rigueur du principe majoritaire, mais reste une mesure de dernier recours, lorsque l'application du principe majoritaire aboutit à une situation intolérable, essentiellement parce que la majorité agit systématiquement à l'encontre des intérêts de la société ou à l'encontre des droits et intérêts légitimes des actionnaires minoritaires. La possibilité d'une dissolution ne doit en effet pas conduire à battre en brèche le principe majoritaire; il ne saurait être question de dissoudre une société du seul fait qu'une minorité n'accepte pas les décisions prises par la majorité.³³ La dissolution est ainsi une mesure subsidiaire; elle ne doit pas être prononcée s'il apparaît, à la suite d'un examen concret en fonction des circonstances du cas d'espèce, que l'actionnaire minoritaire peut défendre ses intérêts légitimes par une voie moins lourde de conséquences, par exemple en demandant l'annulation d'une décision de l'assemblée générale ou en s'adressant au juge pour obtenir des renseignements.³⁴

³¹ ATF 136 III 278 (= 4A_475/2009 du 5 mars 2010).

³² Consid. 2.2.2.

³³ Consid. 2.2.2.

³⁴ Consid. 2.2.2.

En cas de conflit personnel entre deux actionnaires, on ne doit pas perdre de vue que la société anonyme est une société de capitaux et non une société de personnes, de sorte que les intérêts financiers sont déterminants. Par ailleurs, la dissolution ne peut être prononcée qu'en respectant le principe de la proportionnalité, c'est-à-dire en procédant à une pesée des intérêts en présence. Il ne faut donc pas prendre en considération seulement l'intérêt de l'actionnaire demandeur, mais tenir compte aussi de l'intérêt que peuvent avoir les autres actionnaires au maintien de la société. À l'issue de l'appréciation, la situation doit apparaître tellement grave qu'il en résulte que la société a perdu son droit à l'existence et doit disparaître.³⁵ Les circonstances qui peuvent conduire à une dissolution pour justes motifs comprennent en particulier l'abus de la position dominante (qui amène une majorité à décider systématiquement à l'encontre des intérêts de la société ou des droits ou intérêts légitimes des actionnaires minoritaires), une mauvaise gestion constante de nature à entraîner la ruine de la société, une violation persistante des droits des actionnaires minoritaires, une attitude qui rend impossible l'atteinte du but social, des décisions poursuivant un but étranger au but social, une situation de blocage des organes, des décisions qui vident la société de sa substance économique, etc.³⁶

Selon le Tribunal fédéral, on ne saurait déduire des faits de la cause que la majorité aurait l'intention permanente de léser les droits des minoritaires à l'assemblée générale. En effet, l'actionnaire minoritaire n'a pas même attaqué les décisions de la dernière assemblée générale et elle a succombé dans les dernières actions intentées (alors même qu'elle avait obtenu par deux fois que des décisions de l'assemblée générale soient déclarées nulles). Elle a certes affirmé que son droit aux renseignements avait été violé, mais n'a jamais agi en justice pour le faire valoir. Les nombreuses procédures civiles et pénales qui opposent diverses personnes physiques et morales ne prouvent pas non plus que l'actionnaire majoritaire porte atteinte aux droits d'actionnaire de la minoritaire³⁷.

Le Tribunal fédéral relève aussi que la société réalise chaque année des bénéfices et que son capital s'accroît; qu'elle paye régulièrement ses intérêts et amortissements hypothécaires. Il ne voit donc pas qu'elle soit menacée de déconfiture et que les intérêts pécuniaires de l'actionnaire minoritaire paraissent mis en péril par le maintien de la société. Le Tribunal fédéral estime que si une violation ponctuelle des droits de l'actionnaire minoritaire devait intervenir, elle disposerait des voies de droit ouvertes pour y remédier. Il admet que l'animosité entre les deux actionnaires puisse perdurer et susciter de nou-

³⁵ Consid. 2.2.2.

³⁶ Consid. 2.2.2.

³⁷ Consid. 2.2.4.

veaux conflits si la demande en dissolution est rejetée, mais considère que cette situation ne suffit en principe pas à elle seule pour justifier une dissolution. En effet, dès lors que l'on ne se trouve pas dans l'hypothèse où deux actionnaires se partagent chacun le 50 % des actions, il n'y a pas de risque que leur conflit conduise à une paralysie dans la gestion de la société. Le Tribunal fédéral a également tenu compte de ce que l'actionnaire minoritaire avait déjà reçu une offre de rachat de ses actions et en a déduit qu'il n'était pas exclu qu'elle puisse sortir de la situation actuelle dans des conditions acceptables. Il a enfin rappelé qu'il fallait également tenir compte de l'intérêt des autres actionnaires et de ce que, en l'occurrence, deux actionnaires sur trois souhaitaient le maintien de la société. Dans ces conditions, il a jugé qu'il n'y avait pas de justes motifs de dissolution de la société.³⁸

Notizen / Notes:

Die Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR ist als *Ultima Ratio* anzusehen. Der Gesellschafter, der auf Auflösung klagt, muss sich bewusst sein, dass er sich in einer Kapitalgesellschaft und nicht in einer Personengesellschaft befindet. Persönliche Feindschaften zwischen Aktionären sind daher nicht ohne weiteres ein wichtiger Grund, um die Gesellschaft aufzulösen. Dies gilt namentlich, wenn die Gesellschaft nicht nur aus zwei Aktionären besteht. Weiter muss der klagende Aktionär zuerst andere Rechtsbehelfe ausgeschöpft haben, wie z.B. Generalversammlungsbeschlüsse angefochten oder gerichtlich auf Auskunftserteilung geklagt haben, bevor er die Auflösung der Gesellschaft verlangen kann.

L'action en dissolution selon l'art. 736 ch. 4 CO doit être considérée comme une ultima ratio. L'actionnaire qui agit en dissolution doit être conscient qu'il a affaire à une société de capitaux et non à une société de personnes. Des inimitiés entre des actionnaires ne sont pas en soi un juste motif de dissolution de la société. Cela vaut également lorsque la société ne compte que deux actionnaires. Par ailleurs, l'actionnaire demandeur doit avoir épuisé d'autres voies de droit, telles l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale ou l'action en renseignements avant de pouvoir exiger la dissolution de la société.

³⁸ Consid. 2.2.4.

- g) *Verantwortlichkeit / Responsabilité*
- aa) Verantwortliche Personen / Personnes responsables
- (i) Faktische Organstellung: Consultant (COO) /
Organe de fait: Consultant (COO)

In der Berichtsperiode gab es zahlreiche Entscheide zur Verantwortlichkeit der Organe wegen Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen. In einem Fall musste das Bundesgericht die Frage beurteilen, ob ein „Consultant (COO)“ als faktisches bzw. materielles Organ haftbar ist.³⁹ Bei diesem Entscheid ging es primär um die Würdigung von Indizien, aufgrund deren eine Organschaft bejaht bzw. verneint werden kann.

Die Vorinstanz hat die Organstellung unter anderem aufgrund folgender Feststellungen bejaht: Der Beschwerdeführer sei gemäss Einzelarbeitsvertrag vom 20. März 2003 als „Consultant (COO)“ für die Firma tätig gewesen. Gemäss gängiger Definition sei ein „COO“ ein Manager, der das operative Geschäft leite oder betreue, mithin ein leitender Geschäftsführer eines Unternehmens. Daraus sei abzuleiten, dass er der Geschäftsleitung angehört habe und damit in der Lage gewesen sein musste, einen wesentlichen Einfluss auf die Willensbildung in der Firma auszuüben. Für diese Annahme spreche auch, dass im Kündigungsschreiben vom 25. Februar 2004 ausdrücklich festgehalten worden sei, der Beschwerdeführer gebe per 1. März 2004 die operative Verantwortung als Geschäftsführer ab. Sodann habe er in seiner Stellungnahme vom 20. Juli 2005 im Zusammenhang mit den Bedingungen seines sofortigen Ausschlusses von allen Tätigkeiten und Entscheidungen über die Firma vom „Austritt aus der Geschäftsleitung und somit aus der Verantwortlichkeit per 1. März 2004“ gesprochen. Weiter habe der Beschwerdeführer zwei Kündigungsschreiben an Mitarbeiter der Firma als „CEO“ mitunterschrieben. Dabei handle es sich um die Bezeichnung der zentralen Funktion in einem Unternehmen schlechthin.⁴⁰

Das Bundesgericht kam gestützt auf diese Indizien zum Schluss, dass die Bejahung einer faktischen Organschaft nicht offensichtlich unrichtig sei, obwohl die Vorinstanz mehrere Tatsachen, welchen Indiziencharakter gegen eine faktische Organstellung zukommt, nicht erwähnt oder nicht in die Beweiswürdigung miteinbezogen hat. Unter anderem lautete die Funktionsbezeichnung im Einzelarbeitsvertrag vom 20. März 2003 nicht „COO“, sondern „Consultant (COO)“. Ebenfalls sind Provisionen (4 % auf den selbstgenerierten Projektumsatz und 3 % Basislizenzen/Service lizenzen/Hosting) erwähnt

³⁹ BGer 9C_535/2008 vom 03.12.2008.

