

Andreas Furrer
(Herausgeber / éditeur)

Aktuelle Anwaltspraxis

La pratique de l'avocat

2013

Unter Mitarbeit von BLaw Céline Bussmann



Stämpfli Verlag

Andreas Furrer

Aktuelle Anwaltspraxis
La pratique de l'avocat 2013

Andreas Furrer

Rechtsanwalt, Professor an der Universität Luzern

Aktuelle Anwaltspraxis
La pratique de l'avocat **2013**

Unter Mitarbeit von BLaw Céline Bussmann



Stämpfli Verlag

Zitiervorschlag:

z. B. SCHWAIBOLD, Aktuelle Anwaltspraxis 2013, S.

Mode de citation proposé:

p.ex. SCHWAIBOLD, La pratique de l'avocat 2013, p.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern

Réalisation intégrale par
Stämpfli Publications SA, Berne

©
Stämpfli Verlag AG Bern · 2013

©
Stämpfli Editions SA Berne · 2013

ISBN 978-3-7272-8362-8 (PDF auf USB-Stick)
ISBN 978-3-7272-8363-5 (iPad-Version)
ISBN 978-3-7272-5790-2 (e-Book OLF)
ISBN 978-3-7272-0973-4 (Judocu)

Neues bei der AG und GmbH / Nouveautés SA et Sàrl

Lukas Glanzmann* / Rita Trigo Trindade**

Inhaltsverzeichnis/Table des matières

I.	Rechtsprechung / Jurisprudence.....	811
1.	Aktienrecht / Droit de la société anonyme	811
a)	Einlagenrückgewähr / Restitution des apports	811
b)	Sonderprüfung / Contrôle spécial.....	813
aa)	Sonderprüfung und Einberufung der Generalversammlung / Institution d'un contrôle spécial et convocation de l'assemblée générale.....	813
bb)	Anforderungen an das Glaubhaftmachen der Verletzung von Gesetz oder Statuten / Exigences posées à la preuve du caractère vraisemblable de la violation de la loi ou des statuts	814
c)	Einsichtsrecht des Gläubigers / Droit de consultation du créancier.....	816
d)	Generalversammlung / Assemblée générale	818
aa)	Zulässigkeit einer Universalversammlung / Admissibilité d'une assemblée générale universelle	818
bb)	Beschränkung der Befugnis zur Übertragung der Geschäftsführung / Restriction de l'autorisation de délégation de la gestion	821
cc)	Anfechtung von GV-Beschlüssen / Action en annulation de décisions de l'assemblée générale.....	824
e)	Vertretung der Gesellschaft / Représentation de la société	826
aa)	Kollektive Vertretungsberechtigung und Genehmigung / Signature collective et ratification .	826
bb)	Vertretung nach Art. 32 ff. OR / Représentation au sens des art. 32 ss CO.....	827
f)	Organisationsmängel / Carences dans l'organisation	828

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zürich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen und Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister. Der Autor dankt RA Jean-Daniel Schmid, M.A. HSG (Rechtswissenschaft), für die Mitarbeit.

** Professeure ordinaire, Université de Genève. L'auteure remercie Mme Elma Berisha, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour sa collaboration et la traduction de textes.

aa)	Verhältnis der Organisationsmängelklage nach Art. 731b OR zur Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR / Relation entre l’action de l’art. 731b (carences dans l’organisation) et l’action en dissolution de la société pour de justes motifs (art. 736 ch. 4 CO).....	828
bb)	Doppelorganschaft als Organisationsmangel? / Un double organe constitue-t-il une carence dans l’organisation?	830
g)	Kapitalschnitt auf Null / Réduction du capital à zéro	832
h)	Verantwortlichkeitsklage / Action en responsabilité	834
aa)	Darlehen an Tochtergesellschaft / Prêt à une filiale	834
bb)	Führen aussichtsloser Prozesse / Engagement dans une procédure dénuée de chances de succès.....	836
cc)	Sozialversicherungsbeiträge / Cotisations aux assurances sociales	838
i)	Konzernhaftung, Passivlegitimation der Muttergesellschaft / Responsabilité dans les groupes, légitimation passive de la société mère	843
2.	GmbH / Sàrl.....	846
a)	Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis / Retrait des pouvoirs de gestion et de représentation	846
b)	Organisationsmängel / Carences dans l’organisation	848
3.	Fusionsgesetz / Loi sur la fusion	849
a)	Bewertungsfragen / Questions liées à l’évaluation	850
aa)	Bei einer <i>Squeeze-out-Fusion</i> / Lors d’une fusion <i>squeeze-out</i>	850
bb)	Kein Vorrang der «Marktpreis»-Bewertung / Pas de priorité à l’évaluation selon le prix du marché	852
b)	Verfahrenskosten / Frais de procédure.....	853
aa)	Wissenmüssen, dass die Klage zu Unrecht erhoben wurde / Demandeur devant savoir que l’action a été intentée à tort.....	853
bb)	Aktienkauf nach Zustandekommen eine öffentlichen Kaufangebots und Ankündigung einer <i>Squeeze-out-Fusion</i> / Acquisition des actions après aboutissement d’une OPA et l’annonce d’une fusion <i>squeeze-out</i>	854
cc)	Kostenverteilung im Bundesgerichtsverfahren / Répartition des frais dans la procédure devant le TF	856

II.	Gesetzgebung.....	857
1.	Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht / Droit comptable	857
2.	Fusionsgesetz / Loi sur la fusion	858

I. **Rechtsprechung / Jurisprudence¹**

1. **Aktienrecht / Droit de la société anonyme**

a) *Einlagenrückgewähr / Restitution des apports*

Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode zu beurteilen, ob die Rückzahlung eines Darlehens an den Aktionär das Verbot der Einlagenrückgewähr verletzt.² Im Rahmen eines Sanierungskonzepts führte eine Gesellschaft eine Kapitalerhöhung durch, an der sich auch ein bisheriger Aktionär der Gesellschaft beteiligte, der zugleich Gläubiger eines der Gesellschaft gewährten Darlehens war. Ein Teil der in der Kapitalerhöhung liberierten Mittel wurde anschliessend zur Rückzahlung dieses Aktionärsdarlehens verwendet. Das Bundesgericht erachtet diese Rückzahlung als zulässig, weil für die Frage, ob eine Einlagenrückgewähr gemäss Art. 682 Abs. 2 OR vorliegt, nicht die Art und Weise, wie das Geld an den Aktionär gelangt, entscheidend ist. Erfolgt die Leistung auf eine ausgewiesene (und nicht bloss fiktive) Gesellschaftsschuld, wird nicht Eigenkapital zurückerstattet, sondern Fremdkapital zurückbezahlt. Dies gilt nach Ansicht des höchsten Gerichts selbst dann, wenn es um die Rückzahlung eines sogenannten «kapitalersetzenden Darlehens» geht, wird doch eine Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital im Aktienrecht grundsätzlich abgelehnt.³

¹ Die deutschen Zusammenfassungen der Entscheide zum Aktienrecht und zum Fusionsrecht entstammen grösstenteils folgenden Publikationen: LUKAS GLANZMANN, Teil 1 Gesellschaftsrecht, 1.1. Aktienrecht, in: Baker & McKenzie, Zürich (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2010/2011, Zürich 2011, S. 25-42 und LUKAS GLANZMANN, Teil 1 Gesellschaftsrecht, 1.1. Aktienrecht, in: Baker & McKenzie, Zürich (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2011/2012, Zürich 2013. Die Zusammenfassungen lehnen sich stark an den Text der entsprechenden Entscheide an; aufgrund der besseren Lesbarkeit wird darauf verzichtet, wörtliche Zitate als solche zu kennzeichnen.

² Urteil des BGer 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011.

³ E. 2.4.

Notizen / Notes:⁴

Das Verbot der Einlagerückgewähr ist eine der zentralen Vorschriften im Zusammenhang mit dem Kapitalschutz. Es stellt sich in der Praxis immer wieder die Frage, ob Zahlungen an einen Aktionär dieses Verbot verletzen. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid festgehalten, dass bestehende Forderungen eines Aktionärs selbst unmittelbar im Nachgang zu einer Kapitalerhöhung bezahlt werden dürfen. Es liegt also auch dann keine Einlagerückgewähr vor, wenn das Geld aus der Kapitalerhöhung in der Gesellschaft gewissermassen sofort wieder «umkehrt» und wieder an den gleichen Aktionär zurückfliesst, der es einbezahlt hat, sofern die Forderung des Aktionärs zu Recht besteht. Nicht zu prüfen hatte das Bundesgericht, ob die Darlehensrückzahlung paulianisch anfechtbar war.

L'interdiction de restituer les apports est une prescription centrale de la protection du capital. La question de savoir si le paiement aux actionnaires contrevient à cette interdiction, se pose de manière récurrente en pratique. Dans le présent arrêt, le Tribunal fédéral retient qu'une créance existante de l'actionnaire peut être payée, même immédiatement après l'augmentation du capital. Le TF considère donc qu'il n'y a pas de restitution des apports lorsque l'argent versé par l'actionnaire dans le cadre de l'augmentation lui est immédiatement restitué pour autant que la créance dudit actionnaire soit valable. Dans le cas particulier, notre Haute Cour n'avait pas à examiner si le prêt devait être restitué sur la base d'une action révocatoire.

⁴ Weiterführende Literatur: THERESE AMSTUTZ/NADINE TRACHSLER, Gesellschaftsrecht/ Mergers & Acquisitions/Kapitalmarktrecht, Überblick über die wichtigsten Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Entscheide, Gesetzgebung), in: Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012, S. 1-19, S. 4-7; RAINER BAISCH/ROLF H. WEBER, Aktienrechtliche Restriktionen bei der Kapitalerhöhung als Sanierungsmassnahme – Verbot der Einlagenrückgewähr vs. Werthaltigkeitstheorie bei der Verrechnungsliberierung, SZW 2011 S. 416-431; OLIVIER CHAPUIS/JEAN-MICHEL TRISTAN, Chronique de jurisprudence commerciale 2011, Not@lex 2011 S. 157-160, S. 157 f.; MICHEL HOPF, Bundesgerichtspraxis Gesellschaftsrecht, ST 2012 S. 575-580, S. 575 f.; PETER V. KUNZ, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010/2011: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 149/2013 S. 99-144, S. 104 f.; EDGAR PHILIPPIN, 2. Société anonyme, Not@lex 2012 S. 146-153, S. 147; JÜRGEN SCHÜTZ, Zur Rückzahlung von vorbestehenden Gesellschaftsschulden, zum aktienrechtlichen Verbot der Einlagerückgewähr und zur Äquivalenz der Liberierungsarten – eine Klarstellung mit Fragezeichen, Jusletter vom 6. Juni 2011; ROLF SETHE/FABRIZIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 107/2011 S. 489-495, S. 492; WALTER A. STOFFEL, Das Gesellschaftsrecht 2011 – Le droit des sociétés 2011, SZW 2012 S. 45-58, S. 45 f. und S. 50; HANS-UELI VOGT/ANNA PETER, Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagenrückgewähr, GesKR 2011 S. 228-244.

b) *Sonderprüfung /
Contrôle spécial*

aa) Sonderprüfung und Einberufung der Generalversammlung /
Institution d'un contrôle spécial et convocation de l'assemblée
générale

In BGE 138 III 246 geht es um die Frage, ob eine Sonderprüfung auch dann zwingend an einer Generalversammlung zu beantragen sei, wenn der Verwaltungsrat dem Begehren eines Aktionärs um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung nicht entspricht. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz bejaht das Bundesgericht diese Frage, weil das Gesetz für die Einberufung einer Generalversammlung eine 10%-Hürde vorsieht (Art. 699 Abs. 3 OR), während der Antrag an der Generalversammlung auf Durchführung einer Sonderprüfung ein Individualrecht ist (Art. 697a Abs. 1 OR). Deswegen nimmt der Gesetzgeber mit dieser Regelung in Kauf, dass der Aktionär, der das Beteiligungserfordernis zur Einberufung einer Generalversammlung nicht erfüllt, mit seinem Antrag auf Sonderprüfung bis zur ordentlichen Generalversammlung zuwarten oder sich mit anderen Aktionären zusammenschliessen muss, mit denen er die 10%-Hürde erreicht, um die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zu verlangen und nötigenfalls zu erzwingen. Diese Regelung indiziert nach Auffassung des Bundesgerichts auch nicht, dass bei verweigerter Einberufung einer Generalversammlung auf das Erfordernis des Antrags auf Sonderprüfung in einer Generalversammlung verzichtet werden kann. Vielmehr muss der betreffende Aktionär die beantragte, aber nicht erfolgte Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung gerichtlich durchsetzen.⁵ Ein Verzicht auf den Antrag in der Generalversammlung widerspräche nach Auffassung des Bundesgerichts dem zentralen Gewicht, das dem Einbezug der Generalversammlung im Verfahren der Sonderprüfung zukommt. So ist die Generalversammlung das Forum, an dem das vorgängig wahrzunehmende Auskunftsrecht ausgeübt wird, das schliesslich den Gegenstand der Sonderprüfung determiniert. Zudem besteht auch Gelegenheit für eine einvernehmliche Lösung, in deren Folge die Gerichte entlastet werden. Schliesslich kann die Weigerung des Verwaltungsrats, einem Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung stattzugeben, nicht der Ablehnung eines Antrags auf Sonderprüfung durch die Generalversammlung gleichgesetzt werden.⁶

⁵ E. 4.3.

⁶ E. 4.3.

*Notizen / Notes:*⁷

Die Erwägungen des Bundesgerichts legen viel Gewicht auf die Einhaltung des prozeduralen Ablaufs des Sonderprüfungsverfahrens, d.h. dass über die Einleitung einer Sonderprüfung an einer Generalversammlung beschlossen wird. Dass vor der Einleitung zwingend zuerst eine Generalversammlung durchgeführt wird und deren Einberufung nötigenfalls auch gerichtlich durchgesetzt werden muss, scheint für das Bundesgericht aus prozessökonomischer Sicht schlüssig zu sein. Zumindest in all jenen Fällen, in denen die Stimmverhältnisse klar sind, dürfte die Notwendigkeit serieller Klagen – zuerst auf Einberufung einer Generalversammlung, dann auf Einsetzung eines Sonderprüfers – wohl nicht zur Prozessökonomie beitragen. Deshalb könnte mit den vom Bundesgericht angeführten Argumenten im Falle klarer Stimmverhältnisse auch die gegenteilige Auffassung begründet werden, sodass diesfalls auf die Klage auf Einberufung einer Generalversammlung verzichtet werden kann.

Les considérants du Tribunal fédéral insistent sur le respect du déroulement de la procédure sur le contrôle spécial tel que prévu aux art. 697a ss CO et, en particulier, sur la nécessité d'une décision de l'assemblée générale avant tout recours au juge. Le Tribunal fédéral semble convaincu que la tenue d'une telle assemblée (devant le cas échéant être convoquée par le juge) se justifie du point de vue de l'économie de procédure. Cela étant, on peut douter que l'obligation d'intenter une série d'actions (tendant d'abord à la convocation de l'AG, puis à l'institution d'un contrôle spécial) soit de nature à contribuer à l'économie de la procédure, à tout le moins dans les cas où les voix sont réparties de telle sorte que l'issue d'un vote à l'assemblée générale est connue d'avance. Dans ce dernier cas, l'argument d'économie de procédure qui fonde l'argumentation du Tribunal fédéral penche dans le sens opposé et justifie que l'on renonce à la convocation de l'assemblée générale.

- bb) Anforderungen an das Glaubhaftmachen der Verletzung von Gesetz oder Statuten /
Exigences posées à la preuve du caractère vraisemblable de la violation de la loi ou des statuts

Dans l'ATF 138 II 252 du 4 avril 2012, le TF devait examiner si un requérant avait rendu suffisamment vraisemblable une violation de la loi ou des statuts,

⁷ Weiterführende Literatur: ANDREAS CASUTT/CATHERINE GRUN MEYER, Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzungen für eine Sonderprüfung, GesKR 2012 S. 586-595, S. 586-588 sowie S. 589-591 und S. 593 f.; ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108/2012 S. 514-520, S. 517.

condition nécessaire pour l'institution d'un contrôle spécial au sens de l'art. 697b al. 2 CO⁸. *In casu*, le requérant, actionnaire minoritaire important d'une société d'investissement, se plaignait des placements du conseil d'administration, qui étaient nettement moins rentables que ceux d'un autre fonds et n'avaient pas profité dans toute la mesure de l'évolution favorable de la bourse russe.

Selon le Tribunal fédéral, le requérant doit spécifier la violation qu'il allègue ; il ne peut pas demander un contrôle spécial dans l'espoir de découvrir, en cours de procédure, d'éventuelles transgressions commises par les organes.