⁴⁰ Erw. 3.

worden. Schliesslich enthielt der Vertrag eine Konkurrenzklausel, wonach u.a. allfällige Drittaufträge (Consultings, Vorträge etc.), die geeignet waren, Interessenkonflikte zu verursachen, der Geschäftsleitung schriftlich angegeben werden mussten. Weiter nannte der Beschwerdeführer in einer Stellungnahme auch das sofortige Abtreten aller Verkaufsaktivitäten inkl. Dokumentation als eine der Bedingungen des sofortigen Ausschlusses seiner Person. Ebenfalls führte er aus, die zwei neuen Firmeninhaber O. und F. hätten direkt Einfluss auf alle Entscheidungen genommen. Mit der Übernahme der operativen Führung im Unternehmen seien alle strategischen und finanziellen Belange durch O. entschieden worden.⁴¹

Diese Tatsachen stützen gemäss Bundesgericht zwar bis zu einem gewissen Grade die Behauptung des Beschwerdeführers, er sei blosser Berater ohne irgendwelche operative Geschäftsverantwortung gewesen, angestellt als Kundenbetreuer und für Kundenprojekte. Sie gebieten jedoch nicht ein anderes Beweisergebnis, auch nicht unter Berücksichtigung des Schreibens des Verwaltungsratspräsidenten der Firma in Liquidation, A. Darin wurde betreffend „Ansprüche aus der Insolvenzenschädigung“ u.a. ausgeführt, der Beschwerdeführer sei in der Funktion eines Consultant als Kadermitglied unterschriftsberechtigt. Die Unterschriftsberechtigung zu zweien sei erteilt worden, weil er diese zur Ausübung des Tagesgeschäftes benötige. Er habe im Rahmen seiner Tätigkeit keinen Einfluss auf operative und strategische Entscheide der Firma, sondern handle ausschliesslich aufgrund von Weisungen durch seine Vorgesetzten. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist es aber nicht bundesrechtswidrig, wenn die Vorinstanz besagtem Schreiben keine Bedeutung beigemessen hat, weil es offensichtlich einzig bezweckt habe, eine Grundlage für die Ausrichtung einer Insolvenzenschädigung zu liefern.

Notizen / Notes:

Organstellung ist gegeben bei Personen, die leitende Geschäftsführer eines Unternehmens sind und die in der Lage sind, einen wesentlichen Einfluss auf die Willensbildung in der Unternehmung auszuüben. Indizien für eine Organstellung sind insbesondere die Benennung der ausgeübten Funktion, wenn diese auf eine leitende Stellung und operative Verantwortlichkeit schliessen lässt, das (aus einem Kündigungsbrief hervorgehende) Eingeständnis der Geschäftsleitung angehört zu haben und „Verantwortlichkeit“ getragen zu haben sowie die Tatsache, zwei Briefe als CEO – der zentralen Funktion in einem Unternehmen schlechthin – unterschrieben zu haben. Bei solchen Indizien ist es nicht willkürlich, die Organstellung anzunehmen, auch wenn weitere Indizien – z.B. die Funktionsbezeichnung als „Consultant“, der Anspruch auf Provisionen auf den eingebrachten Geschäften, die Möglichkeit Drittauf-

⁴¹ Erw. 5.2.2.

träge auszuführen sowie der Einfluss der geschäftsführenden Gesellschafter – nicht nur gegen diese Annahme sprechen, sondern sie sogar weniger plausibel erscheinen lassen. Dieser Entscheid – der sich von den Folgenden unterscheidet – bestätigt die strenge Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG.

Il y a lieu de qualifier d'organe les personnes qui font partie de la direction supérieure et qui peuvent influencer de manière déterminante la formation de la volonté de la société. Parmi les indices à prendre en compte à cet égard, on peut tenir compte en particulier de la désignation de la fonction, lorsque celle-ci implique des fonctions dirigeantes au niveau opérationnel de la société, le fait que la personne recherchée admette avoir fait partie de la direction et disposé de responsabilités opérationnelles ainsi que le fait qu'elle ait co-signé des licenciements en tant que CEO, qui désigne la fonction centrale dans une entreprise. En présence de tels indices, il n'est pas arbitraire de retenir la qualité d'organe même lorsque d'autres indices, tels la désignation de consultant, le fait qu'il reçoive des provisions pour les affaires apportées et soit autorisé à exercer des activités concurrentes ou encore le fait que les deux actionnaires aient influencé toutes les décisions tendent à montrer (voire rendent plus plausible) que la personne n'exerçait que des fonctions de consultant. Cet arrêt (qui tranche avec les suivants) confirme la rigueur des autorités dans l'application de l'article 52 LAVS.

(ii) Faktische Organschaft: Bank / Organe de fait: banque

Le Tribunal fédéral a également eu à se demander si une banque devenait organe de fait lorsqu'elle défendait ses intérêts de créancière.⁴² Dans le cas concret, il fallait déterminer si une banque répond du dommage consécutif au dépôt tardif d'un bilan. Il a relevé que la banque n'a bien entendu ni l'obligation ni le droit de déposer le bilan en lieu et place de son client. Une responsabilité de la banque supposerait que l'on lui reconnaisse le statut d'organe de fait. Or, pour qu'une personne soit reconnue comme administrateur de fait, il faut qu'elle ait eu la compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, que son pouvoir de décision apparaisse propre et indépendant et qu'elle ait été ainsi en situation d'empêcher la survenance du dommage. Si une banque ne fait que défendre ses intérêts de créancière, elle ne doit pas être considérée comme un organe de fait. Suivre de près l'évolution d'un débiteur, exiger des comptes provisoires, une cession de créances, des mesures d'assainissement, des versements et procéder à une mise en demeure ne sont que des mesures par lesquelles un créancier tend à se protéger lui-même; on ne peut y voir une immixtion dans la gestion de la société impliquant un statut d'organe de fait. Dans le cas concret, les paiements ont toujours été ordonnés par les organes

⁴² BGE 136 III 14 = Pra 99 (2010) Nr. 72.

de la société faillie et la banque n'a refusé de les exécuter, dans son propre intérêt, que lorsqu'elle n'avait pas de provisions suffisantes. Cette situation entraînait inévitablement une discussion en vue de décider quelles étaient les dettes prioritaires qui seraient payées; la décision – selon des constatations cantonales non arbitraires – appartenait toujours à la société faillie; une simple aide à la décision ne suffit pas pour conférer le statut d'organe de fait. Dans deux cas seulement, la cour cantonale a établi une opération de gestion de la banque, en vue d'assurer le paiement des salaires de l'entrepreneur général; cependant, le statut d'organe de fait suppose des pouvoirs durables et ne peut pas résulter d'un ou deux actes isolés.⁴³

Notizen / Notes:

Faktische Organschaft ist gegeben bei:

dauernder Befugnis, über die Erledigung der Tagesgeschäfte hinausgehende Entscheide zu fassen; einzelne Geschäftsführungsmassnahmen reichen nicht aus;

selbständiger und unabhängiger Entscheidungskompetenz; der Status als faktisches Organ ergibt sich nicht schon aus einer oder zwei isolierten Handlungen.

Das Bundesgericht verlangt zudem, dass das vermeintliche Organ auch in der Lage gewesen ist, den Eintritt des Schadens zu verhindern, wobei dies u.E. eher eine Frage der Pflichtverletzung als des Bestehens oder Nichtbestehens der Organschaft sein sollte.

Keine faktische Organschaft liegt vor bei Verteidigung der eigenen Gläubigerinteressen, insbesondere bei naher Verfolgung der wirtschaftlichen Entwicklung der Schuldnerin, Verlangen von Sanierungsmassnahmen und Zahlungen, usw.

La qualification d'organe de fait suppose:

une compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes: des actes de gestion isolés ne sont pas suffisants;

que son pouvoir de décision apparaisse propre et indépendant; une simple aide à la décision n'est pas suffisante.

Le Tribunal fédéral exige en outre que le prétendu organe ait été en mesure d'empêcher la réalisation du dommage; à notre sens, ce point relève plus de la violation des devoirs que de la qualification en tant qu'organe de fait.

⁴³ Consid. 2.4.

Le fait pour une créancière de protéger ses intérêts en suivant de près l'évolution économique de sa débitrice et en exigeant certaines mesures d'assainissement et des paiements n'entraîne pas la qualification d'organe de fait.

(iii) Haftung der Muttergesellschaft / Responsabilité de la société mère

In einem weiteren verantwortlichkeitsrechtlichen Entscheid ging es um die Haftung der Muttergesellschaft.⁴⁴ Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine auf Informatikdienstleistungen spezialisierte Gesellschaft war seit Dezember 1999 eine voll konsolidierte, hundertprozentige Tochtergesellschaft („Tochter“) eines Bankkonzerns („Mutter“). Anfangs 2000 übernahm die Tochter über eine deutsche Sub-Holding ein deutsches EDV-Beratungsunternehmen mit Schwerpunkt in der EDV-Beratertätigkeit bei Banken. Finanziert wurde diese Akquisition durch ein Bankenkonsortium. Im Rahmen einer Restrukturierungsvereinbarung vom 20. Dezember 2001 verständigten sich das Bankenkonsortium und die Mutter darauf, zum einen den Liquiditätsbedarf der Tochter zu sichern und zum anderen eine drohende Überschuldung zu verhindern. Am 9. Dezember 2002 wurde der Tochter die provisorische Nachlassstundung bewilligt. Der vorgeschlagene Nachlassvertrag wurde am 26. September 2003 nicht bestätigt und die definitive Nachlassstundung für beendet erklärt. Darauf wurde über die Tochter am 3. November 2003 der Konkurs eröffnet.

Vor dem Bundesgericht ging es einmal mehr um die Frage, ob die Mutter den Konsortialbanken gegenüber aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen haftet.⁴⁵ Diese Haftung, die zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt ist, kommt zum Tragen, wenn ein vertragsfremder Dritter zunächst schutzwürdiges Vertrauen erweckt und dieses anschliessend treuwidrig enttäuscht. Entsprechend kann unter Umständen erwecktes Vertrauen in das Konzernverhalten der Muttergesellschaft bei Fehlen einer vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage haftungsbegründend sein. Das Bundesgericht hält dazu allerdings fest, dass es im Kreditgeschäft von darin spezialisierten Banken grundsätzlich nicht angehen kann, dass sich diese bei der Kreditgewährung auf informelle Angaben verlassen und bei deren Nichteinhaltung die Vertrauenshaftung geltend machen. Vielmehr ist von professionellen Marktteilnehmern zu erwarten, dass sie von den Personen oder Gesellschaften, die an der Gewährung eines Kredits ebenfalls interessiert sind und für dessen Rückzahlung bzw. für die Bonität des Kreditnehmers einstehen sollen, substantielle

⁴⁴ BGer 4A_306/2009 vom 08.02.2010.

⁴⁵ Erw. 5.

Sicherheiten im Rahmen einer vertraglichen Regelung verlangen, soweit sie dies als erforderlich und wünschenswert betrachten.⁴⁶

Die Beschwerdeführerinnen machten zudem geltend, dass die Mutter aus der Verletzung von Nebenpflichten bezüglich der Sanierungsvereinbarung haftbar sei. Das Bundesgericht hat eine entsprechende Haftungsgrundlage verneint bzw. als nicht hinreichend substantiiert betrachtet.⁴⁷

Schliesslich machten die Beschwerdeführerinnen auch eine Haftung aus faktischer Organschaft geltend. Der Verantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR unterliegen nach Lehre und Rechtsprechung auch faktische Organe, d.h. Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich bestimmen. Für die Organverantwortlichkeit ist erforderlich, dass die nach der internen Organisation tatsächlich mit der Leitung der Gesellschaft befasste Person in eigener Entscheidungsbefugnis die sich daraus ergebenden Pflichten zu erfüllen hat, sie also selbstständig und eigenverantwortlich handelt. Eine blosser Mithilfe bei der Entscheidung genügt demgegenüber für eine Organstellung nicht. In jedem Fall ist erforderlich, jedoch nicht ausreichend, dass die tatsächlich als Organ handelnde Person den durch die Verletzung einer entsprechenden Pflicht eingetretenen Schaden verhindern kann. Dabei kann als faktisches Organ auch eine juristische Person in Betracht kommen. Eine blosser Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochter vermag allerdings regelmässig keine Organverantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft zu begründen.⁴⁸

Nach Ansicht des Bundesgerichts waren die Voraussetzungen einer faktischen Organschaft im zu beurteilenden Fall nicht gegeben. Das Bundesgericht hat unter anderem folgende Aspekte geprüft:

Der Vorwurf, dass die Mutter die Tochter zum überkauften Erwerb der deutschen Unternehmensgruppe gedrängt, die Verhandlungen massgeblich beeinflusst und schliesslich darauf hingewirkt habe, dass der Kauf zu einem Preis zustande gekommen sei, der bei objektiver Betrachtung deutlich zu hoch und ausserdem über der vom Verwaltungsrat beschlossenen Höchstmarke gelegen habe, wurde vom Bundesgericht nicht gehört, wobei bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden ohnehin Zurückhaltung zu üben sei. Selbst wenn sich Entscheide nachträglich als falsch erweisen, stellt dies dann keine Pflichtverletzung dar, wenn diesen eine ernsthafte Entscheidungsfindung vorangegangen ist. Dies sei hier der Fall gewesen, was sich unter anderem darin zeige, dass das Bankenkonsortium bereit gewesen sei, für den Kauf die nun prozessgegenständlichen Kredite zu sprechen bzw. sich im Rahmen einer

⁴⁶ Erw. 5.4.2.

⁴⁷ Erw. 6.

⁴⁸ Erw. 7.1.

Syndizierung an diesen zu beteiligen. So könne nicht von einer Investition in ein Projekt ohne Erfolgsaussichten gesprochen werden.⁴⁹

Weiter soll eine Haftung der Mutter bestehen, weil diese in einem ohnehin schwierigen Marktumfeld durch den massiven Ausbau der eigenen internen IT-Services-Abteilung mit 150 neuen Stellen und damit verbunden durch einen ebenso massiven Auftragsrückgang die Tochter zusätzlich geschwächt hat, statt sie zu unterstützen. Dabei sei der Präsident des Tochter-Verwaltungsrats gleichzeitig Chef-IT bzw. Mitglied der erweiterten Konzernleitung der Mutter gewesen. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft in allen Fällen voraussetzt, dass der Muttergesellschaft eine Verletzung von Pflichten vorgeworfen werden kann, die sich aus der durch deren Organe als alter ego tatsächlich wahrgenommenen Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft mithin aus ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung als Organ derselben ergeben. Eine solche Pflichtverletzung ist nicht schon dadurch gegeben, dass ein Doppelorgan einen Entscheid der Obergesellschaft, der Untergesellschaft weniger Aufträge zu erteilen, mitträgt, da es sich dabei nicht um einen Entscheid im Rahmen der Geschäftsleitung der Untergesellschaft handelt. Die Sichtweise der Beschwerdeführerinnen liefe darauf hinaus, die Muttergesellschaft für jeden in ihrem Interesse gefällten Entscheid, der sich zu Lasten der Tochtergesellschaft auswirkt, wegen des blossen Umstandes, dass daran Doppelorgane mitwirken, haftbar zu machen, ohne dass eine haftungsbegründende Verletzung von organschaftlichen Pflichten der Obergesellschaft als faktisches Organ der Untergesellschaft darzutun wäre.⁵⁰ Auch die Tatsache, dass der Präsident der Tochter einem offenkundigen Interessenkonflikt unterlag und dass keine interessenkonfliktfreie Verwaltungsratsmitglieder als Gegengewicht ernannt wurden, vermag nach Ansicht des Bundesgerichts keine Haftung zu begründen. Die Wahl von Mitgliedern des Verwaltungsrats gehört nämlich zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung, die aber nicht der Haftung nach Art. 754 OR unterliegt.⁵¹

Notizen / Notes:

Die Vertrauenshaftung, die zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt ist, kommt z.B. zum Tragen, wenn eine Muttergesellschaft zunächst schutzwürdiges Vertrauen erweckt und dieses anschliessend treuwidrig enttäuscht. Das Vertrauen auf Leistung ohne vertragliche Bindung bleibt aber eine Ausnahme. Aus diesem Grund dürfen Banken, die im Kreditgeschäft tätig sind und

⁴⁹ Erw. 7.2.1.

⁵⁰ Erw. 7.2.2.

⁵¹ Erw. 7.2.3.1.

vertragliche Garantien verlangen könnten, nicht darauf vertrauen, dass eine Muttergesellschaft aufgrund informeller Zusagen für die Rückzahlung und Bonität ihrer Tochter einsteht.

Auch eine juristische Person kann als faktisches Organ in Betracht kommen. Eine blosser Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen ihrer Tochter vermag allerdings regelmässig keine Organverantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft zu begründen. Vgl. zu den Voraussetzungen für eine faktische Organschaft den vorherigen Entscheid.

Die Muttergesellschaft haftet nicht für Entscheide, für welche die Generalversammlung der Tochter zuständig ist.

Une société mère peut être recherchée sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance lorsqu'elle crée puis déçoit des attentes particulières. Cela étant, la confiance en des prestations volontaires sans fondement contractuel reste l'exception. Dès lors, des banquiers spécialisés dans l'octroi de crédits – qui peuvent exiger des sûretés par la voie contractuelle – ne sauraient prétendre qu'une société mère garantisse, sur la base de ses seules assurances informelles, la solvabilité de sa filiale ou le paiement des dettes de cette dernière.

Une personne morale peut être organe de fait, mais l'influence qu'une société mère exerce en règle générale sur les décisions de la société fille est normalement insuffisante pour lui conférer cette qualité. S'agissant des conditions de la qualification en tant qu'organe de fait, voir le résumé précédent.

Pas de responsabilité du double organe pour les décisions prises dans le cadre de ses fonctions au sein de l'autre société.

Pas de responsabilité de la société mère pour ses décisions (ou omissions) qui font partie des compétences exclusives de l'assemblée générale.

bb) Pflichten des Verwaltungsrats /
Obligations du conseil d'administration

(i) Darlehen an sanierungsbedürftige Tochtergesellschaft /
Prêt d'assainissement à une filiale

Die Darlehensgewährung an eine sanierungsbedürftige Tochtergesellschaft kann nach Ansicht des Bundesgerichts eine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts sein.⁵² Im zu beurteilenden Fall ging es um eine schweizerische Gesellschaft, welche die Verluste ihrer italienischen Tochtergesellschaft durch Darlehen abdeckte, wobei die gewährten Mittel

⁵² BGer 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010.

unwiederbringlich abflossen. Dabei ist zu beachten, dass die schweizerische Gesellschaft ihrerseits überschuldet war und infolge Betriebseinstellung keinen Unternehmensgewinn mehr generieren konnte.

Das Bundesgericht hält insbesondere fest, dass der blosser Umstand, dass eine Gesellschaft bereits bedeutende Ausgaben getätigt hat, nicht als Rechtfertigung für eine Vergrösserung der Verschuldung durch weitere Mittelabflüsse dienen kann. Auch ergibt sich nicht schon aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung, dass das Geld nicht einfach freiwillig zum Fenster hinausgeworfen wird, sondern tatsächlich an einen langfristigen Erfolg der italienischen Tochtergesellschaft geglaubt wurde. Schliesslich spielt es keine Rolle, woran die Organe der schweizerischen Gesellschaft glaubten. Entscheidend ist vielmehr, ob die Mittelabflüsse angesichts der nach den konkreten Umständen objektiv gerechtfertigten Erwartungen hinsichtlich der italienischen Tochtergesellschaft getätigt werden durften.⁵³ Um entsprechende Darlehenszahlungen zu rechtfertigen, ist es nicht notwendig, dass das Überleben der Tochtergesellschaft gesichert ist. Hingegen durfte nach Ansicht des Bundesgerichts im konkreten Fall nicht mehr ernsthaft mit einer Gesundung der italienischen Tochtergesellschaft gerechnet werden. Deshalb war die Verlustübernahme nicht mehr gerechtfertigt, nachdem man hätte erkennen müssen, dass diese kaum überlebensfähig sein würde.⁵⁴

Aus diesem Grund ist der Vorinstanz keine Bundesrechtsverletzung vorzuwerfen, wenn sie in den Verlustabdeckungen zu Gunsten der kaum überlebensfähigen italienischen Tochtergesellschaft, die eine Vermögenseinbusse der damals bereits überschuldeten Schweizer Gesellschaft bewirkten, eine Sorgfaltspflichtverletzung erblickt und damit eine Schadensersatzpflicht der Beschwerdeführer nach Art. 754 Abs. 1 OR bejaht hat. Dass die Organe, zu einem Zeitpunkt in dem die Gesellschaft kein Gewinn mehr erwirtschaftet, die Interessen der Muttergesellschaft statt diejenigen der eigenen Gesellschaft wahrgenommen haben, hat die Vorinstanz als Treuepflichtverletzung gewertet – und nicht wie manchmal angenommen als entlastend angesehen. Das Bundesgericht nimmt zu dieser Frage keine Stellung.