Il est en particulier insuffisant de rendre vraisemblable la violation d'un prospectus de cotation et/ou d'une directive interne d'investissement⁹. Le Tribunal fédéral considère par ailleurs qu'il n'y a pas de violation du devoir de diligence lorsque, en cas de crise, le conseil maintient un pourcentage élevé de liquidités (jusqu'à 14,62%) plutôt que d'investir, ni lorsqu'il est excessivement prudent ou qu'il ne fait pas les choix qui apparaissent *a priori* comme les plus judicieux ou ne démontre pas avoir les connaissances les plus expertes du marché considéré. Le contrôle spécial doit tendre à établir des faits déterminés, et non pas à obtenir des appréciations ou des jugements de valeur : il ne doit en particulier pas servir à apprécier la performance des administrateurs par rapport aux performances d'autres fonds¹⁰.

*Notizen / Notes:*¹¹

Die Sonderprüfung ist eine schwerwiegende Massnahme, welche innerhalb der in Frage stehenden Gesellschaft ein gewisses Klima des Missstrauens schafft. Insoweit kann es nicht genügen, wenn der Aktionär sein Gesuch um Durchführung einer Sonderprüfung lediglich auf Behauptungen und Vermutungen gründet, ohne über diesbezügliche ernsthafte Anhaltspunkte zu verfügen. Zugleich dient die Sonderprüfung dazu, gewisse Sachverhalte abzuklären (vgl. Art. 697a Abs. 1 OR) und insoweit Beweise hervorzubringen. Diesen in einem Spannungsverhältnis stehenden Umständen wird das Gesetz durch ein herabgesetztes Beweismass gerecht. Demnach ist es zur gerichtlichen Einsetzung eines Sonderprüfers nach Ablehnung eines diesbezüglichen Antrags der Generalversammlung (Art. 697b OR) erforderlich, dass die Erfül-

⁸ Voir aussi à ce sujet les notes concernant l'autre arrêt sur le contrôle spécial.

⁹ Consid. 3.2.

¹⁰ Consid. 3.2.

¹¹ Weiterführende Literatur: ANDREAS CASUTT/CATHERINE GRUN MEYER, Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzungen für eine Sonderprüfung, GesKR 2012 S. 586-595, S. 586 f., S. 588 f. und S. 591-593 sowie S. 594 f.; ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108/2012 S. 514-520, S. 517.

lung der massgeblichen materiellen Tatbestandsvoraussetzungen nur (aber immerhin) glaubhaft (und nicht bewiesen) werden (vgl. Art. 697b Abs. 2 OR).

D’un côté, le contrôle spécial est une mesure lourde, susceptible de créer un climat de méfiance au sein de la société qui en fait l’objet : un actionnaire ne doit donc pas pouvoir demander l’institution d’une telle mesure en se fondant sur de simples affirmations ou suppositions ; il doit présenter des indices qui soutiennent ces allégations. D’un autre côté, le contrôle spécial sert à établir des faits déterminés (art. 697a al. 1 CO) et partant, à fournir des preuves. La loi satisfait à ces exigences contradictoires en se contentant d’un degré de preuve abaissé. Pour que le juge saisi suite à un refus de l’assemblée d’instituer un contrôle spécial procède à une telle institution, il suffit, mais il faut, que la réalisation des conditions de fait déterminantes soit rendue vraisemblable; une preuve stricte n’est pas exigée.

c) *Einsichtsrecht des Gläubigers /
Droit de consultation du créancier*

In BGE 137 III 255 setzt sich das Bundesgericht mit dem Einsichtsrecht des Gläubigers auseinander. Im konkreten Fall ging es um eine private Gesellschaft, die den Kapitalmarkt nicht in Anspruch nimmt. In einem solchen Fall hat ein Gesuchsteller, der gegenüber einer Gesellschaft Einsicht verlangt, grundsätzlich sowohl seine Gläubigerstellung als auch ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen.¹²

Die Gläubigerstellung ist zwar nicht bloss glaubhaft zu machen, aber auch nicht strikte zu beweisen. Vielmehr gilt der Beweis als erbracht, wenn sie mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgewiesen ist.¹³

Bezüglich des schutzwürdigen Interesses ist unter Berücksichtigung der Umstände zu entscheiden, ob eine Interessenlage vorliegt, die im konkreten Fall eine Einsichtnahme des Gläubigers in die ansonsten vertraulichen Unterlagen rechtfertigt. Nicht ausreichend ist nach Ansicht des Bundesgerichts ein allgemeines Interesse, das sich aus dem blossen Umstand der Gläubigereigenschaft ergibt. Der Gesuchsteller hat vielmehr konkret aufzuzeigen, wozu ihm die durch die beantragte Einsicht gewonnene Information dienen soll. Nicht schützenswert wäre etwa eine Einsichtnahme lediglich zur Befriedigung der Neugierde, zur Kenntnisnahme von Geschäftsgeheimnissen oder zur Auskundschaftung von Konkurrenzverhältnissen.¹⁴

¹² E. 4.1.2.

¹³ E. 4.1.2.

¹⁴ E. 4.1.3.

Demgegenüber liegt ein berechtigtes Einsichtsinteresse vor, wenn die Forderung gefährdet erscheint, also nicht fristgerecht beglichen wird, oder wenn andere Anzeichen vorliegen, die auf finanzielle Schwierigkeiten hindeuten. Dabei muss der gesuchstellende Gläubiger weder Zahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft noch die Uneinbringlichkeit seiner Forderung beweisen, sondern es muss ausreichen, wenn er konkrete Umstände nachweist, die sein Informationsbedürfnis in objektiver Hinsicht als schutzwürdig erscheinen lassen. Dazu sollte es genügen, wenn die auf konkreten Anzeichen beruhenden Zweifel des Gläubigers an der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft als begründet zu erachten sind und sich nur durch die Einsicht in die Jahres- bzw. Konzernrechnung und Revisionsberichte (gegebenenfalls) beseitigen lassen.¹⁵

Als schutzwürdig zu betrachten ist die Einsichtnahme auch regelmässig nach Einleitung eines nicht offensichtlich aussichtslosen Forderungsprozesses gegen die Gesellschaft oder bereits nachdem konkrete Schritte im Hinblick auf eine Klageeinreichung unternommen worden sind. Auch wenn dabei unter Umständen keine Schlüsse hinsichtlich der Einbringlichkeit der Forderung gezogen werden können, ist die Einsichtnahme unmittelbar auf die Beurteilung der finanziellen Verhältnisse der Schuldnerin gerichtet und erlaubt dem klagenden Gläubiger die Abschätzung des Kostenrisikos. Bei einer blossen Bagatellforderung hingegen wird ein schützenswertes Interesse an einer vorhergehenden Einsichtnahme tendenziell eher zu bezweifeln sein. Ebenso wenig würde die Einleitung eines Prozesses mit dem blossen Zweck, Einsicht in die Geschäftsunterlagen des Prozessgegners zu erlangen, einen Einsichtsanspruch begründen.¹⁶

*Notizen / Notes:*¹⁷

Das Einsichtsrecht gemäss Art. 697h aOR wurde durch die Revision des Rechnungslegungsrechts per 1.1.2013 förmlich aufgehoben.¹⁸ An die Stelle dieser Bestimmung tritt Art. 958e OR, welcher die Thematik rechtsformüber-

¹⁵ E. 4.1.3.

¹⁶ E. 4.1.3.

¹⁷ Weiterführende Literatur: OLIVIER CHAPUIS/JEAN-MICHEL TRISTAN, *Chronique de jurisprudence commerciale* 2011, Not@lex 2011 S. 157-160, S. 159; MICHEL HOPF, *Aktienrechtliches Einsichtsrecht und prozessuale Mitwirkungspflichten*, ST 2012 S. 675-679, S. 675 f.; PETER V. KUNZ, *Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010/2011: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht*, ZBJV 149/2013 S. 99-144, S. 110 f.; EDGAR PHILIPPIN, 2. *Société anonyme*, Not@lex 2012 S. 146-153, S. 147 f.; ROLF SETHE/FABRIO ANDREOTTI, *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs*, SJZ 107/2011 S. 489-495, S. 492; WALTER A. STOFFEL, *Das Gesellschaftsrecht 2011 – Le droit des sociétés 2011*, SZW 2012 S. 45-58, S. 49 und S. 50.

¹⁸ Siehe dazu unten Ziff. II.1.

greifend regelt. In der in Frage stehenden Konstellation einer nicht am Kapitalmarkt auftretenden Gesellschaft ist auch in Zukunft von den bisherigen Voraussetzungen auszugehen. Die dargestellte Rechtsprechung dürfte daher auch in Zukunft Bestand haben. Gegenstand der Einsichtnahme bildet entgegen dem zu weitgehenden Wortlaut der Bestimmung neben den Revisionsberichten jedoch lediglich die Jahres- und die Konzernrechnung, nicht jedoch der Lagebericht oder ein Einzelabschluss unter einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung.¹⁹

Le droit de consultation prévu à l’art. 697h aCO a été abrogé par la révision du droit comptable entrée en vigueur le 1er janvier 2013.²⁰ A la place de cette disposition, un nouvel art. 958e CO règle la problématique indépendamment de la forme juridique. On peut donc partir de l’idée que dans une constellation telle que celle du cas d’espèce concernant une société hors marché boursier, les mêmes conditions régiront aussi le droit de consultation des créanciers à l’avenir; cet arrêt conservera donc toute sa pertinence, malgré le changement législatif. C’est le lieu de relever que – contrairement à ce que suggère la lettre de la loi – l’objet du droit de consultation s’étend seulement aux comptes annuels et consolidés, mais non au rapport annuel ou aux états financiers établis selon une norme comptable reconnue.²¹

d) *Generalversammlung /
Assemblée générale*

aa) *Zulässigkeit einer Universalversammlung /
Admissibilité d’une assemblée générale universelle*

In BGE 137 III 460 musste das Bundesgericht die Zulässigkeit einer Universalversammlung beurteilen. Konkret ging es um eine Gesellschaft, deren Aktionäre eine Versammlung durchführten, zu welcher zwei Aktionäre nicht eingeladen worden waren und an der diese weder anwesend noch vertreten waren.

Das Bundesgericht ging zuerst auf die Bedeutung von Art. 686 Abs. 4 OR ein, wonach im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär gilt, wer im Aktienbuch eingetragen ist. Danach kommt dem Aktienbuch eine Legitimationsfunktion im Verhältnis der Aktionäre zur Gesellschaft zu. Diese Wirkung des Aktienbuches ist allerdings beschränkt, denn sein Inhalt hat bloss die Bedeutung einer widerlegbaren Vermutung. Diese Vermutung kann umgestossen werden durch den Nachweis, dass ein Eingetragener nicht Aktionär ist oder

¹⁹ LUKAS GLANZMANN, Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 2011, S. 205-214, S. 207.

²⁰ Voir à ce sujet ci-dessous II.1.

²¹ LUKAS GLANZMANN, Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 2011, S. 205-214, S. 207.

umgekehrt, dass ein Nichteingetragener Aktionär ist. Die Gesellschaft darf sich nur solange auf den Eintrag verlassen, als er besteht und sie keine Kenntnis davon hat oder haben müsste, dass er falsch ist.²² Im vorliegenden Fall wusste der Verwaltungsratspräsident, dass die V-AG behauptete, Aktionärin der Gesellschaft zu sein. Dieses Wissen ist der Gesellschaft zuzurechnen. Wenn die Gesellschaft diese Kenntnis jedoch in der Folge nicht weiter beachtete und insbesondere nicht abklärte, ob die Behauptung der V-AG zutrifft oder ob die V-AG die Aktien zurück übertragen hatte, so trägt sie das Risiko für diese Unterlassung.²³

Das Bundesgericht hat sodann festgestellt, dass an der vermeintlichen Universalversammlung nicht alle Aktionäre anwesend oder vertreten waren. Um eine Universalversammlung konnte es sich trotz gegenteiliger Bezeichnung im damals gefassten Beschluss demnach nicht handeln, denn die Universalversammlung ist eine besondere Form der Generalversammlung, die von den Eigentümern oder Vertretern sämtlicher Aktien gebildet wird und die ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften abgehalten werden kann. Eine Universalversammlung in Abwesenheit auch nur eines Aktionärs oder seiner Vertretung stellt einen schwerwiegenden formellen Mangel dar, der zur Nichtigkeit der anlässlich dieser Versammlung getroffenen Beschlüsse führen muss.²⁴

Das Bundesgericht stellt sich weiter die Frage, ob die an einer derart fehlerhaften Universalversammlung gefassten Beschlüsse als solche einer normalen Generalversammlung gelten könnten. Im vorliegenden Fall ist nicht erstellt, ob eine form- und fristgerechte Einladung der Aktionäre stattgefunden hat. Jedoch hat die Vorinstanz verbindlich festgestellt, dass zumindest ein Aktionär nicht eingeladen worden ist. Zur Annahme von Nichtigkeit genügt es gemäss Auffassung des Bundesgerichts, dass ein Teil der Aktionäre nicht eingeladen wurde. Diese Rechtsfolge ist nach Ansicht des Gerichts angemessen, denn durch die Nichteinladung entgeht dem übergangenen Aktionär die Möglichkeit zur Teilnahme an der Generalversammlung. Auch wenn sein Aktienpaket nicht gross genug ist, um Mehrheitsbeschlüsse zu verhindern, verpasst er die Möglichkeit, auf die Meinungsbildung in der Versammlung Einfluss zu nehmen. Schliesslich besteht die Gefahr der Vereitelung des Anfechtungsrechts, da der betroffene Aktionär womöglich nicht binnen der Anfechtungsfrist von zwei Monaten (Art. 706a Abs. 1 OR) von der Abhaltung einer Generalversammlung und den auf ihr gefassten Beschlüssen Kenntnis erhält.²⁵

²² E. 3.2.2.

²³ E. 3.2.2.

²⁴ E. 3.3.2.

²⁵ E. 3.3.2.

Nach Auffassung des Bundesgerichts braucht zwischen der Nichteinladung eines Aktionärs und den auf der mangelhaften Versammlung gefällten Beschlüssen auch kein Kausalzusammenhang insofern zu bestehen, als dass der Nichteingeladene die Beschlüsse mit seiner Stimmkraft hätte verhindern können. Vielmehr handelt es sich bei der Nichteinladung um einen so grundlegenden Verfahrensmangel, bei welchem das Kausalitätserfordernis fehl am Platz ist. Hinzu kommt, dass die Bestimmung der Rechtsfolge einer Nichteinladung nach dem Stimmengewicht der übergangenen Aktionäre darauf hinaus liefe, dem die Generalversammlung einberufenden Verwaltungsrat im Ergebnis eine Ungleichbehandlung der Aktionäre zu erlauben, und dies erst noch beim zentralen Mitwirkungsrecht auf Teilnahme an der Generalversammlung.²⁶

*Notizen / Notes:*²⁷

Das vorliegende Urteil ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Einerseits hält es fest, dass solange keine Universalversammlung vorliegt, als nicht sämtliche Aktien vertreten sind: Eine solche «Universalversammlung» nicht sämtlicher Aktionäre ist nach der klaren Rechtsprechung nicht beschlussfähig. Andererseits stellt das Bundesgericht auch fest, dass Beschlüsse einer Generalversammlung, zu der nicht sämtliche Aktionäre eingeladen worden sind, ebenfalls nichtig sind. Das Bundesgericht erachtet das Teilnahmerecht als derart zentral, dass es nicht missachtet werden darf, selbst wenn der nicht eingeladene Aktionär keinerlei Möglichkeit hätte, die Abstimmungen an der Generalversammlung zu beeinflussen. Damit wird gewissen in der Literatur vertretenen Ansichten, die für blosse Anfechtbarkeit plädiert haben²⁸, eine Absage erteilt. Weil sich jedermann in jedem Verfahren auf die von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit berufen kann, kann die Nichtigkeit auch in einem Verfahren wie dem vorliegenden erhoben werden, in welchem die Mangelhaftigkeit des Generalversammlungsbeschlusses eine blosse Vorfrage darstellte: Die Beschwerdeführerin hat im Rahmen der (nichtigen) Universalversammlung ihren Sitz verlegt. Zu einem späteren Zeitpunkt hat ein Gläubiger am bisherigen Sitz die Konkurseröffnung der Beschwerdeführerin wegen Zahlungseinstellung (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) anbegehrt. Im entsprechenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin sodann die Unzuständigkeit

²⁶ E. 3.3.2.

²⁷ Weiterführende Literatur: MICHEL HOPF, Bundesgerichtspraxis Gesellschaftsrecht, ST 2012 S. 575-580, S. 577; PETER V. KUNZ, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010/2011: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 149/2013 S. 99-144, S. 106 f.; ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108/2012 S. 514-520, S. 516.