Notizen / Notes:

Verwaltungsräte, die einer Tochtergesellschaft Darlehen gewähren, obwohl sie wissen sollten, dass sie nicht mehr saniert werden kann, verletzen ihre Pflichten.

⁵³ Erw. 2.2.

⁵⁴ Erw. 2.2.

Dass die Verwaltungsräte glauben, die Tochtergesellschaft kann saniert werden, ist unerheblich: entscheidend ist, ob eine Sanierung objektiv noch möglich erscheint.

Ausgaben, die schon getätigt wurden, sind keine Rechtfertigung für eine weitere Vergrößerung der Verschuldung.

Für die Vorinstanz bestand – zumindest ab dem Zeitpunkt, ab dem die Gesellschaft keinen Gewinn mehr erwirtschaften konnte – eine Pflicht der Verwaltungsräte, die Interessen ihrer eigenen Gesellschaft wahrzunehmen; die Verfolgung der Interessen des Konzerns galt (zu diesem Zeitpunkt) nicht als Rechtfertigungsgrund. Das Bundesgericht bestätigt das Ergebnis, ohne zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

Il y a violation des obligations des administrateurs lorsque ceux-ci consentent des prêts à une filiale de la société dont ils devraient savoir qu'elle ne peut plus être assainie.

La croyance des administrateurs en la possibilité d'assainissement de la filiale est sans pertinence ; il y a lieu de se demander objectivement si l'assainissement paraît probable.

Le Tribunal fédéral ne cautionne pas la politique de la «fuite en avant». En d'autres termes, le fait d'avoir déjà beaucoup investi dans un assainissement ne justifie pas de continuer lorsqu'il apparaît que l'assainissement devient improbable.

L'instance inférieure avait clairement statué une obligation des administrateurs d'agir dans l'intérêt de «leur» société – à tout le moins lorsqu'elle n'est plus capable de générer des profits pour couvrir ses dettes – s'opposant implicitement à la thèse selon laquelle l'intérêt du groupe peut justifier certains comportements. Le Tribunal fédéral confirme le jugement, sans se prononcer sur cette question.

- (ii) Überhöhtes Verwaltungsratshonorar /
Honoraires excessifs des membres du conseil d'administration

Einen bemerkenswerten Entscheid hat das Kantonsgericht Graubünden gefällt.⁵⁵ Der Entscheid ist dem Vernehmen nach eines von vielen Urteilen im Rahmen von Zwistigkeiten einer Familienaktiengesellschaft.

Im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Mitglieder des Verwaltungsrats wurde Schadenersatz wegen überhöhtem Verwaltungsratshonorar geltend gemacht. Konkret ging es um die Verwaltungsratspräsidentin, die monatlich ein Honorar von CHF 1'500 zuzüglich Spesen von CHF 500 er-

⁵⁵ KG GR ZF 08 19/20 vom 10.06.2008 (rechtskräftig).

hielt, während die anderen beiden Mitglieder ein Honorar von monatlich CHF 400 zuzüglich Spesen von CHF 200 erhielten.

Das Kantonsgericht stellt fest, dass bei der Festlegung des Honorars eines Verwaltungsrats ein relativ weiter Ermessensspielraum besteht, der seine Grenze im offensichtlichen Missverhältnis zur Gesamtleistung des Verwaltungsratsmitglieds gemäss Art. 678 Abs. 2 OR findet. Das Mass der Marktüblichkeit darf nicht überschritten werden. Die Festsetzung des Honorars erfolgt insbesondere nach den Kriterien der Beanspruchung bzw. des Umfangs der geleisteten Arbeit, des Erfolgs der Geschäftsführung, der Bedeutung und der finanziellen Situation der Gesellschaft sowie der Verantwortung. Das Verwaltungsrats Honorar muss angemessen sein, wobei die Angemessenheit im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu beurteilen ist. Die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft spielt dabei eine wichtige Rolle.⁵⁶

Im vorliegenden Fall stellt das Kantonsgericht fest, dass der Verwaltungsratspräsidentin eine Entschädigung von CHF 2'000 pro Monat zukam, die damit mehr als dreimal so hoch ausfiel wie diejenige der beiden anderen Verwaltungsratsmitglieder, denen CHF 600 pro Monat ausbezahlt wurden. Es erscheint klar, dass einer Verwaltungsratspräsidentin gewisse Zusatzaufgaben zukommen, beispielsweise die Einberufung und Vorbereitung von Verwaltungsratssitzungen oder die Vertretung des Unternehmens nach aussen. Trotzdem dürfte ihr Arbeitsaufwand für die Gesellschaft nicht derart viel höher gewesen sein als derjenige der anderen Mitglieder. Gleichzeitig fällt ins Gewicht, dass der Verwaltungsrat aus drei Personen bestand, die Verantwortung somit nicht allein von der Präsidentin, sondern von allen drei gemeinsam zu tragen war. Wesentlich erscheint sodann, dass sich die finanzielle Situation der Gesellschaft in den letzten Jahren stetig verschlechtert hatte und sich keine Wende abzeichnete. Unter all diesen Umständen wurde nach Ansicht des Kantonsgerichts der Ermessensspielraum mit einer Entschädigung von CHF 2'000 pro Monat überschritten. In Anbetracht der konkreten Situation hat das Kantonsgericht ein monatliches Honorar von CHF 600 als angemessen erachtet, was dem anderthalbfachen des Honorars der anderen beiden Verwaltungsratsmitglieder entspricht. Zudem erscheint es dem Gericht angebracht, die Spesen von monatlich CHF 500 um die Hälfte auf CHF 250 zu reduzieren.⁵⁷

Weil sich das überhöhte Verwaltungsrats Honorar für die Gesellschaft nachteilig auswirkte, hatten die Verwaltungsratsmitglieder ihre Sorgfalts- und Treupflicht nach Art. 717 OR verletzt, namentlich die allgemeine Pflicht zur sorgfältigen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens. Der übersetzte Teil des

⁵⁶ Erw. 5b.

⁵⁷ Erw. 5c.

Verwaltungsratshonorars bildete nach Ansicht des Kantonsgerichts zudem eine verdeckte Gewinnausschüttung, die nach Art. 678 OR verboten ist. Weil auch der adäquate Kausalzusammenhang und das Verschulden gegeben waren, verurteilte das Kantonsgericht die beiden Verwaltungsratsmitglieder zur Bezahlung des entstandenen Schadens.⁵⁸

Notizen / Notes:

Obwohl überhöhte Verwaltungsratsvergütungen ein heisses Thema sind, gibt es kaum Urteile, in denen ein Honorar für übermässig gehalten wird, da Verwaltungsräte einen grossen Ermessensspielraum für die Festlegung ihrer eigenen Vergütung geniessen. Um festzustellen, ob ein Honorar offensichtlich missbräuchlich ist, d.h., das Mass des Marktüblichen überschreitet, müssen die Kriterien der Beanspruchung bzw. des Umfangs der geleisteten Arbeit, des Erfolgs der Geschäftsführung, der Bedeutung und der finanziellen Situation der Gesellschaft sowie der Verantwortung berücksichtigt werden. Einige dieser Kriterien (insbesondere die Höhe der Verantwortung einerseits und die finanzielle Stellung der Gesellschaft andererseits) stehen zum Teil in einem umgekehrten Verhältnis zueinander. Der Entscheid des Kantonsgerichts, dessen Hauptgründe der Unterschied der Vergütungen der Verwaltungsratspräsidentin einerseits und der ordentlichen Mitglieder andererseits für ähnliche Aufgabenbereiche sowie die ständige Verschlechterung der finanziellen Lage der Gesellschaft sind, scheint um so strenger, als er (auch) dazu führt dass die ordentlichen Mitglieder, die ohnehin ein kleineres Honorar erhielten, für den übersetzten Teil des Verwaltungsratshonorars haften müssen. Es ist vielleicht richtig, dass das monatliche Honorar der ordentlichen Mitglieder – CHF 400, die neben den in der Presse verschrienen Honoraren lächerlich erscheinen – bei Gesellschaften wie derjenigen im Urteil einer üblichen Vergütung entsprechen: das Gericht sagt es aber nicht ausdrücklich.

Si le thème des rémunérations excessives des dirigeants sociaux est dans toutes les bouches, il est rare que les tribunaux considèrent que la rémunération d'un administrateur soit abusive tant il est vrai que la loi confère un large pouvoir d'appréciation au conseil d'administration pour la fixation des indemnités de ses membres. Le caractère manifestement abusif d'une rémunération – sa disparité par rapport aux conditions du marché – doit être apprécié au regard des critères des exigences de la fonction et du travail fourni, du succès de la gestion, de l'importance et de la situation financière de la société ainsi que de la responsabilité, étant précisé que certains de ces critères, tels en particulier les exigences de la fonction et la responsabilité, d'une part, et la situation financière de la société, d'autre part, pointent dans des sens opposés. La décision du tribunal cantonal, qui se fonde surtout sur

⁵⁸ Erw. 5d.

la différence de rémunération entre la présidente du conseil et ses membres ordinaires pour des tâches jugées presque équivalentes ainsi que sur la détérioration constante de la situation financière de la société, semble d'autant plus sévère qu'elle conduit (aussi) à mettre à la charge des administrateurs les moins bien payés les montants jugés excessifs perçus par la présidente du conseil. Elle se fonde sur la prémisse – peut-être exacte, mais non argumentée – que les rémunérations mensuelles de CHF 400 perçues par les administrateurs ordinaires (qui sont évidemment ridicules comparées aux montants dont la presse se scandalise régulièrement) correspondent à une rémunération usuelle pour les sociétés comparables à la société en cause.