²⁸ Siehe für eine Übersicht über den Stand der Literatur BGE 137 III 460 E. 3.3.2 S. 465 sowie Urteil des BGer 4A_131/2007 vom 11. Januar 2008 E. 2.1.

des angerufenen Gerichts geltend gemacht. Erst in diesem Zusammenhang wurde die Frage der Sitzwechsels – und damit die der Gültigkeit des entsprechenden Generalversammlungsbeschlusses – relevant.

Ce jugement est intéressant à plus d'un titre : d'une part, le Tribunal fédéral considère qu'il ne peut pas y avoir d'assemblée universelle sans que l'ensemble des actions y soient représentées. Selon la jurisprudence, une prétendue « assemblée universelle » tenue en l'absence de certains actionnaires n'est pas apte à prendre des décisions. D'autre part, notre Haute Cour affirme que les décisions prises par une assemblée générale à laquelle n'ont pas été convoqués tous les actionnaires sont frappées de nullité. Selon le Tribunal fédéral, le caractère essentiel du droit des actionnaires de participer à l'Assemblée générale s'oppose à ce que l'on y contrevienne et cela même lorsque les actionnaires non convoqués n'auraient eu aucune possibilité d'influencer les décisions de l'assemblée générale. Le Tribunal fédéral contredit ainsi certaines opinions doctrinales qui avaient plaidé l'annulabilité de décisions de l'assemblée générale auxquelles tous les actionnaires n'auraient pas été convoqués²⁹. La nullité pouvant être invoquée par tout un chacun, elle peut également être soulevée dans une procédure comme la présente où l'invalidité de la décision de l'assemblée générale ne constituait qu'une question préalable. Dans le cas d'espèce, le juge a eu à se prononcer sur la validité de la décision de l'assemblée générale parce qu'un créancier avait requis la faillite de la société, dont la prétendue assemblée générale universelle avait décidé le transfert du siège, à son siège antérieur (art. 190 al. 1 ch. 2 LP) et que la société avait fait valoir l'incompétence du tribunal saisi par le créancier.

bb) Beschränkung der Befugnis zur Übertragung der Geschäftsführung /
Restriction de l'autorisation de délégation de la gestion

Dans l'ATF 137 III 503, le TF a été amené à se prononcer sur les pouvoirs de l'assemblée générale en relation avec la délégation de la gestion des affaires sociales.

Dans le cas d'espèce, le conseil d'administration de la société avait conclu un *Investment Management Agreement* avec la filiale de l'actionnaire majoritaire, aux termes duquel celle-ci était désignée gérant discrétionnaire de ses comptes (*discretionary manager of the Accounts*) et bénéficiait notamment de pleins pouvoirs dans le cadre des objectifs et politiques d'investissement énoncés par la société. Mécontent, l'actionnaire minoritaire avait demandé à ce que le conseil d'administration inscrive à l'ordre du jour la proposition

²⁹ Concernant l'état de la doctrine, voir ATF 137 III 460, consid. 3.3.2 p. 465 ainsi que l'arrêt 4A_131/2007 du 11 janvier 2008, consid. 2.1.

d’adoption d’une nouvelle clause statutaire selon laquelle le gérant des investissements devait être indépendant ; l’instance inférieure avait fait droit à sa demande. La société contestait la compétence de l’assemblée générale pour se prononcer sur cet objet et, partant, l’obligation de faire figurer l’objet requis à l’ordre du jour.

A titre préalable, le Tribunal fédéral constate que le contrat conclu avec la filiale de l’actionnaire ne pouvait être qualifié de simple mandat portant sur l’accomplissement d’investissements bien délimités, matériellement ou temporellement, mais devait être qualifié de contrat de management comprenant la délégation de la gestion des affaires sociales à la société susnommée, dans le sens de l’art. 716b CO.

Dans le cas particulier, la délégation reposait sur une clause statutaire telle qu’exigée par la loi, qui prévoyait clairement que le conseil d’administration pouvait confier la gestion de la société à un ou plusieurs de ses membres (délégués) ou à des tiers (directeurs)³⁰. Bien que la société s’en défendit, la délégation était également fondée sur un règlement d’organisation valable : en effet, bien qu’il ne soit pas formellement désigné règlement d’organisation, l’*Investment Management Agreement* satisfaisait à toutes les exigences posées à un tel règlement. Il avait fait l’objet d’une décision du conseil d’administration valablement prise et constatée par un procès verbal ; il revêtait la forme écrite, fixait les modalités de la gestion, déterminait les postes nécessaires et en définissait les attributions et réglait également l’obligation de faire rapport³¹.

Le Tribunal fédéral se penche ensuite sur une première question controversée qu’il n’avait encore pas eu l’occasion de traiter. Il rejette l’opinion qui voudrait que l’assemblée générale ne peut qu’accorder ou refuser au conseil d’administration la faculté de déléguer la gestion, mais n’est pas en droit de s’immiscer dans l’organisation du conseil en lui imposant des limites lorsqu’elle a autorisé la délégation, préférant se rallier au courant de doctrine selon lequel, en vertu du principe *a maiore minus*, l’assemblée générale a la faculté de fixer les modalités de la délégation de la gestion³².

Le Tribunal fédéral, qui n’avait pas non plus eu l’occasion de se prononcer sur ce point avant cette affaire, décide de suivre l’avis des auteurs selon lesquels le conseil d’administration peut refuser de porter à l’ordre du jour de l’assemblée générale un objet qui, en raison de son contenu, est indubitablement étranger au domaine de compétence de celle-ci. Il précise toutefois que

³⁰ Consid. 3.4.

³¹ Consid. 3.4.

³² Consid. 4.2, qui présente la controverse doctrinale de manière détaillée.

s'il existe une quelconque incertitude à ce propos, le conseil d'administration doit déférer à la requête de l'actionnaire et inscrire l'objet à l'ordre du jour³³.

*Notizen / Notes:*³⁴

Das vorgenannte Urteil erscheint nicht bloss im Hinblick auf die Klärung der angesprochenen und bislang unbeantworteten Frage (Möglichkeit der Einschränkung der Befugnis des Verwaltungsrats zur Übertragung der Geschäftsführung) interessant. Anlass für das Verfahren bildete das Traktandierungsbegehren der Klägerin (Art. 699 Abs. 3 OR) hinsichtlich der Aufnahme der in Frage stehenden Klausel in die Statuten. Das Bundesgericht äussert sich in diesem Entscheid zur damit zusammenhängenden Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verwaltungsrat die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verweigern kann. Unter Berücksichtigung der Literatur gelangt das Bundesgericht zum Schluss, dass dies dann möglich ist, wenn der Inhalt des Gegenstands unzweifelhaft nicht in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fällt. Demgegenüber muss der Verwaltungsrat das entsprechende Begehren berücksichtigen und eine Traktandierung vornehmen, sobald diesbezüglich blosser Zweifel bestehen. Im Beschwerdeverfahren war somit zu prüfen, ob die in Frage stehende Klausel offensichtlich nicht in den Aufgabenbereich der Generalversammlung fällt.³⁵

Le présent arrêt ne présente pas seulement un intérêt particulier en tant qu'il tranche la controverse sur la possibilité de restreindre la faculté du conseil d'administration de déléguer la gestion des affaires sociales. Rendu à l'occasion d'un litige portant sur l'inscription à l'ordre du jour d'une clause statutaire qui prétendait restreindre le droit du conseil de déléguer la gestion, il se prononce aussi sur les conditions auxquelles le conseil d'administration peut refuser l'inscription d'un objet à l'ordre du jour (art. 699 al. 3 CO). Prenant appui sur la doctrine, le Tribunal fédéral conclut qu'un refus est possible lorsque l'objet ne relève manifestement pas de la compétence de l'assemblée générale. En revanche, dès qu'il y a un doute sur la compétence de l'assemblée, le conseil d'administration est tenu de prendre en considéra-

³³ Consid. 4.1. Voir sur ce point les références citées dans l'arrêt.

³⁴ Weiterführende Literatur: URS BERTSCHINGER, Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, GesKR 2012 S. 294-307; BENEDICT BURG/HANS CASPAR VON DER CRONE, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung, SZW 2012 S. 59-71; PETER V. KUNZ, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010/2011: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 149/2013 S. 99-144, S. 102-104; EDGAR PHILIPPIN, 2. Société anonyme, Not@lex 2012 S. 146-153, S. 149 f.; ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108/2012 S. 514-520, S. 517.

³⁵ E. 4.1.

*tion une telle demande et de l’inscrire à l’ordre du jour. Dans la procédure devant le Tribunal fédéral, celui-ci devait donc examiner si la clause litigieuse ne sortait pas manifestement de la sphère de compétences de l’assemblée générale.*³⁶

cc) Anfechtung von GV-Beschlüssen /
 Action en annulation de décisions de l’assemblée générale

Im Rahmen einer Anfechtungsklage hat sich das Bundesgericht in einem nicht in der amtlichen Sammlung enthaltenen Entscheid³⁷ mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung der Anfechtungsgründe beschäftigt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen innerhalb der Anfechtungsfrist nach Art. 706a Abs. 1 OR sowohl die Klage angehoben als auch sämtliche Anfechtungsgründe vorgebracht werden. Ein Nachschieben von Anfechtungsgründen ist nach Auffassung des Bundesgerichts unzulässig, denn der kurzen Befristung des Anfechtungsrechts auf zwei Monate liegt die Zielsetzung zu Grunde, mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit und die Interessen der Beteiligten (Gesellschaft, Aktionäre, Gläubiger) möglichst rasch abzuklären, ob und in welchem Umfang die Beständigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen ungewiss ist und mit deren Aufhebung gerechnet werden muss. Deshalb ist bezüglich Anfechtungsgründen, die nach Ablauf der Klagefrist angerufen werden, das Klagerecht verwirkt.³⁸ Im konkreten Fall sah das Bundesgericht diesen Grundsatz darin verletzt, dass der Anfechtungskläger einerseits geltend machte, ein Beschluss der Generalversammlung sei in Missachtung der Teilnahmerechte eines Aktionärs gefasst worden, und andererseits nachschob, der Beschluss schränke überdies in inhaltlich unzulässiger Weise das Bezugsrecht ein. Nach Ansicht des Bundesgerichts handelt es sich dabei um zwei verschiedene Anfechtungsgründe, die beide innerhalb der Zweimonatsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR hätten vorgebracht werden müssen. Während die Abgrenzung von Anfechtungsgründen im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann, stellt sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, dass vorliegend von zwei Anfechtungsgründen auszugehen ist, weil sie nicht nur auf einer unterschiedlichen rechtlichen Argumentation, sondern auch auf verschiedenen Sachverhalten gründen.³⁹

Im gleichen Entscheid hat das Bundesgericht im Hinblick auf die zurückhaltende Rechtsprechung auch festgestellt, dass rechtswidrige Generalversammlungsbeschlüsse vermutungsweise anfechtbar und nicht etwa nichtig sind. Auf Nichtigkeit kann nur aus zwingenden Gründen erkannt werden, wenn z.B. mit

³⁶ Consid. 4.1.

³⁷ Urteil des BGer 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012.

³⁸ E. 3.1.

³⁹ E. 3.3.

dem entsprechenden Aktionärsrecht derart gewichtige öffentliche Interessen verbunden sind, dass sie das ebenfalls öffentliche Rechtssicherheitsinteresse überwiegen. Dies ist nicht der Fall, wenn ein Bezugsrecht lediglich im Einzelfall ohne hinreichenden wichtigen Grund entzogen bzw. beschränkt wird.⁴⁰

Notizen / Notes:

Das Urteil liegt im Hinblick auf die Handhabung der Anfechtungsklage und den Zeitpunkt des Vorbringens der Anfechtungsgründe auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung.⁴¹ Da es sich bei der Frist nach Art. 706a Abs. 1 OR um eine Verwirkungsfrist handelt, kann diese weder gerichtlich erstreckt noch durch Parteihandlung verlängert werden (z.B. mittels Unterbrechung). Daneben finden auch die zivilprozessualen Bestimmungen über den Fristenstillstand keine Anwendung. Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bedarf aufgrund der Kombination dieser Aspekte gerade in komplexeren Verhältnissen, in welchen potentiell mehrere Anfechtungsgründe relevant sein könnten, besonderer Sorgfalt. Ein Nachschieben von Anfechtungsgründen, wie es im vorliegenden Fall im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens vor zweiter Instanz vorgenommen wurde⁴², genügt den genannten Anforderungen offenkundig nicht.

Le présent arrêt reste dans la ligne de la jurisprudence relative au maniement de l'action en annulation et du moment où le demandeur doit présenter les motifs d'annulation⁴³. Dès lors que le délai prévu à l'art. 706a al. 1 CO est un délai de péremption, il ne peut être étendu ni par le tribunal, ni par l'action d'une partie (les parties ne peuvent pas interrompre la péremption, p.ex.). Les dispositions de la procédure civile sur la suspension des délais ne trouvent pas non plus application en l'espèce. Compte tenu de la combinaison de tous ces aspects, il s'impose donc de faire particulièrement attention lors d'actions en annulation, en particulier lorsque celles-ci ont trait à des états de fait complexes dans lesquels plusieurs motifs d'annulation sont potentiellement pertinents. L'invocation de nouveaux motifs d'annulation en cours de procédure – tels ceux que le demandeur dans la présente affaire prétendait faire valoir en deuxième instance⁴⁴ – ne satisfait à l'évidence pas aux exigences susmentionnées.

⁴⁰ E. 4.

⁴¹ Vgl. schon BGE 86 II 78 E. 6a S. 87 f.

⁴² Siehe zu den Vorbringen im Einzelnen Urteil des BGer 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 3.2.

⁴³ Voir déjà ATF 86 II 78 consid. 6a p. 87 ss.

⁴⁴ S'agissant des motifs invoqués dans le cas particulier, voir arrêt 4A_10/2012 du 2 octobre 2012 consid. 3.2.

- e) *Vertretung der Gesellschaft /
Représentation de la société*
- aa) Kollektive Vertretungsberechtigung und Genehmigung /
Signature collective et ratification

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid hatte sich das Bundesgericht zur Vertretung einer Gesellschaft zu äussern.⁴⁵ Es hielt dabei fest, dass im Falle einer kollektiven Vertretungsberechtigung die Unterschrift eines einzelnen Bevollmächtigten die Gesellschaft grundsätzlich nicht verpflichtet. Ein Bevollmächtigter kann jedoch auch erst im Nachhinein zur Vertretung ermächtigt werden. Art. 38 Abs. 1 OR sieht nämlich ausdrücklich vor, dass eine Rechtshandlung eines nicht zur Vertretung Ermächtigten nachträglich genehmigt werden kann. Diese Bestimmung kann analog auf die Situation von Organen einer juristischen Person angewendet werden. Wenn eine Person, die eine Gesellschaft nur mittels Kollektivunterschrift zu zweien vertreten kann, alleine als Bevollmächtigte für die Gesellschaft eine Rechtshandlung vorgenommen hat, so kann diese Rechtshandlung nachträglich von der vertretenen Gesellschaft genehmigt und für gültig erklärt werden; diese Zustimmung kann auch stillschweigend erfolgen.⁴⁶ Im konkreten Fall hat ein lediglich kollektivzeichnungsberechtigter Direktor für die Gesellschaft alleine einen Vertrag mit einem Dritten in der Form einer Schuldanerkennung abgeschlossen. Der Dritte hat zu einem späteren Zeitpunkt die Betreibung gegen die Gesellschaft eingeleitet. Der von der Gesellschaft erhobene Rechtsvor-schlag wurde sodann mittels provisorischer Rechtsöffnung⁴⁷ beseitigt. Die Gesellschaft erhob im Anschluss Aberkennungsklage, wobei sie sich vor der ersten Instanz auf den Standpunkt gestellt hat, dass sie sich mittels des Vertrags verpflichtet habe; dies jedoch lediglich als Bürge. Erst nachträglich, namentlich vor Bundesgericht, wurde die fehlende Einzelzeichnungsberechtigung des Direktors geltend gemacht. Das Bundesgericht hat u.a. gestützt auf den diesbezüglich vorinstanzlich verbindlich festgestellten Sachverhalt auf eine Genehmigung im vorbezeichneten Sinn geschlossen. Hierbei konnte auf die entsprechende Genehmigung auch nicht zurückgekommen werden. Die Gesellschaft konnte mit ihrer Argumentation somit nicht durchdringen.⁴⁸

⁴⁵ Urteil des BGer 4A_87/2011 vom 16. Mai 2011.

⁴⁶ E. 2.1.

⁴⁷ Grundlage hierfür bildete die in Frage stehende Schuldanerkennung. Erstaunlicherweise scheint der diesbezügliche Mangel auch in diesem Verfahren nicht beachtet worden zu sein.

⁴⁸ E. 2.2.

*Notizen / Notes:*⁴⁹

Das Urteil des Bundesgerichts zeigt die mit der stillschweigenden Genehmigung i.S.v. Art. 38 OR verbundene Problematik eindrücklich auf. Im Falle prozessualer Vorkehrungen ist somit besonders darauf zu achten, dass der Einwand der mangelhaften Vertretungsbefugnis nicht an der verfolgten Prozessstrategie und der diesbezüglichen Argumentation scheitert.

L'arrêt du Tribunal fédéral illustre clairement la problématique liée à une ratification tacite au sens de l'art. 38 CO. Il faut veiller à ce que l'argumentation choisie dans le cadre de la stratégie procédurale à l'occasion d'un litige déterminé n'empêche pas le client de soulever l'objection de l'absence de pouvoir de représentation.

bb) Vertretung nach Art. 32 ff. OR /
Représentation au sens des art. 32 ss CO

Dans un autre arrêt non publié⁵⁰, le Tribunal fédéral devait trancher si une société peut seulement être représentée en vertu de la règle de l'art. 718 al. 1 CO ou si elle peut aussi être engagée par le biais de la représentation civile (art. 32 ss CO). En l'espèce, un avis de résiliation de bail avait été signé par un directeur de la SA et un fondé de pouvoirs, lesquels devaient, selon l'inscription au registre du commerce, signer collectivement à deux avec un membre du conseil d'administration.

Le Tribunal fédéral rappelle que le conseil d'administration peut déléguer le pouvoir de représentation et que le registre du commerce renseigne sur le mode de signature prévu, notamment lorsque celui-ci consiste en une combinaison de signatures collectives. Du fait de l'inscription, la société peut opposer au tiers, par l'effet de publicité positif (art. 933 al. 1 CO), la restriction du pouvoir de représentation de la société qui prévoit que certaines personnes doivent signer avec d'autres personnes précisément identifiées⁵¹.

Cela étant, poursuit le TF, une société anonyme peut également être représentée selon les règles des art. 32 ss CO. Lorsqu'un représentant a la volonté d'agir au nom d'autrui, les droits et obligations dérivant de l'acte accompli passent directement au représenté dans trois cas de figure: premièrement si le représentant disposait des pouvoirs suffisants à cet effet en vertu du droit public, de la loi ou de la volonté du représenté; deuxièmement si le représenté

⁴⁹ Weiterführende Literatur: OLIVIER CHAPUIS/JEAN-MICHEL TRISTAN, Chronique de jurisprudence commerciale 2011, Not@lex 2011 S. 157-160, S. 159; PASCAL PICHONNAZ, Maître d'ouvrage et sous-traitants: la ratification d'un acte de représentation vicié, BR 2011 S. 192 f.

⁵⁰ Arrêt 4A_36/2011 du 15 mars 2011.

⁵¹ E. 2.2.1.

ratifie l'acte accompli en son nom (art. 38 CO); troisièmement si le tiers de bonne foi pouvait se fier aux pouvoirs qui lui avaient été communiqués, même tacitement (art. 33 al. 3, 34 al. 3 et 37 CO)⁵².

En l'espèce, le directeur et le fondé de procuration avaient eu la volonté d'agir pour la société. Par ailleurs, il n'y avait aucun indice que le conseil d'administration ne leur ait pas octroyé les pouvoirs suffisants pour la représenter envers des locataires et de toute manière, la société avait explicitement ratifié les actes accomplis en son nom par les deux signataires qui ne pouvaient pas l'obliger seuls⁵³. La SA avait donc été valablement représentée au sens de l'art. 32 CO.

Notizen / Notes:

Im erwähnten Entscheid hält das Bundesgericht fest, dass eine Gesellschaft auch mittels bürgerlicher Stellvertretung vertreten werden kann. Will sich die Gesellschaft eine solche Vertretung nicht entgegenhalten lassen, dann ist darauf Bedacht zu geben, dass keine die Vertretung genehmigende Handlung vorgenommen wird. In dieser Hinsicht ist die Bedeutung der Eintragung von Vertretungsberechtigungen im Handelsregister zu relativieren.

Dans le présent arrêt, le Tribunal fédéral retient qu'une société anonyme peut également être engagée au moyen de la représentation civile. Si la société ne veut pas se faire imputer une telle représentation, elle doit veiller à ne pas ratifier les actes de ses pseudo-représentants. Il s'ensuit que la portée de l'inscription des personnes ayant qualité de représentants au registre du commerce doit être relativisée.

f) *Organisationsmängel /
Carences dans l'organisation*

aa) Verhältnis der Organisationsmängelklage nach Art. 731b OR zur
Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR /
Relation entre l'action de l'art. 731b (carences dans l'organisation) et
l'action en dissolution de la société pour de justes motifs (art. 736
ch. 4 CO)

BGE 138 III 294 betrifft das Verhältnis der Organisationsmängelklage nach Art. 731b OR und der Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR. Konkret ging es um eine Gesellschaft, deren Generalversammlung wegen einer Pattsituation keine Revisionsstelle wählen konnte. Der Verwaltungsrat der Gesell-

⁵² Consid. 2.2.2.

⁵³ Consid. 2.2.2.

schaft war hingegen handlungsfähig, denn deren Präsident führte Einzelunterschrift.⁵⁴

Das Bundesgericht hält vorab fest, dass es sich bei der Auflistung von Massnahmen in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1-3 OR um einen beispielhaften, nicht abschliessenden Katalog handelt. Der Richter muss einen hinreichenden Handlungsspielraum haben, um eine den Umständen des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können. Allerdings ist der Richter bei der Ausübung dieses Handlungsspielraums nicht ungebunden, denn die Massnahme der Auflösung gemäss Ziff. 3 sollte erst angeordnet werden, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziff. 1 (Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) und Ziff. 2 (Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters) nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Es gilt mithin wie bei der Auflösungsklage das Verhältnismässigkeitsprinzip. Die Auflösung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR stellt eine *ultima ratio* dar und darf erst zur Anwendung gelangen, wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen.⁵⁵ Dem Aktionär darf kein Instrument in die Hand gegeben werden, mit dem er die Auflösung der Gesellschaft erwirken kann, ohne gleichzeitig die strengen Voraussetzungen einer Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR zu erfüllen.⁵⁶

Die Vorinstanz hat der Gesellschaft zunächst korrekterweise eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angesetzt, in der Folge jedoch zu Unrecht die richterliche Ernennung der fehlenden Revisionsstelle verworfen, weil sie davon ausging, die Gesellschaft könne den erforderlichen Kostenvorschuss nicht bezahlen. Abgesehen davon, dass die Gesellschaft wie dargelegt handlungsfähig ist, wäre sie ohnehin direkt im Urteilsdispositiv zu verpflichten, die Kosten der ernannten Revisionsstelle zu tragen und dieser einen Vorschuss zu leisten. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht, sogleich die Auflösung anzunordnen, zumal wenn es sich wie bei der in Frage stehenden Gesellschaft um ein im Aussenverkehr handlungsfähiges und grundsätzlich funktionierendes und finanziell gesundes Unternehmen handelt.⁵⁷ Auch ist nicht ersichtlich, dass das Interesse des Klägers an der Auflösung der Gesellschaft dasjenige des anderen Aktionärs und der weiteren Anspruchsgruppen (Arbeitnehmer, Gläubiger) am Fortbestand der Gesellschaft überwiegt. Somit würde mit der sofortigen Anordnung einer Auflösung nicht nur das im Rahmen von Art. 731b Abs. 1 OR zu beachtende Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt, sondern es würden zugleich die in der Rechtsprechung entwickelten, strengen

⁵⁴ Urteil des BGer 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012 E. 2.3 (in BGE 138 III 294 nicht publiziert).

⁵⁵ E. 3.1.4.

⁵⁶ E. 3.1.6.

⁵⁷ E. 3.3.1.

Voraussetzungen von Art. 736 Ziff. 4 OR unterlaufen.⁵⁸ Ebenso wenig hinreichend sind Bedenken, dass sich die beiden Aktionäre auch in Zukunft nicht zu gemeinsamem Handeln durchringen könnten. Sollte dieser Fall eintreten, so könnte das Gericht Massnahmen anordnen, die für die Gesellschaft und die weiteren Anspruchsgruppen weniger einschneidend sind als eine Auflösung mit Liquidation, wie zum Beispiel eine Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer richterlich angeordneten Versteigerung.⁵⁹

*Notizen / Notes:*⁶⁰

Das Bundesgericht macht in diesem Entscheid deutlich, dass die Auflösung einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer Organisationsmängelklage nach Art. 731b OR keinen geringeren Anforderungen unterliegt als eine Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR. Demnach ist auch in diesem Verfahren eine Auflösung nur als *ultima ratio* möglich, d.h. die Situation muss derart gravierend sein, dass der Fortbestand der Gesellschaft nach Treu und Glauben als nicht mehr tragbar erscheint. Die in Frage stehende Gesellschaft muss also ihr Existenzrecht verwirkt haben.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral précise que la dissolution d'une société anonyme dans le cadre d'une action tendant à lever les carences dans l'organisation selon l'art. 731b est soumise à des conditions aussi strictes que l'action en dissolution pour de justes motifs de l'art. 736 ch. 3 CO. Dès lors, dans le cadre de la première action aussi, la dissolution doit être considérée comme une ultima ratio, qui peut seulement être décidée lorsque la continuation de l'existence de la société n'est plus supportable. La société dont il est question doit par conséquent avoir perdu son droit à l'existence.

- bb) Doppelorganschaft als Organisationsmangel? /
Un double organe constitue-t-il une carence dans l'organisation?

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid⁶¹ machte der Kläger geltend, dass eine in einem Konzern bestehende Doppelorgan-

⁵⁸ E. 3.3.2.

⁵⁹ E. 3.3.3.

⁶⁰ Weiterführende Literatur: LUKAS BERGER, Bundesgerichtsentscheid zur Behebung von Organisationsmängeln durch das Gericht – Auflösung der Gesellschaft als *ultima ratio*, REPRAX 2012 S. 40-47; ROLAND LÜTHY, Mängel in der Organisation der Gesellschaft: drei neue Bundesgerichtsurteile, GesKR 2012 S. 596-606, S. 599-602; ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108/2012 S. 514-520, S. 518; MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012 S. 461-476.

schaft einen Organisationsmangel gemäss Art. 731b OR darstelle. Der Kläger begründet seine Auffassung damit, dass der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft bezüglich der Frage, ob gegenüber den Organen der Tochtergesellschaft Verantwortlichkeitsansprüche zu prüfen und zu verfolgen seien, in einem Interessenkonflikt stehe und damit handlungsunfähig sei. Dies, weil gewisse Verwaltungsratsmitglieder der Muttergesellschaft auch im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft vertreten sind.⁶²

Das Bundesgericht hält richtigerweise fest, dass die Doppelorganschaft ein in der Schweizer Konzernpraxis weit verbreitetes und rechtlich zulässiges Mittel zur Durchsetzung der gesetzlich vorgesehenen Konzernleitung ist. Damit stellt die Doppelorganschaft und der damit einhergehende latente Interessenkonflikt keinen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR dar.⁶³

*Notizen / Notes:*⁶⁴

Im Entscheid wird hervorgehoben, welche Fälle der nicht rechtsgenügenden Zusammensetzung der Organe in den Anwendungsbereich von Art. 731b OR fallen können. Zu denken ist an das Fehlen der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Mitglieder der Organe (z.B. des Verwaltungsratspräsidenten [Art. 712 Abs. 1 OR]), an die mangelnde Unabhängigkeit bzw. Befähigung der Revisionsstelle (Art. 727b OR und Art. 728 OR) oder die Nichterfüllung der gesetzlichen Wohnsitzerfordernisse (Art. 718 Abs. 4 OR und Art. 730 Abs. 4 OR). Eine rechtsungenügende Zusammensetzung liegt daneben z.B. auch im Falle der Handlungsunfähigkeit des jeweiligen Organs vor (z.B. aufgrund andauernder Pattsituationen). Zutreffend hält das Bundesgericht fest, dass die Organe der Beschwerdegegnerin im konkreten Fall offensichtlich in der Lage waren, Beschlüsse zu fassen und Handlungen vorzunehmen bzw. zu unterlassen, weshalb eine Handlungsunfähigkeit ausgeschlossen werden konnte. Ferner ist entsprechend den Ausführungen der Vorinstanz daran zu erinnern, dass eine allfällige Aktualisierung des im konkreten Fall vorhandenen latenten Interessenkonflikts, der sich in einer ungenügenden Wahrnehmung der Interessen der Gesellschaft niederschlägt, namentlich verantwortlichkeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Eine Schutzlosigkeit gegenüber derartigen Interessenkonflikten besteht somit trotz Verneinung eines Organisationsmangels nicht.

⁶¹ Urteil des BGer 4A_522/2011 vom 13. Januar 2011 (recte: 2012).

⁶² E. 2.

⁶³ E. 2.3.

⁶⁴ Weiterführende Literatur: PETER V. KUNZ, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010/2011: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 149/2013 S. 99-144, S. 114 f.; ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108/2012 S. 514-520, S. 517.

L’arrêt met en évidence les cas de carence dans l’organisation qui entrent dans le champ d’application de l’art. 731b CO. Ces cas comprennent en particulier le défaut d’organes prescrits par la loi (p.ex. de président du conseil : art. 712 al. 1 CO), le défaut d’indépendance ou de qualification du réviseur (art. 727b et 728 CO) ou encore la non réalisation des conditions légales sur le domicile des personnes appelées à représenter la société ou de l’organe de révision (art. 718 al. 4 et 730 al. 4 CO). La composition d’un organe est aussi contraire au droit lorsque, p.ex., celui-ci n’est pas capable d’agir, notamment en raison d’une situation de blocage durable. Le Tribunal fédéral retient à juste titre qu’en l’espèce, les organes de l’intimée étaient manifestement en mesure d’agir, respectivement de s’abstenir d’agir, de sorte que l’on pouvait exclure leur incapacité sur ce point. Il y a lieu aussi de rappeler les développements de l’instance inférieure selon lesquels la concrétisation d’un conflit d’intérêts latent (tel le conflit qui résulte de la présence d’un double organe), pouvant se traduire par une prise en compte insuffisante des intérêts de la société, est susceptible d’entraîner la responsabilité de l’organe en question. En conséquence, bien que la carence dans l’organisation n’ait pas été retenue dans le cas d’espèce, la société n’est pas dépourvue de moyens de protection.

g) *Kapitalschnitt auf Null /
Réduction du capital à zéro*

BGE 138 III 204 hat einen Anfechtungsprozess zum Gegenstand, bei dem es um die Zulässigkeit eines Kapitalschnitts auf Null mit anschliessender Wiedererhöhung gemäss Art. 732a Abs. 1 OR ging. Eine solche Harmonika zum Zwecke der Sanierung ist vom Gesetz ausdrücklich anerkannt, wobei die bisherigen Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre untergehen und ausgegebene Aktien vernichtet werden müssen. Als Ausgleich dazu steht jedem Aktionär ein unbedingtes und unentziehbares Bezugsrecht zu.⁶⁵

Nach Ansicht des Bundesgerichts setzt ein Kapitalschnitt auf Null voraus, dass eine Sanierungsbedürftigkeit wie zum Beispiel bei einer Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR vorliegt.⁶⁶ Damit der gesetzlich geforderte Sanierungszweck des Kapitalschnitts auf Null erfüllt wird, ist es erforderlich, dass entweder die Überschuldung direkt beseitigt wird oder gleichzeitig weitere Sanierungsmassnahmen in Angriff genommen werden. Diese müssen zusammen mit der Kapitalerhöhung vernünftige Aussichten auf eine nachhaltige Sanierung der Gesellschaft geben. Nach Ansicht des Bundesgerichts muss der Verwaltungsrat zudem über ein Sanierungskonzept verfügen, das

⁶⁵ E. 3.1.