(iii) Interessenkonflikte / Conflits d'intérêts

In einer nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Erwägung des folgenden Entscheides hatte das Bundesgericht auch noch Gelegenheit, auf die Frage von Pflichtverletzungen bei In-sich-Geschäften einzugehen.⁵⁹ Konkret ging es um eine offensichtlich unbegründete Zahlung an ein einzelnes Mitglied des Verwaltungsrats. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass nach Art. 717 Abs. 1 OR die Mitglieder des Verwaltungsrats ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen. Diese Treuepflicht charakterisiert sich als Interessenwahrungspflicht und gebietet, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Geschäftsinteresse ausrichten und eigene Interessen gegebenenfalls zurückstellen, wobei ein strenger Massstab anzulegen ist. Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, hat der betroffene Verwaltungsrat mittels geeigneten Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden. Daraus wird in der Lehre abgeleitet, dass das Verwaltungsratsmitglied in den Ausstand zu treten hat, wenn über Verträge zwischen ihm oder einer ihm nahestehenden Person und der Gesellschaft abgestimmt wird. Weiss das betreffende Verwaltungsratsmitglied um den die Gesellschaft schädigenden Charakter eines Geschäfts und schreitet es dennoch nicht ein, verhält es sich auf gleiche Weise treuwidrig wie die anderen am Geschäft beteiligten Mitglieder des Verwaltungsrats. Auch wenn es sich beim eigentlichen Abschluss des Geschäfts in den Ausstand begeben hätte, wäre damit die eigentliche Treuwidrigkeit, die Belastung der Gesellschaft mit einer Forderung ohne Gegenleistung, über welche das betreffende Verwaltungsratsmitglied nicht im Unklaren sein konnte, nicht beseitigt.⁶⁰

⁵⁹ BGE 136 III 322 (=BGer 4A_462/2009 vom 16. März 2010).

⁶⁰ Erw. 6.3 (nicht in amt. Sammlung publiziert).

Notizen / Notes:

Zu Recht hält das Bundesgericht hier fest, dass der Ausstand bei Interessenkonflikten eines Verwaltungsratsmitglieds nicht immer ausreicht. Weiss das betreffende Verwaltungsratsmitglied um den die Gesellschaft schädigenden Charakter eines Geschäfts, muss es einschreiten, um das Geschäft zu verhindern.

Le Tribunal fédéral retient, à juste titre, que l'administrateur qui est en situation de conflit d'intérêts avec la société et qui ne peut ignorer le caractère préjudiciable d'une décision pour cette dernière ne peut se contenter de s'abstenir; il doit intervenir afin d'empêcher la décision d'être prise.

cc) Schadensberechnung bei Konkursverschleppung /
Calcul du dommage en cas de retard dans l'avis au juge

In vorherigen Fall konnte sich das Bundesgericht auch mit der Frage des Konkursverschleppungsschadens auseinandersetzen.⁶¹ Ein so genannter Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung liegt vor, wenn der Schaden in der Vergrösserung der Verschuldung der Konkursitin durch eine verspätete Konkurserklärung entstanden ist. Der Schaden, der durch eine verzögerte Konkurseröffnung entstanden ist, kann in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkurseröffnung verglichen wird. Es gilt also, den Vermögensstand der Gesellschaft bei Konkurseröffnung mit dem Vermögensstand zu jenem Zeitpunkt zu vergleichen, auf welchen die eingeklagten Organe bzw. die Revisionsgesellschaft nach klägerischer Behauptung die Konkurseröffnung bei pflichtgemäsem Handeln hätten herbeiführen müssen. Zu diesem Zweck muss der Überschuldungsgrad gestützt auf Liquidationswerte ermittelt werden, denn die Konkurseröffnung zieht die Auflösung der Gesellschaft nach sich und deren Liquidation nach den Regeln des Konkursrechts. In diesem Stadium hat der Fortführungswert, da der gewöhnliche Geschäftsbetrieb eingestellt wird, diesbezüglich seine Bedeutung verloren.⁶² Dabei kann nur der Teil des Fortführungsschadens für die Ersatzpflicht relevant sein, der adäquat kausal auf die Pflichtwidrigkeit des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds zurückzuführen ist.⁶³ Der Schaden kann letztlich nur geschätzt werden, da die Ermittlung des Vermögensstandes beim behaupteten pflichtgemässen Verhalten notwendigerweise auf einer Hypothese beruht.

⁶¹ BGE 136 III 322.

⁶² Erw. 3.2.1.

⁶³ Erw. 3.2.2.

Eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR hat im Rahmen richterlicher Rechtsanwendung von Amtes wegen zu erfolgen.⁶⁴

Notizen / Notes:

Der Schaden, der durch eine verzögerte Konkursöffnung entstanden ist, kann in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkursöffnung verglichen wird. Massgebend sind dabei die Liquidationswerte. Da die Ermittlung des Vermögensstandes beim behaupteten pflichtgemässen Verhalten notwendigerweise auf einer Hypothese beruht, kann der Schaden letztlich nur gemäss Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden, was im Rahmen richterlicher Rechtsanwendung von Amtes wegen zu erfolgen hat.

Le dommage consécutif au dépôt tardif du bilan peut être constaté en comparant les pertes de la société au moment de la naissance de l'obligation d'aviser le juge (telles qu'elles résultent de la comptabilité de la société) avec celles existant au moment où le bilan est effectivement déposé. Les valeurs de liquidation sont déterminantes à cet égard. Le dommage ne peut être qu'estimé conformément à l'art. 42 al. 2 CO (et il doit l'être d'office), dès lors que la constatation de la situation de la société telle qu'elle se serait présentée en cas de respect de l'obligation d'aviser le juge ne repose que sur une hypothèse.

dd) Einreden / Objections

(i) Zustimmung der Generalversammlung /
Consentement de l'assemblée générale

Dans le cadre d'une action en responsabilité exercée hors faillite,⁶⁵ le Tribunal fédéral a eu à se demander si un conflit d'intérêts d'un organe – en l'occurrence Y, qui était administrateur d'une société de gestion d'immeubles (ci-après: régie) – avait causé un dommage à une société immobilière. Après que la gérance de l'immeuble de cette dernière eut été confiée à celle-là, Y avait également été nommé administrateur de la société immobilière.

Lors de la faillite de la régie, il apparut que la régie était dans l'incapacité de payer des factures prétendument déjà acquittées pour le compte de la société immobilière et de restituer des fonds débités à tort du compte de cette dernière. La demanderesse reprocha à Y d'avoir accepté un mandat d'admini-

⁶⁴ Erw. 3.4.5.

⁶⁵ BGer 4A_317/2009 vom 01.10.2009.

strateur auprès de la société immobilière alors qu'il était déjà administrateur de la régie en difficulté. Le Tribunal fédéral rappelle que les membres du conseil d'administration sont nommés par l'assemblée générale (art. 698 al. 2 ch. 2 CO) et que les actionnaires n'ignoraient pas le rôle de l'intimé dans la société qui gérait l'immeuble; qu'il était même probable que l'intimé ait été choisi comme administrateur précisément parce qu'il s'occupait déjà de l'immeuble dans son activité pour la régie. La société (dont la recourante était cessionnaire) ne pouvait donc pas reprocher à son administrateur un choix qui avait été fait par son assemblée générale, un administrateur ne pouvant être tenu responsable (à l'égard de la société) lorsqu'il exécute une décision de l'assemblée générale régulièrement prise et non attaquée.⁶⁶

Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral retient qu'un conflit d'intérêts à lui seul ne cause pas de dommage.⁶⁷ Il précise aussi que seules les violations de devoirs dans le cadre des fonctions de la société lésée, par exemple le fait de tarder à prendre des mesures susceptibles de lui éviter des pertes, peuvent engendrer une responsabilité à l'égard de celle-ci.⁶⁸ Le fait que la personne recherchée ait pu éviter le dommage en privilégiant la société lésée dans le cadre de ses fonctions auprès d'un tiers n'entre pas en considération dans ce contexte.⁶⁹

Notizen / Notes:

Ein Organ darf der Gesellschaft (oder ihrer Abtretungsgläubigerin) Einreden entgegenhalten, welche die Gesellschaft angehen. Die Einwilligung der Gesellschaft gehört zu diesen Einreden; eine solche Einwilligung liegt vor, bei einem rechtmässig getroffenen und nicht angefochtenen Generalversammlungsbeschluss.

Confirmation de la règle selon laquelle la personne recherchée peut opposer à la société (ou à son cessionnaire) les exceptions qui sont propres à la société. Le consentement de la société fait partie de ces exceptions; il peut prendre la forme d'une décision valablement prise et non contestée de l'assemblée générale.

⁶⁶ Consid. 2.3.

⁶⁷ Consid. 2.3.

⁶⁸ Consid. 2.5.

⁶⁹ Consid. 2.6.

(ii) Verrechnung bei Verantwortlichkeitsklagen /
Compensation des prétentions en responsabilité

Dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée contre un administrateur dans la faillite de la société, le Tribunal fédéral avait à juger si l'administrateur recherché pouvait compenser la prétention en réparation du dommage dirigée contre lui avec la créance dont il disposait contre la société.

Selon la jurisprudence, lorsqu'un créancier social exerce l'action de la communauté des créanciers, le responsable recherché ne peut pas lui opposer une objection qu'il aurait contre lui personnellement, par exemple une faute concomitante ou une créance compensatoire, ni une objection résultant du consentement de la société avant la faillite, par exemple le vote de décharge ou l'accord de l'assemblée générale. En revanche, le responsable recherché peut opposer en compensation les créances qu'il avait contre la société avant la faillite. La faillite ne fait évidemment pas disparaître les dettes de la société et celles-ci sont opposables aussi à la communauté des créanciers. L'administrateur était donc en droit d'opposer en compensation à la créance invoquée par le recourant sa propre créance personnelle contre la société dès lors que celle-ci était née avant la faillite.

Notizen / Notes:

Bestätigung der Rechtsprechung, aufgrund derer der ins Recht Gefasste einem Gesellschaftsgläubiger, der aus dem Recht der Gläubigergesamtheit klagt, Einreden entgegenhalten darf, welche ihm gegen die Gläubigergemeinschaft zustehen. Schulden der Gesellschaft können der Gläubigergesamtheit entgegengehalten werden.

Confirmation selon laquelle le responsable recherché peut opposer à la collectivité des créanciers (ou au cessionnaire selon 260 LP) les exceptions opposables à la communauté des créanciers. Les dettes de la société, y compris celles à l'égard des personnes responsables, sont opposables à la communauté des créanciers.