⁶⁶ E. 3.2.

ihn unabhängig von allfälligen Rangrücktrittsvereinbarungen von der Pflicht zur Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR entbindet.⁶⁷

Schliesslich ist das Bundesgericht der Meinung, dass der Verwaltungsrat die Generalversammlung über die weiteren Sanierungsmassnahmen informieren muss, wenn ein Kapitalschnitt auf Null die Überschuldung nicht beseitigt, denn ohne Kenntnis dieses Konzepts kann die Generalversammlung nicht beurteilen, ob die traktandierte Harmonika einen Sanierungszweck aufweist.⁶⁸ Weil dies im vorliegenden Fall nicht geschah, waren die Voraussetzungen eines Kapitalschnitts auf Null gemäss Art. 732a Abs. 1 OR nicht gegeben, womit sich die beschlossene Harmonika als rechtswidrig erweist.⁶⁹ Der entsprechende Generalversammlungsbeschluss ist zwar nicht nichtig, wohl aber anfechtbar.⁷⁰ Weil damit dem darauf gestützten Durchführungsbeschluss des Verwaltungsrats die Grundlage entzogen ist, leidet dieser an einem schwerwiegenden Mangel. Er ist somit nichtig gemäss Art. 714 OR.⁷¹

*Notizen / Notes:*⁷²

Das Bundesgericht hatte in diesem Entscheid die Gelegenheit, sich zu einer «Harmonikasanierung» zu äussern. Einerseits hat das Gericht klar gestellt, dass ein Kapitalschnitt auf Null gemäss Art. 732a Abs. 1 OR nur zulässig ist, wenn die Gesellschaft *sanierungsbedürftig* ist. Dies ist nach Ansicht des Bundesgerichts z.B. der Fall, wenn eine Überschuldung vorliegt. Andererseits muss die Massnahme auch effektiv zu einer Sanierung der Gesellschaft führen, was nach Ansicht des Bundesgerichts nur dann zutrifft, wenn die Gesellschaft nach dem Kapitalschnitt (aber evtl. zusammen mit anderen Sanierungsmassnahmen) nicht mehr im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR zur Benachrichtigung des Richters verpflichtet ist. Aus nicht nachvollziehbaren Überlegungen und ohne Begründung wird dabei seitens des Bundesgerichts verlangt, dass das Nichtbestehen einer solchen Pflicht unabhängig von etwaigen

⁶⁷ E. 3.3.1-3.3.3.

⁶⁸ E. 3.3.3.

⁶⁹ E. 3.4.

⁷⁰ E. 4.1.

⁷¹ E. 4.2.

⁷² Weiterführende Literatur: RAINER BAISCH/ROLF H. WEBER, Aktienrechtliche Restriktionen bei der Kapitalherabsetzung mit anschliessender Kapitalerhöhung als Sanierungsmassnahme - Folgen einer nicht harmonischen Harmonika, GesKR 2012 S. 274-286; CHRISTOPH HURNI, Voraussetzungen einer Sanierungsharmonika (Art. 732a Abs. 1 OR) – BGE 4A_288/2011 vom 13. Februar 2012 (amtliche Publikation vorgesehen), ZBJV 148/2012 S. 363-365; ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108-2012 S. 514-520, S. 518; RALPH STRÄSSLE/HANS CASPAR VON DER CRONE, Der Sanierungszweck als Voraussetzung des Kapitalschnitts auf Null, SZW 2012 S. 253-265.

Rangrücktrittsvereinbarungen gegeben sein müsse. Dies bedeutet nichts anderes, als dass eine Harmonikasanierung nur dann zulässig ist, wenn die Gesellschaft nach Durchführung des Kapitalschnitts keine Rangrücktritte mehr benötigt. Diese Anforderung ergibt sich weder aus dem Gesetz noch ist sie sachlich gerechtfertigt.

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral devait se prononcer sur la validité d’un assainissement par réduction accordéon (lors duquel la société réduit son capital pour l’augmenter aussitôt d’un même montant). Selon le Tribunal fédéral, la réduction du capital à zéro (conformément à l’art. 732a al. 1 CO) suppose un besoin d’assainissement : tel est notamment le cas, selon le Tribunal fédéral, lorsque la société se trouve en situation de surendettement (au sens de l’art. 725 al. 2 CO). La réduction accordéon doit par ailleurs, toujours selon l’avis du TF, servir l’assainissement de la société, ce qui est seulement le cas si ladite réduction (éventuellement couplée à d’autres mesures d’assainissement) permet à la société de sortir de son état de surendettement et qu’elle ne se trouve donc plus dans l’obligation d’aviser le juge de sa situation. Curieusement, et sans justifier son point de vue, le Tribunal fédéral ajoute que l’obligation d’aviser le juge doit être respectée indépendamment d’une quelconque postposition de créances, ce qui signifie que l’assainissement par réduction accordéon est seulement admissible si après son assainissement, celle-ci n’a plus besoin de procéder à une postposition de créances. Cette exigence ne résulte pas de la loi et ne se justifie d’aucune manière.

h) *Verantwortlichkeitsklage /
Action en responsabilité*

aa) *Darlehen an Tochtergesellschaft /
Prêt à une filiale*

In einem nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheid⁷³ bestätigt das Bundesgericht ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau. Dieses bejahte die Haftung des Verwaltungsratspräsidenten einer Holdinggesellschaft für die Darlehensgewährung durch diese Gesellschaft an ihre finanziell angeschlagene Tochtergesellschaft. Nach Ansicht der Vorinstanz verletzte der Beklagte durch die Gewährung des Darlehens im Wissen um die eigentliche Verpflichtung der Tochtergesellschaft zur Deponierung der Bilanz oder der in jedem Fall bestehenden und nicht erfüllten Verpflichtung, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, seine Sorgfaltspflicht gegenüber der Hol-

⁷³ Urteil des BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012.

dinggesellschaft. Die weiteren Haftungsvoraussetzungen waren ebenfalls erfüllt.⁷⁴

Das Bundesgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass der Beschwerdeführer die entscheidungswesentlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht rechtsgenügend gerügt hat.⁷⁵ Immerhin anerkennt das Bundesgericht, dass sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auferlegen müssen, sofern diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustandegekommen sind. Wenn die Organe einen besonderen Wissensstand haben oder haben müssten, wie namentlich in Konzernverhältnissen, dann ist aber nach Ansicht des Bundesgerichts ein strenger Massstab anzulegen. In diesem Fall ist bei der Beurteilung, ob eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, auf die Informationen abzustellen, die das Verwaltungsratsmitglied im fraglichen Zeitpunkt hatte oder hätte haben können.⁷⁶ Aus diesem Grund kann sich z.B. ein Organ nicht ohne weiteres damit entlasten, dass die aktuellste Jahresrechnung keine Überschuldung bzw. Unterbilanz ausgewiesen hat. Es ist vielmehr zu prüfen, ob es aufgrund der ihm bis zum Zeitpunkt der fraglichen Handlung zukommenden Informationen bei pflichtgemässer Sorgfalt die tatsächliche finanzielle Situation der Tochtergesellschaft hätte erkennen müssen.⁷⁷

*Notizen / Notes:*⁷⁸

Dieses Urteil illustriert die heikle Situation hinsichtlich Personen, die gleichzeitig Funktionen in mehreren Gesellschaften einer Gruppe ausüben. Gemäss BGer muss die als Vertreter einer Gesellschaft handelnde Person aufgrund ihrer Sorgfaltspflicht ihre Kenntnisse hinsichtlich der durch den Vertragspartner zu Lasten der Gesellschaft bewirkten Risiken beachten. Dies gilt für Kenntnisse, über welche sie verfügt oder aufgrund ihrer Funktionen beim Vertragspartner verfügen könnte. Ferner erinnert das Urteil daran, dass die finanzielle Solidität einer Gesellschaft ihre Organe nicht davon befreit, die eingegangenen Risiken abzuschätzen und einzudämmen, was auch im Falle einer Transaktion mit einer Tochtergesellschaft gilt; folglich ist eine Darlehensgewährung an eine sich in Schwierigkeiten befindliche Gesellschaft zu

⁷⁴ E. 3.

⁷⁵ E. 4.1-4.3.

⁷⁶ E. 5.1.

⁷⁷ E. 5.3.

⁷⁸ Weiterführende Literatur: ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108/2012 S. 514-520, S. 518; HANS-UELI VOGT/MICHAEL BÄNZIGER, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012 S. 607-627.

unterlassen, falls keine Aussicht auf teilweise oder vollständige Wiedererlangung der ausgeliehenen Gelder besteht.

Cet arrêt illustre la situation délicate des personnes qui assument des fonctions auprès de plusieurs sociétés d’un même groupe. Le TF retient ici que le devoir de diligence de celui qui agit en tant que représentant d’une société l’oblige à prendre en compte les connaissances dont il dispose ou même dont il peut disposer en raison de ses fonctions auprès du partenaire contractuel, sur les risques que ledit partenaire fait courir à la société. En outre, l’arrêt rappelle que la solidité financière d’une société ne dispense pas ses organes d’estimer et de limiter les risques encourus, y compris lors de transactions avec ses filiales, et qu’en conséquence il faut s’abstenir de prêter à une société en difficultés financières si les chances de recouvrer en tout ou partie des fonds prêtés sont inexistantes.

bb) Führen aussichtsloser Prozesse /
Engagement dans une procédure dénuée de chances de succès

Im vorliegenden Urteil⁷⁹ geht es um die Haftung des Verwaltungsrats für die Kosten der Prozessführung hinsichtlich einer Eintragungsverweigerung. In einem früheren Verfahren klagte die jetzige Klägerin auf Eintragung im Aktienbuch der Gesellschaft, wobei sie die einzutragenden Aktien im Rahmen einer Fusion mit ihrer Tochtergesellschaft erworben hat. Die Klägerin warf dem Verwaltungsrat der Gesellschaft vor, die Entscheide, sich der Klage auf Eintragung zu widersetzen und das Urteil des Handelsgerichts mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln anzufechten, pflichtwidrig gefällt zu haben.⁸⁰

Das Bundesgericht hält vorab fest, dass die Prozessaussichten im Zeitpunkt der Einleitung des Prozesses zu beurteilen sind. Insbesondere kann der Entscheid über die Prozessführung nicht allein deswegen als pflichtwidrig beurteilt werden, weil die Gesellschaft im späteren Prozess unterliegt. Ansonsten würde jeder verlorene Prozess oder zumindest jeder Prozessverlust, bei dem das Verhalten der Aktiengesellschaft als rechtsmissbräuchlich beurteilt wird, zu einer Verantwortlichkeit der Organe führen.⁸¹

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist deshalb im Einzelfall abzuklären, ob es unter den konkreten Umständen und Prozessrisiken vertretbar erscheint, dass die Gesellschaft den Prozess anhebt. Dabei muss das mit dem Prozess verfolgte Ziel vom Gesellschaftsinteresse gedeckt sein. Dieses ist demnach in zweifacher Hinsicht relevant für die Beurteilung von Prozessführungsent-

⁷⁹ Urteil des BGer 4A_375/2012 vom 20. November 2012 (zur Publikation vorgesehen).

⁸⁰ E. 2.2 und E. 3.1.

⁸¹ E. 3.3.

scheiden: Einerseits kann es nicht im Interesse der Gesellschaft liegen, von vornherein aussichtslose Prozesse zu führen, andererseits verbietet es, Prozesse zu führen, mit denen nicht ein im Gesellschaftsinteresse liegendes Ziel verfolgt wird.⁸²

Im konkreten Fall ging es dem Verwaltungsrat der Gesellschaft mit der Verweigerung der Eintragung der Klägerin als Aktionärin darum, den Einfluss eines bestehenden Minderheitsaktionärs zurückzudrängen. Diese Absicht stand ausserhalb des Zwecks der Vinkulierung und war mit dieser auch nicht zu erreichen. Deshalb lagen die Eintragungsverweigerung und damit auch die Prozessführung über diese Frage nicht im Gesellschaftsinteresse, sondern im Interesse einer Mehrheit der Aktionäre. Aus diesem Grund war der Prozessführungsentscheid des Verwaltungsrats pflichtwidrig.⁸³

*Notizen / Notes:*⁸⁴

Das Bundesgericht erinnert hierbei an das Prinzip, gemäss welchem das Gesellschaftsinteresse jegliches Handeln des Verwaltungsrats bestimmen muss, wozu auch die Teilnahme an einem gerichtlichen Verfahren zu zählen ist. Dieses Gesellschaftsinteresse diktiert nicht bloss auf die Führung eines von vornherein aussichtslosen Verfahrens zu verzichten (was der Verwaltungsrat am Anfang – gegebenenfalls unter Beizug von Experten – unter Berücksichtigung aller Umstände einschliesslich der dem in Frage stehenden Verfahren inhärenten Risiken überprüfen muss). Das Gesellschaftsinteresse gebietet auch, die Teilnahme an einem Verfahren zu unterlassen, welches nicht durch das Gesellschaftsinteresse sondern das Interesse der einzigen Mehrheitsaktionäre motiviert ist.

Le Tribunal fédéral rappelle ici le principe selon lequel l'intérêt social doit gouverner toute action du conseil d'administration, y compris l'engagement dans une procédure judiciaire. Ledit intérêt social ne commande pas seulement de s'abstenir de s'engager dans une procédure qui est d'emblée dénuée de toute chance de succès (ce que le conseil doit vérifier d'entrée de cause, cas échéant en prenant l'avis de spécialistes, en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce et des risques inhérents à ladite procédure). Il commande aussi de s'abstenir de s'engager dans une procédure qui n'est pas motivée par l'intérêt social, mais par l'intérêt des seuls actionnaires majoritaires.

⁸² E. 3.3.

⁸³ E. 3.4.

⁸⁴ Vgl. ferner NZZ vom 12.01.2013, S. 33.

- cc) Sozialversicherungsbeiträge /
Cotisations aux assurances sociales
- (i) Faktische Organstellung und Überwachungspflichten /
Qualité d'organe de fait et obligations de surveillance

Schliesslich hatte das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Haftung für AHV-Beiträge zu beurteilen, ob einem Direktor eine faktische Organstellung zukommt.⁸⁵ Bei einer Aktiengesellschaft kommt Personen eine faktische Organstellung zu, wenn sie tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie diesen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen. Dabei reicht die Schadenersatzpflicht grundsätzlich nur soweit, als die betreffende Person in Bezug auf die nichtbezahlten Beiträge disponieren und Zahlungen an die Ausgleichskasse veranlassen konnte. Ausserhalb des eigenen Zuständigkeitsbereiches kommt dem faktischen Organ keine Pflicht zu, die anderen Organe zu überwachen.⁸⁶

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben Geschäftsführer von Aktiengesellschaften nicht formelle Organstellung. Demgegenüber kommt im Handelsregister eingetragenen Direktoren mit Einzelzeichnungsberechtigung in der Regel formelle Organqualität zu. Allerdings haben sie nur für Handlungen und Unterlassungen in ihrem Aufgabenbereich einzustehen, was unter Umständen eine Haftung nach Art. 52 Abs. 1 AHVG ausschliesst. Inwieweit Direktoren ausserhalb des eigenen Zuständigkeitsbereiches eine Pflicht zukommt, die anderen Organe zu überwachen, ist im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände zu entscheiden.⁸⁷ Im konkreten Fall war der Beschwerdeführer für das operative Geschäft zuständig und musste weder von den Beitragsausständen wissen noch war er, so wie der Verwaltungsrat, zur Überwachung des Lohn- und Beitragswesens verpflichtet. Dem Beschwerdeführer kam folglich nach Ansicht des Bundesgerichts keine faktische Organstellung zu, weshalb mangels formeller oder faktischer Organstellung eine Haftung nach Art. 52 Abs. 1 AHVG entfällt.⁸⁸

*Notizen / Notes:*⁸⁹

Das Bundesgericht erinnert zu Recht daran, dass anderen formellen Organen als den Mitgliedern des Verwaltungsrats (wie zum Beispiel gewissen Direkto-

⁸⁵ Urteil des BGer 9C_317/2011 vom 30. September 2011.

⁸⁶ E. 4.1.1.

⁸⁷ E. 4.1.2.

⁸⁸ E. 4.3.

⁸⁹ Weiterführende Literatur: MARCO REICHMUTH, Zur 1. Säule – Premier pilier, SZS 2012 S. 67-74, S. 69 f.

ren) oder den faktischen Organen keine generelle Überwachungspflicht hinsichtlich der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, deren Verletzung durch Art. 52 AHVG sanktioniert wird, zukommt. Zu den faktischen Organen zählen dabei Personen, die effektiv Organfunktionen wahrnehmen indem sie die den formellen Organen vorbehaltenen Entscheidungen treffen, die Leitung der Gesellschaft übernehmen oder in massgebender Weise die Willensbildung der Gesellschaft beeinflussen. Für alle diese formellen oder faktischen Organe muss eine Überwachungspflicht von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Umstände festgestellt werden.