(iii) Gläubigerschaden bei Rangrücktritt (1) /
Dommage des créanciers en cas de postposition (1)

Pour déterminer l'étendue du dommage dans le cadre d'un procès en responsabilité dirigé contre un réviseur, le Tribunal fédéral a (de nouveau) pris position sur l'opposabilité des postpositions de créance.⁷⁰

Dans un précédent arrêt,⁷¹ répété ici par le Tribunal fédéral,⁷² celui-ci avait retenu que le dommage dont un réviseur pouvait être tenu responsable consis-

⁷⁰ ATF 4A_478/2008 du 16.12.2008.

⁷¹ Voir ATF 132 III 564.

tait dans l'augmentation du découvert entre le moment où la faillite aurait été prononcée si l'organe de révision n'avait pas manqué à ses devoirs et le moment où elle avait effectivement été prononcée. Ce dommage devait être calculé en évaluant les actifs de la société à leur valeur de liquidation aux deux dates déterminantes. Le Tribunal fédéral avait considéré que, dans ce calcul du dommage subi par la société, il y avait lieu de tenir compte de l'ensemble des fonds étrangers inscrits au passif du bilan de la société, y compris les créances postposées des actionnaires. En effet, la postposition de créance ne constituait pas un abandon de créance et n'éliminait pas le surendettement; la créance postposée continuait d'exister en tant que passif de la société et le créancier obtenait un acte de défaut de biens dans la faillite.

Le Tribunal fédéral confirme son point de vue antérieur en rappelant que lorsque la société tombe en faillite, la créance que celle-ci pouvait faire valoir contre l'organe responsable est remplacée par une créance de la communauté des créanciers, ce qui permet au créancier qui a obtenu la cession des droits de la masse contre l'organe responsable en application de l'art. 260 LP de réclamer la réparation de tout le dommage causé directement à la société et indirectement aux créanciers de celle-ci. Or, dès lors que celui-ci fait valoir les droits de la communauté des créanciers, il ne peut se voir opposer ni des exceptions personnelles, par exemple le fait qu'il aurait contribué ou consenti à la survenance du dommage, ni des exceptions concernant la société, par exemple le fait que celle-ci aurait consenti aux actes dommageables de ses organes. En l'espèce, la recourante ne peut donc pas opposer à l'intimée, qui exerce l'action de la communauté des créanciers sur la base d'un mandat, le fait que les créanciers postposés respectivement la société faillie auraient consenti au dommage⁷³.

Quant au fait que les créances postposées n'aient pas été produites dans la faillite, il est dépourvu d'incidence sur le calcul du dommage subi directement par la société et indirectement par les créanciers de celle-ci. En effet, ce dommage consiste dans l'augmentation du découvert entre le moment où la faillite aurait été prononcée si la recourante n'avait pas manqué à ses devoirs et le moment où elle a effectivement été prononcée⁷⁴.

⁷² Consid. 4.2.

⁷³ Consid. 4.3.2.

⁷⁴ Consid. 4.3.2.

Notizen / Notes:

Bestätigung der Rechtsprechung wonach dem Gläubiger, der die Rechte der Gläubigergesamtheit geltend macht, weder persönliche Einreden, wie zum Beispiel, dass er zur Entstehung des Schadens beigetragen oder diesem zugestimmt habe, noch Einreden der Gesellschaft, wie zum Beispiel, dass sie den schädigenden Handlungen ihrer Organe zugestimmt habe, entgegengehalten werden können. Im vorliegenden Fall urteilt das Bundesgericht deshalb, dass dem klagenden Gläubiger auch nicht die Rangrücktrittsvereinbarung entgegengehalten werden darf, da sie eine Vereinbarung zwischen den nachrangigen Gläubigern und der Gesellschaft darstellt (insoweit ihr alle Aktionäre oder die Generalversammlung zugestimmt haben, z.B. bei Genehmigung der Jahresrechnung). Formell gesehen, sind tatsächlich nur die nachrangigen Gläubiger und die Gesellschaft Parteien der Rangrücktrittsvereinbarung. Da sie aber die anderen Gläubiger begünstigt, scheint es gerechtfertigt, anzunehmen, dass diese ihr stillschweigend zustimmen. Auch das in OR 725 Abs. 2 *in fine* normierte Zuwarten mit der Überschuldungsanzeige findet seine Rechtfertigung im Gedanken, dass die nicht nachrangigen Gläubiger dem Rangrücktritt stillschweigend zustimmen. Diese Lösung wäre u.E. befriedigender.

Le Tribunal fédéral s'en tient à la jurisprudence selon laquelle seules les exceptions opposables à la communauté des créanciers peuvent être invoquées à l'encontre d'une action de ladite communauté ou de son cessionnaire (au sens de l'art. 260 LP). Cela le conduit à refuser de tenir compte d'une postposition, qui est un accord entre la société et les (seuls) créanciers postposés, et qui pourrait être opposée à chacun des créanciers postposés ainsi qu'à la société (dans l'hypothèse où tous les actionnaires ou encore l'assemblée auraient approuvé cette postposition, par exemple lors de l'approbation des comptes).

Sur un plan strictement formel, il est vrai que la postposition est un accord entre la société et les seuls créanciers postposants. Cela étant, dans la mesure où celle-ci profite essentiellement aux créanciers non postposants, il semblerait juste de considérer que ceux-ci y consentent implicitement: n'est-ce pas aussi ce consentement implicite des créanciers non postposés qui permet, dans le contexte de l'art. 725 al. 2 CO in fine, de renoncer à ce que le bilan soit déposé, alors même que la société reste surendettée? L'admettre permettrait d'arriver à un résultat plus satisfaisant, qui ne découragerait pas les actionnaires-créanciers de postposer leurs créances.

- (iv) Gläubigerschaden bei Rangrücktritt (2) /
Dommage des créanciers en cas de postposition (2)

Das Bundesgericht bestätigte im oben erwähnten Entscheid zu der Bildung von stillen Reserven (Ia) auch seine Praxis zum Gläubigerschaden beim Bestehen von Rangrücktritten.⁷⁵ Weil bei der Verantwortlichkeitsklage im Konkurs der Gesellschaft nicht der Schaden einzelner Gläubiger zur Diskussion steht, sondern der Reflexschaden der Gläubigersamtheit, der deckungsgleich ist mit dem aus der Pflichtverletzung der Organe resultierenden Schaden der Gesellschaft, muss der Rangrücktritt bei der Berechnung des mittelbaren Schadens unberücksichtigt bleiben, da mit dem Rangrücktritt die betreffenden Schulden der Gesellschaft nicht wegfallen.⁷⁶

Notizen / Notes:

Vergleiche den Kommentar zum vorigen Entscheid.

Voir le commentaire de l'arrêt précédent.

2. GmbH / Sàrl

- a) *Handeln im Namen der zu gründenden Gesellschaft /*
Actes faits au nom de la société en formation

A teneur de l'art. 783 al. 3 aCO (qui correspond à l'actuel art. 779 al. 2 CO ainsi qu'à l'art. 645 CO, applicable à la société anonyme et à l'art. 838 CO, applicable à la société coopérative), si les obligations expressément contractées au nom de la future société ont été assumées par elle dans les trois mois à dater de son inscription, les personnes qui les ont contractées en sont libérées, et la société demeure seule engagée. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler les conditions d'application de cette disposition dans une affaire vaudoise dont les faits étaient les suivants.⁷⁷ Deux dames avaient acquis un fonds de commerce avant de constituer une société à responsabilité limitée qui devait reprendre ledit fonds de commerce. Peu après la constitution, l'une des fondatrices et associées avait cédé sa participation à l'autre et ce au su du vendeur. C'est cependant la fondatrice qui n'était plus associée qui avait été recherchée en paiement du solde du prix du fonds de commerce par le vendeur. Le Tribunal fédéral a confirmé qu'elle était tenue du paiement du prix. Il a rappelé qu'en effet, dans le cadre de l'art. 783 al. 3 aCO, la libération des personnes ayant agi au nom de la société intervenait indépendamment du

⁷⁵ BGer 4A_277/2010 vom 2. September 2010.

⁷⁶ Erw. 2.3.

⁷⁷ ATF 4A_451/2008 du 18 novembre 2008.

consentement du créancier à la reprise de dette par la société, lors même qu'elle ne serait pas en mesure de faire face à ses engagements. Dès lors, l'une des conditions à la libération des auteurs de leurs engagements personnels était qu'ils aient agi «expressément», c'est-à-dire de manière clairement reconnaissable, au nom de la société à constituer. Le créancier devait en effet pouvoir se rendre compte, au moment où il concluait, que la société à constituer serait son futur partenaire contractuel et qu'il acceptait donc de manière anticipée un changement de partie.⁷⁸ Dans le cas d'espèce, les fondatrices n'avaient pas expressément agi au nom de la société à créer et ne pouvaient donc se libérer de l'obligation de payer le prix du fonds de commerce en la transférant à la société sans l'accord du vendeur.⁷⁹

Notizen / Notes:

Gemäss Art. 779 Abs. 2 OR (sowie gemäss Art. 645 und 838 OR) findet die Übernahme der Verpflichtungen durch die Gesellschaft – und somit die Befreiung der Handelnden – gegen den Willen des Vertragspartners nur dann statt, wenn diese Verpflichtungen ausdrücklich im Namen der zu gründenden Gesellschaft eingegangen wurden.

Dans le cadre de l'art. 779 al. 2 CO (comme des art. 645 et 838 CO), la reprise des engagements par la société sans l'accord du cocontractant – et, partant, l'effet libératoire pour les personnes qui ont contracté lesdits engagements – n'intervient que si ces engagements ont été expressément pris au nom de la société au moment de leur conclusion.

b) *Parteistellung der Geschäftsführer / Qualité de partie des gérants*

In einem konkursrechtlichen Entscheid hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob die geschäftsführende Gesellschafterin einer GmbH, die einzelzeichnungsberechtigt war, ein Konkursdekret weiterziehen durfte, das aufgrund einer Überschuldungsanzeige eines anderen, ebenfalls einzelzeichnungsberechtigten Gesellschafters und Geschäftsführers ausgesprochen worden war.⁸⁰ Das Bundesgericht hielt fest, dass die Frage, ob in Fällen dieser Art ein (anderer) einzelner vertretungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer das Konkursdekret weiterziehen kann, zu Recht bejaht wird.⁸¹ Da aber die Gesellschafterin nicht im Namen der Gesellschaft gehandelt hatte und (so das Bundesgericht) auch nicht behauptet hatte, die Vorinstanz hätte auf ein Vertre-

⁷⁸ Consid. 2.1.

⁷⁹ Consid. 2.2.

⁸⁰ BGE 135 III 510 (=BGER 5A_224/2009 vom 22. Mai 2009).

⁸¹ Erw. 3.2.2.

tungsverhältnis schliessen müssen, musste es prüfen, ob das rekurrierende Organ Parteistellung hat. Es entschied, dass der Gesellschafter selber ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, zumal dieser der Organhaftung nach Art. 827 OR unterliegt und fand es sachgerecht, ein strittiges Verfahren zwischen der konkursit erklärten Gesellschaft und dem betreffenden Geschäftsführer anzunehmen.⁸²

Notizen / Notes:

Gemäss diesem Entscheid hat der geschäftsführende und (einzel-)vertretungsberechtigte Gesellschafter Parteistellung, um das Konkursdekret anzufechten. Die Begründung des Bundesgerichts, die auf die Organhaftung nach Art. 827 OR hinweist, lässt darauf schliessen, dass weder die Vertretungsbefugnis, noch die Gesellschafterstellung ausschlaggebend sind, wohl aber die Geschäftsführerstellung. Das Bundesgericht spricht sich auch nicht ausdrücklich zur Parteistellung der Gesellschaft aus: Da diese aber in erster Linie ein Interesse daran hat, nicht in Konkurs zu fallen, wenn die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind, muss die Parteistellung u.E. auch hier gegeben sein. Nur ein vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Gesellschaft darf in einem solchen Fall die Klage im Namen der Gesellschaft einreichen.

Selon cet arrêt, l'associé chargé de la gestion et de la représentation de la société à responsabilité limitée (avec signature individuelle) est en droit de recourir contre le prononcé de faillite. L'argumentation du Tribunal fédéral, qui se réfère à la responsabilité des organes au sens de l'art. 827 CO, permet de déduire que ce n'est pas la qualité de membre de la Sàrl ou la qualité de personne habilitée à la représenter qui est déterminante, mais bien sa qualité de gérant. Le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur la qualité pour agir de la société elle-même dans un tel cas: le fait que celle-ci soit en première ligne intéressée à ne pas être mise en faillite lorsque les conditions ne sont pas réalisées nous amène à considérer que la compétence de la société doit également être donnée dans ce cas. C'est alors un gérant disposant de la qualité pour représenter la société qui doit agir au nom de celle-ci.

c) Verantwortlichkeit / Responsabilité

aa) Gründer / Fondateurs

In einem anderen Entscheid nahm das Bundesgericht zur Verantwortlichkeit der Gründer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung Stellung. Dabei ging es um Gründer, die gemäss Übernahmevertrag und -bilanz eine Liegenschaft und verschiedene Passiven in die Gesellschaft einbringen sollten, ihr aber nur

⁸² Erw. 3.3.2.

die Passiven übertragen hatten, da die Liegenschaft nicht rechtsgültig in das Vermögen der Gesellschaft eingegangen war.⁸³

Das Bundesgericht führte aus, die Verantwortlichkeit der bei der Gründung einer GmbH mitwirkenden Personen richte sich gemäss Art. 827 OR nach den Bestimmungen des Aktienrechts. Die Gründer würden demnach der Gesellschaft, den einzelnen Gesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, wenn sie unter anderem absichtlich oder fahrlässig Sacheinlagen in den Statuten oder einem Gründungsbericht unrichtig oder irreführend angeben, verschweigen oder verschleiern oder die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister aufgrund einer Bescheinigung oder Urkunde veranlassen, die unrichtige Angaben enthält (Art. 753 Ziff. 1 und 2 OR), wobei die unrichtige oder unvollständige Angabe von Sacheinlagen und die Einreichung von Urkunden oder Bescheinigungen, die unrichtige Angaben enthalten, notwendigerweise nebeneinander hergehen.⁸⁴

In der Tatsache, dass die Statuten eine Sacheinlage auswiesen, über welche die Gesellschaft gar nicht verfügen konnte, da die Liegenschaft gar nicht eingebracht war, sah das Bundesgericht eine Überbewertung der Sacheinlage und demnach ihre unrichtige Umschreibung in den Statuten. Somit lag eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von Art. 753 OR vor.⁸⁵

Die Gründer machten geltend, es fehle an einem natürlichen Kausalzusammenhang, da der Schaden auch dann entstanden wäre, wenn sich das Grundstück im Eigentum der Gesellschaft befunden hätte. Denn wie sich nachträglich herausgestellt habe, habe das Grundstück zu einem zu tiefen Preis verwertet werden müssen, so dass die Gesellschaft leer ausgegangen sei und es zum Konkurs derselben gekommen sei. Das Bundesgericht entgegnete, eine Verwertung hätte gar nicht stattfinden müssen, wenn die Gründer die Liegenschaft – wie in der Gründungsurkunde erwähnt – „unbeschwert von Rechten Dritter“ eingebracht hätten.⁸⁶

Schliesslich widersetzte sich das Bundesgericht der Auffassung, dass bei der Gründungshaftung ein besonderer Schadensbegriff gilt, gemäss welchem der Schaden dem gezeichneten, aber nicht liberierten Aktienkapital entspricht. Nach ständiger Rechtsprechung sei der Schaden – auch bei der Gründungshaftung – die ungewollte Verminderung des Reinvermögens, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann und der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, entspricht. Demzufolge kann der Schaden durchaus grösser

⁸³ BGer 4A_61/2009 vom 26. März 2009.

⁸⁴ Erw. 3.

⁸⁵ Erw. 4.2.

⁸⁶ Erw. 5.3.

sein als das Liberierungsmanko. Im vorliegenden Falle entsprach dies der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Sacheinlage und ihrer Anrechnung auf das Grundkapital, d.h. der Summe des Wertes der übertragenen Passiven und des Grundkapitals.⁸⁷

Notizen / Notes:

Wird eine in den Statuten oder einer Gründungsurkunde ausgewiesene Einlage nicht eingebracht, liegt Überbewertung und demzufolge unrichtige Beschreibung einer Sacheinlage i.S. von Art. 753 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR vor.

Bei der Gründungshaftung gilt kein besonderer Schadensbegriff. Der Schaden kann durchaus grösser sein als das Liberierungsmanko. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, i.e. bei Überbewertung einer Sacheinlage der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Sacheinlage und ihrer Anrechnung auf das Grundkapital.

Si un apport en nature mentionné dans les statuts ou l'acte de fondation n'est pas apporté à la société, il y a surévaluation de l'apport en nature et, partant, indication inexacte d'un apport en nature au sens de l'art. 753 ch. 1 et 2 CO.

Il n'y a pas de notion particulière du dommage lors de la fondation; le dommage peut être supérieur au montant non intégralement libéré des parts sociales. Le dommage correspond à la différence entre le patrimoine actuel et le patrimoine tel qu'il aurait été sans l'événement dommageable. En cas de surévaluation d'un apport en nature, il correspond à la différence entre la valeur actuelle de l'apport et le montant pour lequel il a été imputé sur le capital social.

bb) Geschäftsführer / Gérants

In einem weiteren verantwortungsrechtlichen Entscheid hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob ein Geschäftsführer einer GmbH, der nicht zugleich Gesellschafter war, gemäss Art. 52 AHVG haftpflichtig war.⁸⁸ Es hielt fest, auch Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind, haften für den von der Ausgleichskasse wegen der Beitragsausfälle erlittenen Schaden nach den gleichen Grundsätzen wie Organe der Aktiengesellschaft. Es trifft sie die gleichen Pflichten wie diese Organe, insbesondere die Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 OR, die insbesondere die Kontrolle und Überwachung der Einhaltung der sozialversicherungsrechtlichen Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten beinhaltet. In einer kleinen GmbH, die 7 bis 10 Personen beschäf-

⁸⁷ Erw. 5.4.

⁸⁸ BGer 9C_6/2009.

tigt, muss sich der Geschäftsführer zwingend versichern, dass den Verbindlichkeiten gegenüber der Ausgleichskasse nachgekommen wird; er darf sich nicht darauf berufen, dass die geschäftsführenden Gesellschafter die Gesellschaft faktisch beherrschen. Tut er das nicht, wird er haftpflichtig.

Notizen / Notes:

Der Entscheid bestätigt die geltende Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG. Die Geschäftsführer der GmbH unterliegen, auch wenn sie nicht Gesellschafter sind, einer Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 717 OR, die insbesondere die Kontrolle und Überwachung der Einhaltung der sozialversicherungsrechtlichen Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten beinhaltet.

Bei kleineren Gesellschaften muss ein Geschäftsführer diese Pflichten persönlich ausführen; er darf sich (insbesondere) nicht darauf berufen, dass die geschäftsführenden Gesellschafter die Gesellschaft faktisch beherrschen.

Confirmation de la jurisprudence concernant l'art. 52 LAVS. Les gérants d'une Sàrl sont soumis à l'obligation de diligence au sens de l'art. 717 CO, qui comprend en particulier l'obligation de contrôler et surveiller le respect des obligations de rétention et paiement des cotisations d'assurances sociales.

Dans des petites sociétés, un gérant doit assumer personnellement ces obligations; il ne peut (en particulier) se prévaloir de ce que les associés gérants dominant de fait la société.