Le TF rappelle avec raison que les organes formels autres que les membres du conseil d'administration (tels que certains directeurs) ou les organes de fait, c'est à dire les personnes qui exercent effectivement des fonctions d'organe en prenant des décisions qui incombent à ces derniers, assumant la gestion de la société ou influencent de manière déterminante la formation de la volonté sociale, ne sont pas tenus à un devoir général de surveillance du paiement des cotisations sociales, dont la violation est sanctionnée par l'art. 52 LAVS. Pour lesdits organes formels ou de fait, l'existence d'un tel devoir de surveillance doit être établi de cas en cas, en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

- (ii) Umfang der Sorgfaltspflichten des nicht geschäftsführenden Verwaltungsratspräsidenten im Rahmen von 52 AHVG/
Etendue du devoir de diligence du président du conseil
d'administration non exécutif dans le cadre de 52 LAVS

In diesem Entscheid⁹⁰ musste das Bundesgericht prüfen, inwieweit ein nicht geschäftsführender Verwaltungsratspräsident seine Aufsichtspflichten im Zusammenhang mit der Bezahlung von AHV-Beiträgen verletzte. Das Bundesgericht hielt dabei fest, dass wenn die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats obliegt, weitere Verwaltungsratsmitglieder i.S.v. Art. 52 AHVG qualifiziert schuldhaft handeln, wenn sie die nach den Umständen gebotene, sich auch auf das Beitragswesen erstreckende Aufsicht nicht ausüben. Dabei beurteilen sich die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle bei einem nur aus wenigen Personen zusammengesetzten Verwaltungsrat nach einem strengen Massstab. Demnach gilt als grobfahrlässig gerade auch die Passivität faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossener Verwaltungsratsmitglieder, die sich umso nachhaltiger um Einblick in die Geschäftsbücher zu bemühen haben.⁹¹ Insbesondere kann sich ein Verwaltungsratsmitglied, wenn es wie beim Beitragswesen um die Verantwortung in Geschäften

⁹⁰ Urteil des BGer 9C_289/2011 vom 8. Juli 2011.

⁹¹ E. 4.2.

geht, mit denen es sich ihrer Bedeutung wegen befassen musste, nicht mit dem Einwand entlasten, es habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt. Ergibt sich sogar aus den Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, ist das Verwaltungsratsmitglied verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen, nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen.⁹²

Im konkreten Fall waren dem Verwaltungsratsmitglied Unregelmässigkeiten bei der Abrechnung und Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen bekannt. Aus diesem Grund war es für das Bundesgericht nicht ausreichend, dass es die Geschäftsführung nur anwies, den Beitragszahlungen erste Priorität einzuräumen, sich von ihr Einzahlungsbelege vorlegen liess und sich im Weiteren auf die im Rahmen monatlicher Verwaltungsratssitzungen abgegebenen Zusagen der rechtskonformen Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge verliess. Zuzufolge der bekannten Mängel in der Geschäftsführung hätte nach bundesgerichtlicher Auffassung die erforderliche Sorgfalt mindestens die Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen, deren sorgfältige Prüfung und falls nötig die Einholung ergänzender Auskünfte erfordert. Zu diesem Zweck hätte das Verwaltungsratsmitglied wegen der ihm abgehenden Kenntnisse und Erfahrungen in kaufmännischen Angelegenheiten und namentlich in der Buchführung eine sachverständige Person beiziehen müssen. Auch das Vorhalten von Mahnungen und Zahlungsbefehlen seitens der Geschäftsführung entlastete das Verwaltungsratsmitglied nicht, weil Mängel in der Geschäftsführung anhand der eingehenden Mahnungen und Zahlungsbefehle auch ohne kaufmännisches Fachwissen und Erfahrung klar erkennbar waren.⁹³

Notizen / Notes:

Dieses Urteil bestätigt die strenge Rechtsprechung, wonach die Überwachung der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen zu den prioritären Aufgaben des nicht mit der Geschäftsführung betrauten Präsidenten eines aus wenigen Personen bestehenden Verwaltungsrats gehört.⁹⁴ In diesem Kontext sollte sich der Präsident weder passiv zeigen noch der Person vertrauen, die mit den Zahlungen betraut ist, insbesondere falls diese bereits in der Vergangenheit zu Schwierigkeiten Anlass gab; falls er nicht über die notwendigen Kenntnisse verfügt, so ist er verpflichtet, die Hilfe von Sachverständigen in Anspruch zu nehmen.

⁹² E. 4.2.

⁹³ E. 5.1.

⁹⁴ Im gleichen Sinn die Erwägungen des nachfolgenden Urteils.

Cet arrêt confirme la jurisprudence stricte selon laquelle la surveillance du paiement des cotisations sociales fait partie des tâches prioritaires du président non exécutif, dans un conseil d'administration composé de peu de personnes⁹⁵. Dans ce contexte, le président ne saurait se montrer passif ni trop se fier aux dires des personnes chargées dudit paiement, en particulier lorsque celui-ci a déjà donné lieu à des difficultés dans le passé ; s'il ne dispose pas des connaissances nécessaires, il doit faire appel à des experts.

(iii) Haftungsausschliessende Rechtfertigungsgründe /
Motifs justificatifs excluant la responsabilité

– Im Rahmen eines Sanierungskonzepts /
Dans le cadre d'un concept d'assainissement

In diesem Urteil⁹⁶ stellt das Gericht fest, dass die Haftung nach Art. 52 AHVG keine Kausalhaftung ist, sondern nach dem klaren Wortlaut und Sinn des Gesetzes ein zumindest grobfahrlässiges Verhalten voraussetzt.⁹⁷ Der Begriff der Grobfahrlässigkeit ist dabei gleich zu verstehen wie im übrigen Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Demgemäss handelt grobfahrlässig, wer eine elementare Vorsichtsmassnahme missachtet bzw. das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen.⁹⁸ Demnach kann ein Verhalten nur als schuldhaft qualifiziert werden, wenn die Möglichkeit zu einem rechtmässigen Alternativverhalten überhaupt bestanden hätte. Auch die Verletzung der Vorschriften i.S.v. Art. 52 AHVG kann nur schuldhaft sein, wenn ein pflichtgemäss handelndes Organ den Schaden hätte verhindern können. Die blossе Nichtbezahlung von AHV-Beiträgen mangels Liquidität darf daher nicht einem qualifizierten Verschulden gleichgesetzt werden, weil dies auf eine gesetzwidrige Kausalhaftung hinauslaufen würde.⁹⁹ Folglich kann die Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen entschuldbar sein, wenn bei ungenügender Liquidität zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen befriedigt werden, sofern aufgrund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage angenommen werden darf, dass die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachbezahlt werden können. Eine kurze Dauer bzw. nützliche Frist in diesem Sinne ist zum Beispiel überschritten, wenn die Beitragszahlungspflicht über ein Jahr lang verletzt wird, zumal wenn dabei kein gezieltes, auch in zeitlicher Hinsicht konkretes Sanierungskonzept vorliegt oder wenn eine Sanierung erst

⁹⁵ Dans le même sens les considérants de l'arrêt suivant.

⁹⁶ Urteil des BGer 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011.

⁹⁷ E. 3.1.

⁹⁸ E. 3.2.

⁹⁹ E. 3.3.

nach einem jahrelang defizitären Geschäftsgang erwartet werden kann. Ebenfalls nicht entschuldbar ist die Beitragsrückbehaltung, wenn eine Sanierung überhaupt nicht ernsthaft erwartet werden kann.¹⁰⁰

Aufgrund dieser Erwägungen hat das Bundesgericht die Beschwerde des eingeklagten Verwaltungsratsmitglieds gutgeheissen, soweit sie sich auf AHV-Beiträge bezog, die in einer Zeit nicht bezahlt wurden, in welcher die Fortführung des Unternehmens aufgrund der getroffenen Sanierungsmassnahmen vertretbar und die nicht vollständige Bezahlung der entsprechenden AHV-Beiträge mangels Liquidität nicht grobfahrlässig war.

– Bei einem finanziellen Engpass /
En présence de difficultés financières

Im vorliegenden Fall betreffend Haftung für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge¹⁰¹ war unbestritten, dass die Ausgleichskasse durch die Verletzung der Zahlungspflicht aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu Schaden kam. Dieses widerrechtliche Verhalten ist dem beklagten Verwaltungsratspräsidenten grundsätzlich als qualifiziertes Verschulden zuzurechnen, welches nach Art. 52 Abs. 1 AHVG die volle Schadenersatzpflicht nach sich zieht, sofern die Adäquanz zu bejahen ist, keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe gegeben sind und die Ausgleichskasse kein Mitverschulden trifft.¹⁰² Der Beklagte konnte keine Rechtfertigungsgründe geltend machen, weil er von den seit Jahren andauernden Liquiditätsproblemen der Gesellschaft und den stets wachsenden Ausständen gegenüber der Kasse gewusst hatte. Deshalb hätte es nach Ansicht des Bundesgerichts zu seinen vorrangigsten Aufgaben gehört, dafür zu sorgen, dass Löhne nur unter gleichzeitiger Abrechnung und Einzahlung oder Sicherstellung der darauf anfallenden Sozialversicherungsbeiträge ausgerichtet werden. Ebenfalls kein Rechtfertigungsgrund ist ein Liquiditätsengpass, der dadurch entstand, weil prioritär und gezielt die Forderungen einer Bank befriedigt wurden, da diese ihnen «das Messer an den Hals gesetzt» hat.¹⁰³

Notizen / Notes:

Im Urteil vom Januar 2011 erläutert das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu den Voraussetzungen, unter welchen die unterlassene Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen durch die Organe einer Gesellschaft, der liquide Mittel fehlen und die prioritär Forderungen begleicht, deren Bezahlung für das Überleben essentiell ist, ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Dies ist der

¹⁰⁰ E. 3.4.

¹⁰¹ Urteil des BGer 9C_328/2012 vom 11. Dezember 2012.

¹⁰² E. 3.

¹⁰³ E. 5.1.

Fall wenn die Organe der Gesellschaft – auf der Basis von objektiven Umständen und einer seriösen Evaluation der Situation – davon ausgehen, dass die Gesellschaft innert nützlicher Frist im Stand sein wird, die Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen. Das Bundesgericht präzisiert hierbei nicht, was unter «nützlicher Frist» zu verstehen ist. Es weist aber darauf hin, dass diese Frist abgelaufen ist, wenn die Pflicht zur Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge während mehr als einem Jahr verletzt ist (vor allem wenn die Gesellschaft über kein seriöses Sanierungskonzept verfügt), wenn die Hoffnung auf eine Sanierung erst im Hinblick auf einen mehrjährigen defizitären Geschäftsgang besteht oder eine Sanierung nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden kann. Das Urteil vom Dezember 2012 ist ein Anwendungsfall dieser Prinzipien: Mangels eines Sanierungsplans mit realen Chancen der zügigen Krisenbewältigung ist es im Falle der finanziellen Bedrängnis nicht zulässig, einen Gläubiger zu privilegieren, welcher der Gesellschaft «das Messer an den Hals» gesetzt hat.

Dans l'arrêt de janvier 2011, le Tribunal fédéral clarifie sa jurisprudence sur les conditions auxquelles le non paiement de cotisations sociales par les organes d'une société qui manque de liquidités et qui s'acquitte en priorité d'autres créances dont le paiement est essentiel pour la survie cette dernière est exceptionnellement justifié. Tel est le cas lorsque les organes de la société estiment – sur la base de circonstances objectives et d'une évaluation sérieuse de la situation – que la société sera en mesure de procéder, en temps utile, au paiement des cotisations échues. Le Tribunal fédéral ne précise pas ce qu'il y a lieu d'entendre par « temps utile », mais indique que celui-ci est dépassé lorsque l'obligation de verser les cotisations est violée pendant plus d'une année (surtout si la société ne dispose pas de concept sérieux d'assainissement), que l'assainissement ne peut être espéré qu'après plusieurs années déficitaires ou qu'un assainissement ne puisse être sérieusement envisagé. L'arrêt de décembre 2012 est un cas d'application de ces principes : faute de plan d'assainissement avec de réelles chances de sortir rapidement de la crise, il n'est pas admissible de privilégier un créancier qui vous met « le couteau sur la gorge » lorsque l'on se trouve en difficultés financières.

- i) Konzernhaftung, Passivlegitimation der Muttergesellschaft /
Responsabilité dans les groupes, légitimation passive de la société mère

Dans l'ATF 137 III 550, le Tribunal fédéral devait juger si un créancier, travailleur engagé au travers d'une société d'intérim qui avait subi un grave accident du travail, pouvait rechercher la société-mère en lien avec l'obligation résultant de la responsabilité de sa fille.

En principe, les sociétés dominées (ou sociétés-filles) appartenant à un groupe soumis à une direction économique unique peuvent se prévaloir de leur indépendance juridique par rapport à la société dominante (société-mère). Il est toutefois généralement admis que le « voile social » peut parfois être levé (notamment en cas d’abus de droit) et l’indépendance juridique des entités niée (*Durchgriff*). Le Tribunal fédéral distingue cependant le cas du *Durchgriff* à proprement parler, qui revient à nier la personnalité juridique de la filiale pour reconnaître la qualité de débitrice de la société dominante, des cas où l’on ne nie pas l’indépendance juridique de la personne morale, mais bien le caractère exclusif de sa légitimation active ou passive, de sorte que la société-mère est alors légitimée (ou obligée) aux côtés de sa fille. De tels cas se produisent lorsque (i) la responsabilité de la société dominante est déjà engagée en vertu d’un fondement propre ou (ii) lorsque les sphères de la société dominante et de la société dominée se confondent¹⁰⁴.

Le Tribunal fédéral reprend la définition doctrinale de la confusion des sphères, qui est donnée lorsque, extérieurement, l’identité d’une société-fille ne peut plus être distinguée de celle de la société-mère, autrement dit, lorsqu’une apparence d’unité est créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques. Il évoque 3 correctifs envisagés par la doctrine dans un cas de confusion des sphères pour imputer des obligations contractuelles à la société-mère. Le premier de ces correctifs consiste en la théorie de la procuration apparente. Le second, en la théorie de la responsabilité fondée sur l’apparence juridique, où le partenaire contractuel, en vertu du principe de la confiance, doit être protégé dans sa croyance erronée qu’il a conclu le contrat avec la société-mère et non la fille ou, cas échéant, avec les deux sociétés. Le dernier correctif consiste quant à lui, en la théorie du *Durchgriff*, applicable à titre d’*ultima ratio*, selon laquelle il y aurait lieu de considérer qu’il serait abusif d’invoquer l’indépendance juridique de deux sociétés alors qu’elles-mêmes n’en tiennent pas compte¹⁰⁵.

En l’espèce, le groupe Givaudan (défenderesse) s’était présenté à la société d’intérim ainsi qu’à la police et aux assureurs concernés par les faits de la cause sous le nom de « Givaudan-Roure SA », alors qu’à l’époque, les raisons sociales exactes de la filiale et de la société-mère étaient respectivement « Givaudan-Roure Société Anonyme » et « Givaudan-Roure (International) SA ». L’abréviation utilisée, « Givaudan-Roure SA », pouvait donc désigner aussi bien la filiale que la société-mère. En outre, le Tribunal fédéral relève que les deux sociétés avaient un siège unique, un but social analogue et des

¹⁰⁴ Consid. 2.3.1.

¹⁰⁵ Consid. 2.3.2.

représentants communs. Pour le surplus, aucun élément n'indiquait que, dans le cadre de l'exécution de son travail, le recourant ait été à même de distinguer pour quelle entité il travaillait. Cette confusion a par ailleurs persisté par la suite durant la correspondance que le recourant entretenait avec la défenderesse¹⁰⁶.

Compte tenu de ces éléments, le Tribunal fédéral a donc admis l'existence d'une confusion des sphères des deux sociétés, d'une unité apparente dont le recourant pouvait de bonne foi inférer que la société-mère et sa filiale étaient aussi concernées l'une que l'autre par les faits de la cause et, partant, pouvaient toutes les deux être recherchées en responsabilité¹⁰⁷.

*Notizen / Notes:*¹⁰⁸

Das Urteil befasst sich mit der «Sphärenvermischung» einer dominierenden Gesellschaft mit ihrer Tochtergesellschaft, also einem besonderen und aussergewöhnlichen Fall, in welchem die Muttergesellschaft neben der Tochtergesellschaft für eine Schuld der letztgenannten Gesellschaft haftet. Die Haftung der Muttergesellschaft ist aufgrund der Unmöglichkeit der Unterscheidung der Identität einer Tochtergesellschaft von derjenigen der Muttergesellschaft durch einen externen Dritten begründet. Mit anderen Worten ergibt sich die Begründung aus der Erscheinung als Einheit, welche durch äusserliche Anzeichen, wie identischen oder sehr ähnlichen Firmen, identischen Sitzen, Räumlichkeiten, Organen, Angestellten oder Telefonnummern, ausgelöst wird. Die theoretische Grundlage für diese Haftung, hinsichtlich welcher in der Doktrin verschiedene Theorien bestehen, wird durch das Bundesgericht offen gelassen.

L'arrêt traite de la « confusion des sphères » d'une société dominante et de sa filiale, soit d'un cas particulier et exceptionnel dans lequel la société mère répond, à côté de la filiale, d'une dette de cette dernière. L'obligation de la société mère se justifie en raison de l'impossibilité pour un tiers externe de distinguer l'identité d'une société-fille de celle de la société-mère ou en d'autres termes de l'apparence d'unité créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques. Le Tribunal fédéral laisse ouverte la question du fondement théo-

¹⁰⁶ Consid. 2.4.

¹⁰⁷ Consid. 2.4.

¹⁰⁸ Weiterführende Literatur: ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108/2012 S. 514-520, S. 517; ALEXANDER WINTSCH/PETER REICHART, Rechtsscheinhaftung im Konzern, GesKR 2012 S. 287-293.

rique de cette obligation, fondement qui fait l’objet de différentes théories développées en doctrine.

2. GmbH / Srl

a) *Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis / Retrait des pouvoirs de gestion et de représentation*

Cet arrêt a trait à la possibilité de révoquer le pouvoir de gestion et de représentation d’un associé de la Srl (art. 815 al. 2 CO)¹⁰⁹. Le recourant avait fait valoir, dans le cadre d’une procédure de mesures provisoires dirigée contre la société, que son associé avait gravement violé ses devoirs de non-concurrence, de fidélité et de diligence envers la société en continuant parallèlement l’activité de son entreprise individuelle; il soutenait également que son coassocié était devenu incapable de gérer la société, qu’il avait complètement abandonnée depuis près d’une année.

La décision de l’instance inférieure n’étant qu’une décision incidente, le Tribunal fédéral pouvait seulement entrer en matière si la décision était de nature à causer un préjudice irréparable, soit un préjudice de nature juridique qui ne pourrait pas être réparé par une décision finale favorable au recourant. Il a jugé que le refus de retrait des pouvoirs à un associé gérant qui chercherait à bloquer le fonctionnement de la société était indéniablement propre à provoquer un préjudice de nature juridique au détriment de la société elle-même et, par ricochet, de l’autre associé¹¹⁰.

L’instance inférieure avait motivé son refus de prononcer des mesures provisoires avec quatre arguments distincts, dont chacun aurait à lui seul suffi à justifier le refus : l’absence de légitimation passive de la société, qui selon elle appartenait à l’associé à révoquer, les conclusions excessives du recourant qui pouvait seulement prétendre à un retrait provisoire du droit de représenter la société, l’inutilité de la révocation dès lors que, dans le cas particulier, le retrait était insuffisant pour permettre à la société, qui s’était vue retirer l’autorisation d’exercer de la FINMA, de reprendre ses activités et, enfin, l’établissement insuffisant des faits justifiant un retrait des pouvoirs de l’associé gérant¹¹¹.

Le Tribunal fédéral ne traite que de ce dernier point : il retient qu’en soi, les comportements reprochés à l’associé pouvaient relever de justes motifs au sens de l’art. 815 al. 2 CO, car le non-respect d’une prohibition de concurrence constitue une grave violation des devoirs du gérant et un blocage dans la ges-

¹⁰⁹ Arrêt 4A_72/2012 du 12 avril 2012.

¹¹⁰ Consid. 1.2.

¹¹¹ Consid. 2.

tion de la Sàrl peut être considéré comme un juste motif de retrait des pouvoirs d'un gérant, pour autant que ledit blocage puisse être imputé audit gérant et que la société coure le risque d'être ruinée à brève échéance. Il suit cependant l'instance inférieure en ce qu'elle admet que les faits n'ont pas été suffisamment établis et précise qu'il y a lieu de se montrer d'autant plus exigeant s'agissant de l'établissement des faits que le retrait du pouvoir de gestion d'un associé gérant, dans une Sàrl à deux membres, est soumis à des exigences particulièrement élevées¹¹².

Notizen / Notes:

Das Urteil vergewärtigt die Voraussetzungen, unter welchen ein Gesellschafter den Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis im Kontext einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bewirken kann. Zugleich anerkennt das Urteil berechtigterweise, dass die einem Gesellschafter zurechenbare schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht sowie die dauerhafte Blockade der Gesellschaft berechtigte Gründe für einen Entzug darstellen. Nicht behandelt werden dafür zwei interessante Fragen, die sich auf der Stufe der Vorinstanz ergeben haben: Die Frage der Passivlegitimation im Zuge der Klage, die nach unserem Verständnis dem Gesellschafter, dessen Befugnisse möglicherweise entzogen werden können, zuerkannt werden sollte (was ausserdem eine interessante Frage betreffend die örtliche Zuständigkeit beinhaltet)¹¹³ sowie die Frage des provisorischen oder definitiven Charakters der Aufhebung der Befugnisse im Rahmen eines Antrags zum Erlass von provisorischen Massnahmen, die unseres Erachtens im Sinne eines provisorischen Charakters zu entscheiden ist.

L'arrêt rappelle les conditions auxquelles un associé peut obtenir la révocation du pouvoir de gérer et de représenter une société à responsabilité limitée et reconnaît, à juste titre, que la violation grave du devoir de fidélité ainsi que le blocage durable de la société imputable à un associé constituent de justes motifs de révocation. Il ne tranche pas, en revanche, deux questions intéressantes qui avaient été soulevées au niveau de l'instance inférieure : la question de la légitimation passive dans le cadre de l'action, légitimation passive qui doit selon nous être reconnue à l'associé dont les pouvoirs sont susceptibles d'être révoqués (ce qui pose, par ailleurs, une intéressante question de for)¹¹⁴ et la question du caractère provisoire ou définitif du retrait des pouvoirs dans le cadre d'une requête en mesures provisionnelles, qu'il faudrait selon nous trancher dans le sens du caractère provisoire.

¹¹² Consid. 3.3.

¹¹³ Zu dieser Frage: DENIS PIOTET, Note concernant la décision du juge délégué de la Cour d'appel civile, du 20 décembre 2011, no 406, JdT 2012 III S. 107-109.

¹¹⁴ Sur cette question : DENIS PIOTET, Note concernant la décision du juge délégué de la Cour d'appel civile, du 20 décembre 2011, no 406, JdT 2012 III S. 107-109.

b) *Organisationsmängel /*
 Carences dans l'organisation

Im vorliegenden Fall¹¹⁵ hatte sich das Bundesgericht wieder mit der Auflösung einer Gesellschaft im Rahmen der Organisationsmängelklage (Art. 731b OR) zu befassen.

Konkret ging es um eine 2005 gegründete GmbH, die weder über einen im Handelsregister eingetragenen Revisor verfügte, noch beim Handelsregister eine *Opting-out*-Erklärung i.S. von Art. 727a Abs. 2 OR abgegeben hatte. Einem entsprechenden Antrag des Handelsregisters folgend, hatten die Gesellschafterinnen zwar erklärt, auf den Revisor zu verzichten, waren aber nicht in der Lage gewesen, innert der vom Handelsregister und dem Handelsgericht festgesetzten Fristen, die für die Eintragung des Verzichts notwendigen Unterlagen (Bilanz und Erfolgsrechnung) einzureichen, worauf das Handelsgericht die Auflösung der Gesellschaft und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnete.

Das Bundesgericht hält fest, dass der Gesetzgeber mit Art. 731b Abs. 1 OR dem Gericht zwar einen hinreichenden Handlungsspielraum gewähren wollte, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können, dieses jedoch bei der Ausübung dieses Handlungsspielraums das Verhältnismässigkeitsprinzip einzuhalten habe: die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR komme demnach als *ultima ratio* nur dann zur Anwendung, wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen (z.B. bei unzustellbaren Verfügungen oder bei Gesellschaften, die sich in keiner Art und Weise vernehmen lassen). Beim Fehlen der Revisionsstelle sei die Ernennung des fehlenden Organs grundsätzlich die angemessene Massnahme zur Beseitigung des Organisationsmangels.

Im vorliegenden Falle habe die Vorinstanz somit das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt: sie hatte der Beschwerdeführerin zwar zunächst korrekterweise eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angesetzt, in der Folge jedoch zu Unrecht die richterliche Ernennung der fehlenden Revisionsstelle als milderes Mittel verworfen. Zudem handelte es sich vorliegend nicht um einen Fall, in dem sich Verfügungen als nicht zustellbar erweisen oder die Gesellschaft sich in keiner Art und Weise vernehmen lässt. Die Beschwerdeführerin habe gezeigt, dass sie wenigstens bemüht war, den Organisationsmangel zu beheben. Auch wenn sie diese Bemühungen nicht konsequent weiterverfolgte, rechtfertige sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht, gleich zur *ultima ratio* zu schreiten und die Beschwerdeführerin aufzulösen.

¹¹⁵ Entscheid des BGer 4A_411/2012 vom 22. November 2012.

*Notizen / Notes*¹¹⁶:

Es handelt sich hierbei um einen Anwendungsfall der zukünftig gut etablierten Rechtsprechung, wonach der Richter gemäss Art. 731b OR über ein grosses Ermessen verfügt, um die geeigneten Massnahmen zu treffen, um die Unzulänglichkeiten in der Organisation der Gesellschaft abzuwenden. Hierbei ist er jedoch zur Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips verpflichtet.¹¹⁷ Dementsprechend kann die Massnahme der Auflösung der Gesellschaft nur unter dem Titel einer ultima ratio angeordnet werden, soweit keine andere Massnahme adäquat erscheint, insbesondere weil es nicht möglich ist, die Gesellschaft zu erreichen, oder weil sich keine andere geeignete Massnahme ergeben hat.

*Il s'agit ici encore d'un cas d'application de la jurisprudence dorénavant bien établie selon laquelle le juge de l'art. 731b CO dispose certes d'un large pouvoir d'appréciation pour choisir la mesure appropriée pour parer la carence dans l'organisation de la société, mais est tenu par le principe de proportionnalité*¹¹⁸. *En conséquence, la mesure de la dissolution de la société ne peut être prononcée qu'à titre d'ultima ratio, lorsqu'aucune autre mesure n'apparaît adéquate, notamment parce qu'il n'est pas possible de joindre la société ou qu'aucune autre mesure ne s'est révélée appropriée.*

3. Fusionsgesetz / Loi sur la fusion

In der Berichtsperiode ergingen mehrere bundesgerichtliche Urteile zur fusionsgesetzlichen Klage auf Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte (Art. 105 FusG).

¹¹⁶ Weiterführende Literatur: Siehe Fn. 60 sowie JEAN-LUC CHENAUX/LINO HÄNNI, Carence dans l'organisation de la société: étude des aspects matériels et procéduraux de l'art. 731b CO, JdT 2013 II S. 97-119.

¹¹⁷ Siehe zu diesem Aspekt auch vorstehend Ziff. I.1.f.aa (Zusammenfassung von BGE 138 III 294).

¹¹⁸ Voir aussi à ce sujet ci-dessus I.1.f.aa, résumé de l'ATF 138 III 294.

- a) *Bewertungsfragen /
Questions liées à l’évaluation*
- aa) *Bei einer Squeeze-out-Fusion /
Lors d’une fusion squeeze-out*

In der Berichtsperiode musste sich das Bundesgericht zur Höhe der Abfindung im Rahmen einer Squeeze-out-Fusion gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG äussern¹¹⁹.

Gemäss Art. 105 Abs. 1 FusG hat der Richter eine angemessene Ausgleichszahlung festzusetzen, wenn der bei einer Fusion ausgeschlossene Gesellschafter keine Abfindung erhält, die dem wirklichen Wert der bisherigen Anteils- und Mitgliedschaftsrechte entspricht. Dieser Wert ist durch eine Bewertung der Anteilsrechte zu ermitteln, wobei diesbezüglich das Vermögen der beteiligten Gesellschaft, die Verteilung der Stimmrechte sowie alle anderen relevanten Umstände zu berücksichtigen sind. Dieser Wert wird in der Regel aufgrund einer zukunftsbezogenen Ertragsbewertung, verbunden mit einer aktuellen Substanzbewertung, bestimmt, wobei verschiedene Methoden angewendet werden können.¹²⁰

Den fusionierenden Gesellschaften kommt bei der Wahl der Bewertungsmethode und der Bewertung der relevanten Umstände ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Abfindung ist erst dann nicht mehr angemessen, wenn dieser Ermessensspielraum überschritten wird. Dies trifft namentlich zu, wenn die Abfindung auf falschen oder unvollständigen tatsächlichen Annahmen beruht oder anerkannte Bewertungsgrundsätze und -methoden nicht oder unzutreffend angewendet wurden.¹²¹ Die Gerichte werden zur Prüfung dieser Fragen regelmässig Experten beiziehen, die mit diesen Grundsätzen und Methoden vertraut sind. Bei der Prüfung dieser Expertisen hat sich der Richter Zurückhaltung aufzuerlegen und nicht sein Wissen über das Fachwissen des Experten zu stellen, sondern sich im Allgemeinen auf die Prüfung von offensichtlichen Widersprüchen in der Expertise zu beschränken. Soweit die zur Anwendung gebrachten Bewertungsmethoden als Rechtsfragen zu überprüfen sind, wird der Richter etwa beurteilen können, ob der Experte eine Methode gewählt hat, die nachvollziehbar, plausibel und anerkannt ist, in vergleichbaren Fällen verbreitete Anwendung findet, begründetermassen besser oder mindestens ebenso bewährt ist wie andere Methoden und den Verhältnissen im Einzelfall Rechnung trägt. Zum Nachweis dieser Kriterien sollten die

¹¹⁹ Urteil des BGer 4A_96/2011 vom 20. September 2011, teilweise veröffentlicht in BGE 137 III 577 (siehe auch hiernach Ziff. I.3.b.cc). Die nachfolgenden Erwägungen stammen aus dem nicht veröffentlichten Teil des Urteils.

¹²⁰ E. 5.4.

¹²¹ E. 5.4.

Experten – und im Bestreitungsfall die Parteien – soweit als möglich auf Belegstellen in der Fachliteratur verweisen.¹²²

*Notizen / Notes:*¹²³

Auch wenn der im Rahmen einer Squeeze-out-Fusion ausgeschlossene Aktionär (in analoger Anwendung des Prinzips der vollständigen Entschädigung im Falle einer Enteignung) über einen Anspruch auf den wirklichen Wert seiner Titel verfügt, so muss ihr Wert namentlich aufgrund einer Bewertung der fusionierenden Gesellschaften, der Aufteilung der Stimmrechte sowie aller anderen Umstände festgestellt werden. Den fusionierenden Gesellschaften kommt dabei ein grosses Ermessen hinsichtlich der Wahl der anwendbaren Bewertungsmethoden sowie der zu berücksichtigenden Umstände zu. Der Richter schreitet lediglich im Falle der Überschreitung dieses Ermessens ein, namentlich falls die Entschädigung auf falschen oder unvollständigen Annahmen beruht oder die Gesellschaften nicht die anerkannten Bewertungsmethoden angewandt haben oder die Anwendung falsch vorgenommen wurde.

Même si l'actionnaire exclu dans le cadre d'une fusion squeeze-out a droit à la valeur réelle de ses titres (en application analogique du principe de l'indemnisation complète lors d'une expropriation), il n'en reste pas moins que cette valeur doit être déterminée notamment sur la base d'une évaluation des sociétés fusionnantes, de la répartition des droits de vote ainsi que de toutes autres circonstances déterminantes et que les sociétés fusionnantes disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour choisir les méthodes applicables à l'évaluation et les circonstances à prendre en considération. Le juge intervient seulement lorsque ce pouvoir d'appréciation est dépassé, soit en particulier si l'indemnisation repose sur des hypothèses inexactes ou incomplètes ou si les sociétés n'ont pas appliqué des principes ou méthodes d'évaluation reconnus ou les ont mal appliqués.

¹²² E. 5.4.

¹²³ Weiterführende Literatur: MICHEL HOPF, Bundesgerichtspraxis Gesellschaftsrecht, ST 2012 S. 575-580, S. 577-580; PETER V. KUNZ, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010/2011: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 149/2013 S. 99-144, S. 129 f.; EDGAR PHILIPPIN, A. et B. c. X SA (recours en matière civile), 20 septembre 2011; 4A_96/2011; ATF 137 III 577, JdT 2012 II S. 392-403; EDGAR PHILIPPIN, 9. Loi sur la fusion et autres restructurations, Not@lex 2012 S. 160-162, S. 160 f.; ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108/2012 S. 514-520, S. 518; MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Angemessenheit von Abfindungen und Prozesskostentragung bei Squeeze-Out-Fusionen, SZW 2012 S. 163-176.

bb) Kein Vorrang der «Marktpreis»-Bewertung /
Pas de priorité à l'évaluation selon le prix du marché

In diesem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid¹²⁴ ging es um die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses. Die Beschwerdeführerin macht einmal geltend, dass die Vorinstanz die Festsetzung des Umtauschverhältnisses in bundesrechtswidriger Weise mit eingeschränkter Kognition summarisch auf Plausibilität hin überprüft bzw. eine blosse Bandbreitenprüfung vorgenommen habe.¹²⁵ Dem entgegnet das Bundesgericht, dass den fusionierenden Gesellschaften bei der Wahl der Bewertungsmethode und der Bewertung der relevanten Umstände ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt. Bei der Festsetzung des Umtauschverhältnisses handelt es sich letztlich um einen ausgehandelten Geschäftsleitungsentscheid, der vom Gericht nur zurückhaltend überprüft werden kann. Eine justiziable Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses liegt deshalb nur dann vor, wenn dieses in Überschreitung des Ermessensspielraums willkürlich festgesetzt wurde. Dies trifft nach Auffassung des Bundesgerichts namentlich dann zu, wenn die Festsetzung des Umtauschverhältnisses auf falschen oder unvollständigen tatsächlichen Annahmen beruht oder anerkannte Bewertungsgrundsätze und -methoden nicht oder unzutreffend angewendet werden.¹²⁶

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit der «Marktpreis» hätte berücksichtigt werden sollen, der in einer konkreten Transaktion für die Aktien bezahlt worden ist.¹²⁷ Zu beachten ist, dass es sich bei diesem «Marktpreis» um einen Preis mit einer Kontrollprämie handelte.¹²⁸ Diesbezüglich führt das Bundesgericht aus, dass Personen, die im Moment der Fusion nicht Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft sind, nicht in den Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 1 FusG fallen. Aufgrund der Ausgestaltung der fraglichen Transaktion, in welcher der «Marktpreis» bezahlt wurde, wird die Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der an der Fusion beteiligten Aktionäre nicht berührt. Auch lässt sich aus Art. 7 Abs. 1 FusG kein durchsetzbarer Anspruch ableiten, dass die Aktionäre zu gleichen Bedingungen abgefunden werden, wie Aktionäre in ausserhalb der Fusion abgewickelten Transaktionen. Deshalb wurde auch nicht gegen ein – wie auch immer geartetes – Gleichbehandlungsgebot verstossen. Schliesslich muss sich die Unternehmensbewertung auch nicht an dem in dieser Transaktion bezahlten «Marktpreis» orientieren, denn es gibt

¹²⁴ Urteil des BGer 4A_341/2011 vom 21. März 2012.

¹²⁵ E. 5.

¹²⁶ E. 5.1.4.

¹²⁷ E. 5.

¹²⁸ Sachverhalt A.b.

keinen absoluten Vorrang der Bewertung nach dem «Marktpreis» vor anderen Methoden, namentlich der DCF-Methode.¹²⁹

*Notizen / Notes:*¹³⁰

Das Bundesgericht präzisiert, dass das Fusionsrecht, im Gegensatz zum Börsenrecht, weder einen Mindestpreis noch eine «best price rule» kennt. Im Rahmen der Überprüfungsklage können die Gesellschafter der fusionierenden Gesellschaften keinen objektiv korrekten oder richtigen Wert des Umtauschverhältnisses festsetzen lassen; sie können lediglich kontrollieren lassen, ob das festgelegte Umtauschverhältnis nicht inadäquat ist, d.h. nicht auf falschen oder unvollständigen Annahmen beruht oder auf einer unterlassenen Bewertung oder der falschen Anwendung anerkannter Bewertungsmethoden basiert.

Le Tribunal fédéral précise que, contrairement au droit des OPA, le droit des fusions ne connaît ni prix minimum, ni best price rule. Dans le cadre de l'action en examen des parts sociales, les associés des sociétés fusionnantes ne peuvent d'ailleurs pas faire établir une valeur objectivement correcte ou juste du rapport d'échange ; ils peuvent seulement faire contrôler que le rapport d'échange fixé n'est pas inadéquat, i.e. ne repose pas sur des hypothèses erronées ou incomplètes ou encore sur l'inapplication ou l'application incorrecte de méthodes d'évaluation reconnues.

b) *Verfahrenskosten /
Frais de procédure*¹³¹

aa) Wissenmüssen, dass die Klage zu Unrecht erhoben wurde /
Demandeur devant savoir que l'action a été intentée à tort

Im vorig besprochenen «Marktpreis»-Entscheid¹³² stellte die Beschwerdeführerin sinngemäss den Antrag, dass die vorinstanzlichen Gerichtskosten vollumfänglich auf die übernehmende Gesellschaft zu überwälzen seien, weil gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG der übernehmende Rechtsträger die Kosten des Verfahrens trägt. Das Bundesgericht schützt jedoch den vorinstanzlichen Entscheid, wonach die Gerichtskosten von beiden Parteien je zur Hälfte zu tragen sind. Es weist diesbezüglich auf Art. 105 Abs. 3 FusG hin, wonach das Gericht die Kosten ganz oder teilweise dem Kläger auferlegen kann, wenn

¹²⁹ E. 5.4.2.

¹³⁰ Weiterführende Literatur: MARKUS VISCHER/THOMAS WEHINGER, Unternehmensbewertung und Kostentragung bei Überprüfungsklagen nach Art. 105 Abs. 1 FusG, GesKR 2012 S. 455-460.

¹³¹ Weiterführende Literatur: Siehe Fn. 130.

¹³² Urteil des BGer 4A_341/2011 vom 21. März 2012.

besondere Umstände es rechtfertigen. Obwohl die Beschwerdeführerin zwar nicht böswillig geklagt hat, rechtfertigt sich eine solche Kostenverteilung, weil sie hätte wissen müssen, dass es im Rahmen einer Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG nicht darum gehen kann, lediglich eigene Bewertungen anstelle anderer vorzunehmen.¹³³

*Notizen / Notes:*¹³⁴

Das Bundesgericht zeigt sich hier besonders streng mit dem Kläger einer Überprüfungsklage, als dass dieser wissen muss, dass diese dazu dienen kann, seine eigene Bewertung durch diejenige der Gesellschaft zu ersetzen.

Le Tribunal fédéral se montre ici particulièrement sévère avec le demandeur qui introduit une action en examen des parts sociales, alors qu’il devait savoir que celle-ci ne pouvait servir à faire remplacer sa propre évaluation par celle de la société.

- bb) Aktienkauf nach Zustandekommen eines öffentlichen Kaufangebots und Ankündigung einer *Squeeze-out-Fusion* /
Acquisition des actions après aboutissement d’une OPA et l’annonce d’une fusion *squeeze-out*

In diesem nicht in der amtlichen Sammlung enthaltenen Entscheid¹³⁵ zur Kostenfrage war zu beurteilen, ob vom Kläger im Verfahren nach Art. 105 FusG ein Kostenvorschuss verlangt werden darf. Nach Art. 105 Abs. 3 Satz 1 FusG trägt der übernehmende Rechtsträger die Kosten des Verfahrens. Nur wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann das Gericht die Kosten ganz oder teilweise dem Kläger auferlegen (Art. 105 Abs. 3 Satz 2 FusG). Dies ist etwa bei offensichtlicher Unbegründetheit der Fall.¹³⁶

Im zu beurteilenden Fall hatten die Kläger im Zeitpunkt des Erwerbs Kenntnis von der vorgesehenen Übernahme und sie wussten, dass das Übernahmeangebot zustande gekommen war. Allerdings stand noch nicht fest, ob die vorgesehene Fusion mit Abfindung der Aktionäre, für die eine Zustimmung von mindestens 90 % der stimmberechtigten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft notwendig war, zustande kommen würde.¹³⁷

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist die in Art. 105 Abs. 3 FusG vorgesehene Kostenfreiheit vor dem Hintergrund der Kontinuität der Mitgliedschaft zu sehen. Sie schützt die Minderheitsaktionäre, in deren Stellung das Übernah-

¹³³ E. 6.3.

¹³⁴ Weiterführende Literatur: Siehe Fn. 130.

¹³⁵ Urteil des BGer 4A_547/2011 vom 16. Februar 2012.

¹³⁶ E. 4.

¹³⁷ E. 4.2.

meangebot eingegriffen hat, soweit ihnen der Verlust ihrer Aktionärsstellung aufgezwungen wird. Dies ist bei den Klägern gerade nicht der Fall, denn sie haben in Kenntnis des Übernahmeangebots entschieden, die Aktien zu erwerben. Somit liegt nicht diejenige Situation vor, welche der Gesetzgeber in Art. 105 Abs. 3 FusG vor Augen hatte. Es ist nicht der Zweck von Art. 105 Abs. 3 FusG, dass Aktionäre ihre Aktien nach Bekanntwerden des Übernahmeangebots möglichst vorteilhaft an Dritte verkaufen können, die sich im Verfahren nach Art. 105 FusG eine höhere Abfindung zu erstreiten hoffen. Vielmehr sollte den bisherigen Aktionären, die ihre Aktien nicht verkaufen wollen, ein fairer Preis garantiert werden, wenn sie gegen ihren Willen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.¹³⁸ Aus diesem Grund durfte von den Klägern ein Kostenvorschuss verlangt werden.

*Notizen / Notes:*¹³⁹

Das Bundesgericht setzt in diesem Urteil die Rechtsprechung gemäss dem Urteil 135 III 603 fort. In diesem hat es – um missbräuchliche Verfahren durch «professionelle Kläger», in welchen diese (beinahe) nichts riskieren, zu vermeiden – erkannt, dass Aktionäre, die ihre Aktien in Kenntnis des Umstands, dass ihre Gesellschaft im Rahmen einer Fusion mit Abfindung absorbiert wird, und bei bereits angekündigter Abfindung erwerben, nicht von der Kostenregelung gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG profitieren können. Dies mit der Begründung, dass sie lediglich einen Anspruch auf Abfindung (und nicht auf Gesellschafterstellung) erwerben. Im vorliegend unter die besagte Rechtsprechung subsumierten Fall hatten die Aktionäre nicht die Gewissheit, dass die Fusion zu Stande kommt. Das Bundesgericht hat dennoch befunden, dass die Kostenregelung diejenigen Aktionäre schützen soll, welchen der Verlust der Gesellschafterstellung aufgezwungen wird. Dies war bei den Klägern nicht der Fall.

Le Tribunal fédéral poursuit ici sur la lancée de l'ATF 135 III 603, dans lequel il avait jugé – pour éviter des procédures abusives par des « demandeurs professionnels » lors desquelles des requérants ne risquent (presque) rien – que les actionnaires qui acquièrent leurs actions en sachant que leur société sera absorbée dans le cadre d'une fusion-dédommagement pour laquelle le dédommagement a déjà été annoncé ne peuvent bénéficier de la règle de répartition des frais de l'art. 105 al. 3 LFus, dès lors qu'ils n'acquièrent qu'un droit au dédommagement (et pas de sociétariat). Dans le cas qui lui était soumis ici, les actionnaires n'avaient pas la certitude que la

¹³⁸ E. 4.3.

¹³⁹ Weiterführende Literatur: ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 108/2012 S. 514-520, S. 518 f.

fusion-dédommagement aboutirait, mais le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que la règle de répartition des coûts vise à protéger les actionnaires auxquels on impose la perte du sociétariat, ce qui n'était pas le cas des demandeurs.

cc) Kostenverteilung im Bundesgerichtsverfahren /
Répartition des frais dans la procédure devant le TF

In BGE 137 III 577 hält das Bundesgericht fest, dass die Regel von Art. 105 Abs. 3 FusG, wonach bei Fusionen die Kosten des Verfahrens grundsätzlich durch die übernehmende Gesellschaft zu tragen sind, im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht nur eingeschränkt Anwendung findet. Demnach kommt sie namentlich dann nicht zum Tragen, wenn ein Kläger ein erhebliches eigenes finanzielles Interesse am Klageverfahren hat und damit bezüglich des bundesgerichtlichen Verfahrens kein Missverhältnis zwischen dem Kostenrisiko und den finanziellen Erfolgsaussichten besteht¹⁴⁰.

Im vorliegenden Fall, bei dem es um die Abfindung bei einer *Squeeze-out*-Fusion ging¹⁴¹, wurde ein erhebliches eigenes Interesse der unterliegenden Kläger bejaht, die Leistungsbegehren von insgesamt CHF 216'000.– bei einem Gesamtstreitwert von knapp CHF 500'000.– gestellt hatten, weshalb ihnen die Gerichtskosten auferlegt wurden.¹⁴²

*Notizen / Notes:*¹⁴³

Das Bundesgericht spricht sich hier – im Gegensatz zur Ansicht der Doktrin, die sich mit diesem Thema befasst hat¹⁴⁴ – für eine (weitere) Ausnahme zur Regelung gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG aus. Hierdurch wird die gesetzliche Regelung, die für den Kläger einer Überprüfungsklage günstig ausfällt, nach und nach in Frage gestellt.

Le Tribunal fédéral se prononce ici – contre l'avis de la doctrine qui s'était exprimée sur le sujet¹⁴⁵ – pour (encore) une dérogation à la règle de l'art. 105 al. 3 LFus, remettant ainsi peu à peu en question la réglementation légale qui est favorable au demandeur à l'action en examen des parts sociales.

¹⁴⁰ E. 8.2 bis 8.4.

¹⁴¹ Vgl. oben Ziff. I.3.a.aa.

¹⁴² E. 8.5.

¹⁴³ Weiterführende Literatur: Siehe Fn. 123.

¹⁴⁴ Siehe hierzu die in E. 8.3 zitierte Literatur.

¹⁴⁵ Voir à ce sujet la doctrine citée au consid. 8.3.

II. Gesetzgebung

1. Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht / Droit comptable

Am 1. Januar 2013 ist das neue Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht in Kraft getreten.¹⁴⁶ Die neuen Bestimmungen sind nicht in einem eigenständigen Gesetz enthalten, sondern bilden den 32. Titel des Obligationenrechts. Dieser regelt die Buchführung und Rechnungslegung nach dem Grundsatz «*same size, same rules*» einheitlich und rechtsformübergreifend für sämtliche Unternehmensformen.

Gemäss den Übergangsbestimmungen sind die neuen Bestimmungen erstmals auf das Geschäftsjahr, das am oder nach dem 1. Januar 2015 beginnt, anzuwenden. Aufgrund der klaren Stellungnahme in der Botschaft sind Unternehmen jedoch befugt, bereits ab dem 1. Januar 2013 ihre Rechnungslegung den neuen Bestimmungen zu unterwerfen. Allerdings wird davon ausgegangen, dass zumindest dem Grundsatz nach vollumfänglich entweder das bisherige oder das neue Recht zur Anwendung gelangen muss, d.h., ein sog. «*Cherry Picking*» unzulässig ist.

Soweit ein Unternehmen die neuen Rechnungslegungsvorschriften nicht freiwillig vorzeitig anwendet, sind die bisherigen Bestimmungen grundsätzlich noch auf jedes vor dem 1. Januar 2015 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden, obwohl sie mit Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. Januar 2013 förmlich aufgehoben worden sind.

Die Übergangsbestimmungen enthalten eine separate Regelung für die Konzernrechnungslegung. Die entsprechenden Vorschriften betreffen hauptsächlich die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung und den darauf anzuwendenden Rechnungslegungsstandard. Diese Bestimmungen finden erstmals Anwendung auf das Geschäftsjahr, das am oder nach dem 1. Januar 2016 beginnt. Auch hier gilt, dass bis zu diesem Datum die Konsolidierung grundsätzlich nach den bisherigen Vorschriften durchgeführt werden muss.

Wenn ein Unternehmen nach dem neuen Rechnungslegungsrecht keinen Konzernabschluss mehr erstellen muss, dann entfällt die Konsolidierungspflicht schon für jedes ab dem 1. Januar 2013 beginnende Geschäftsjahr. Dies gilt nach der hier vertretenen Ansicht selbst dann, wenn das Unternehmen unter bisherigem Recht konsolidierungspflichtig ist und die neuen Rechnungslegungsvorschriften ansonsten nicht vorzeitig anwendet.

¹⁴⁶ Eine ausführliche Darstellung des neuen Rechnungslegungsrechts findet sich bei LUKAS GLANZMANN, Das neue Rechnungslegungsrecht, in: Peter V. Kunz/Florian Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013.

Le nouveau droit comptable est entré en vigueur le 1er janvier¹⁴⁷. Les nouvelles règles ne sont pas contenues dans une loi indépendante, mais forment le 32ème titre du code des obligations. Celui-ci règle la comptabilité de manière uniforme et indépendamment de la forme juridique, selon le principe «same size, same rules».

Aux termes du droit transitoire, les nouvelles dispositions sont applicables pour la première fois à l’exercice qui commence le 1er janvier 2015 ou après cette date. Compte tenu des indications claires du Message, les sociétés peuvent déjà appliquer le nouveau droit comptable dès le 1er janvier 2013. Cela étant, les sociétés seront tenues de choisir entre l’application intégrale de l’ancien ou celle du nouveau droit ; le «