3. Fusionsgesetz: „Squeeze-out“ Fusion

Im Rahmen eines öffentlichen Kaufangebots hat der Übernehmer 92.8 % des Aktienkapitals und der Stimmrechte der Zielgesellschaft erworben. Im Nachgang wurde die Zielgesellschaft fusioniert und den verbleibenden Minderheitsaktionären eine Abfindung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 FusG bezahlt. Die Höhe dieser Abfindung wurde von einem Minderheitsaktionär im Verfahren nach Art. 105 Abs. 3 FusG angefochten. Das Bundesgericht musste beurteilen, ob vom Kläger ein Kostenvorschuss verlangt werden durfte.⁸⁹

Geht bei einer Fusion ein ausgeschlossener Gesellschafter davon aus, die Abfindung sei nicht angemessen, kann er innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses verlangen, dass das Gericht die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte überprüft und eine angemessene Ausgleichszahlung festsetzt (Art. 105 Abs. 1 FusG). Art. 105 Abs. 3 FusG sieht vor, dass der übernehmende Rechtsträger die Kosten des Verfahrens trägt, wobei das Gericht die Kosten ganz oder teilweise dem Kläger auferlegen

⁸⁹ BGE 135 III 603.

kann, wenn besondere Umstände es rechtfertigen. Besondere Gründe i.S.v. Abs. 3 sind namentlich zu bejahen, wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist und sich der Kläger dessen bewusst sein muss oder wenn er die Klage böswillig angehoben hat, um eine Gesellschaft zu erpressen oder ihr zu schaden.⁹⁰ In der Lehre wird sodann auch die Meinung vertreten, dass Art. 105 Abs. 3 FusG verbietet, Kostenvorschüsse oder Kauttionen zu verlangen, wenn nicht bereits bei Klageeinreichung ersichtlich ist, dass besondere Umstände erlaubten, der klagenden Partei im Falle ihres Unterliegens Kosten aufzuerlegen.⁹¹

Nach Auffassung des Bundesgerichts kommt der Schutzzweck von Art. 105 Abs. 3 FusG nicht zum Tragen, wenn ein Kläger seine Aktien in Kenntnis der vorgesehenen Abfindung kauft, weil er dann wirtschaftlich betrachtet nur das Recht auf die Abfindung und nicht eine Gesellschafterstellung erwirbt, welche ihm durch die Fusion entzogen werden könnte. So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Die Kläger hatten gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen ihre Aktien im Rahmen des Übernahmeverfahrens in Kenntnis der vom Mehrheitsaktionär festgelegten Abfindungszahlung gekauft, weshalb die Kostenregelung in Art. 105 Abs. 3 FusG gemäss ihrem Zweck nicht zur Anwendung kommt. Damit kann offen bleiben, ob besondere Umstände eine eingeschränkte Anwendung von Art. 105 Abs. 3 FusG hätten rechtfertigen können. Nach dem Gesagten ist den Klägern durchaus zuzumuten, bezüglich ihrer Überprüfungsklagen ein Kostenrisiko zu tragen. Daran vermag nichts zu ändern, dass diese Klagen Wirkung für alle Gesellschafter in der gleichen Rechtsstellung wie die Kläger haben, erhoben sie doch die als Individualrecht ausgestaltete Klage im eigenen Interesse. Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, wenn sie von den Klägern für den Fall ihres Unterliegens einen ihrem persönlichen Interesse entsprechenden Kostenvorschuss verlangte.⁹²

Notizen / Notes:

Nach Art. 105 Abs. 3 FusG trägt bei einer Überprüfungsklage der übernehmende Rechtsträger die Kosten, sofern das Gericht diese nicht ganz oder teilweise aufgrund besonderer Umstände den Klägern auferlegt. Solche besonderen Umstände liegen nach Ansicht des Bundesgerichts vor, wenn der Kläger die Aktien in Kenntnis der vorgesehenen Abfindung kauft. In diesem Fall erwirbt der Kläger wirtschaftlich betrachtet nur das Recht auf die Abfindung und nicht mehr eine Gesellschafterstellung. Das Gericht ist dann auch berechtigt, den Klägern einen Kostenvorschuss aufzuerlegen. Bei dieser

⁹⁰ Erw. 2.1.2.

⁹¹ Erw. 2.1.3.

⁹² Erw. 2.4.

Konstellation könnte man sich auch die Frage stellen, ob der Kläger überhaupt aktivlegitimiert sei, weil er nicht als Aktionär geschädigt worden ist.

Selon l'art. 105 al. 3 LFus, les frais de la procédure d'une action en examen des parts sociales et des droits de sociétariat sont à la charge du sujet reprenant à moins que des circonstances particulières justifient que le juge mette tout ou partie des frais à la charge du demandeur. De telles circonstances particulières sont données selon le Tribunal fédéral lorsque le demandeur acquiert les actions en sachant que la société a l'intention de procéder à une fusion dédommagement à des conditions données. Dans un tel cas, sur le plan économique, le demandeur n'acquiert qu'un droit au dédommagement et non plus la position d'associé. Dans une telle constellation, le Tribunal est en droit d'exiger une avance des frais du demandeur. On peut se demander si dans de telles circonstances il faut reconnaître la qualité pour agir au demandeur, dès lors qu'il n'est pas lésé en tant qu'actionnaire.

II. Gesetzgebung: Stand der Aktienrechtsrevision / Législation: Etat de la révision du droit de la société anonyme

Die mit der Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts eingeleitete Aktienrechtsrevision wurde in den beiden letzten Jahren recht kompliziert. Grund dafür ist die Volksinitiative „gegen die Abzockerei“, die im Februar 2008 eingereicht wurde und die den Bundesrat noch im Dezember desselben Jahres dazu verleitete, eine Zusatzbotschaft zur Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ zu verabschieden.

Beim Parlament führte die Volksinitiative schon recht früh zu einer Abspaltung der Revision des Rechnungslegungsrechts von der Revision des Aktienrechts. Die Revision des Rechnungslegungsrechts wurde von beiden Räten verabschiedet (Ständerat: Dezember 2009; Nationalrat: Dezember 2010); nun sollen die Differenzen bereinigt werden. Auf Vorschlag des Nationalrates wurde diese Revision um eine weitere Vorlage ergänzt, die von beiden Räten angenommen wurde und die bezweckt, die Schwellenwerte zur Abgrenzung der eingeschränkten von der ordentlichen Revision in Art. 727 OR zu erhöhen.

Die eigentliche Revision des Aktienrechts wurde im Juni 2009 vom Ständerat als Erstrat behandelt; seitdem ist sie nicht weitergekommen bzw. sie kam nur im Rahmen der Debatte über die Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ zur Rede.

Viele Überraschungen brachte die Diskussion um die Volksinitiative „gegen die Abzockerei“. Der Ständerat hatte im Juni 2009 einen indirekten Gegenvorschlag – eine etwas abgeschwächte Variante des Bundesratsentwurfs vom Dezember 2008 – angenommen und die Ablehnung der Volksinitiative emp-

fohlen. Der Nationalrat hingegen hat einen direkten Gegenentwurf ausgearbeitet, der nicht ganz so streng ist wie die Volksinitiative und insbesondere keine Strafbestimmungen enthält. Er hat Gegenentwurf und Volksinitiative zur Annahme empfohlen. Die Kommission des Ständerats für Rechtsfragen beschloss, eine Kommissionsinitiative als neuen indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ vorzuschlagen, die sich grösstenteils am Inhalt der Initiative anlehnt; dieser Gegenvorschlag wurde noch von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates um Regeln erweitert, die eine zusätzliche Bonusbesteuerung ermöglichen sollen. Der Ständerat begrüßte beide indirekten Gegenvorschläge; bei der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates aber fanden sie im Februar 2011 keine Gnade. Diese beschloss im April 2011, ihrem Rat die Volksinitiative zur Ablehnung zu empfehlen und am direkten Gegenentwurf festzuhalten.

Zusammenfassend ist es heute unmöglich, sich ein Bild über das zukünftige Aktienrecht zu machen und irgendeine Prognose über ein Inkrafttreten zu wagen.

Ces deux dernières années, la révision du droit de la société anonyme initiée par le «Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations» s'est considérablement compliquée. La raison en est l'«Initiative populaire fédérale <contre les rémunérations abusives>» datant de février 2008, qui avait immédiatement incité le Conseil fédéral à préparer un «Message du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire <contre les rémunérations abusives> et à la révision du code des obligations».

Au niveau parlementaire, une des premières conséquences de l'existence de l'initiative a été la séparation du projet relatif au droit comptable de la révision du droit de la société anonyme. Le projet de droit comptable a été traité par les deux Chambres (en décembre 2009 pour le Conseil des Etats et en décembre 2010 pour le Conseil National) et en est au stade de l'élimination des divergences; il a été complété, à l'initiative du Conseil National, par un projet séparé «Droit de la révision» qui modifie (vers le haut) les seuils au-delà desquels une révision ordinaire est requise (art. 727 CO).

La révision du droit de la société anonyme proprement dit a été examinée en première lecture par le Conseil des Etats en juin 2009; depuis elle n'a pas progressé.

La discussion sur l'initiative sur les rémunérations abusives a connu des développements assez surprenants. Après un premier examen en juin 2009, le Conseil des Etats avait proposé le rejet de l'initiative et un contre-projet indirect allégé par rapport à la proposition de révision du droit de la société anonyme du Conseil fédéral. En mars 2010, le Conseil National a élaboré un contre-projet direct à l'initiative qui reprenait dans une grande mesure les propositions de celle-ci, mais l'adoucissait notamment en ne prévoyant pas

de dispositions pénales. Il a recommandé l'acceptation de l'initiative et de son contre-projet. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a décidé de ne pas poursuivre plus avant l'examen des divergences sur ce contre-projet direct et a élaboré un nouveau contre-projet indirect s'inspirant des propositions de l'initiative. Un deuxième contre-projet indirect qui complète le précédent avec des règles sur l'imposition des rémunérations très élevées a été initié par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats. Ces deux contre-projets ont reçu un accueil favorable au Conseil des Etats en décembre 2010, mais n'ont pas passé la rampe de la Commission des affaires juridiques du Conseil national en février 2011. En avril 2011, cette Commission a décidé de proposer le rejet de l'initiative populaire à son conseil, mais de maintenir son contre-projet direct.

En résumé, il est impossible aujourd'hui de se faire une image du futur droit de la société anonyme et de faire des pronostics sur la date de son entrée en vigueur.

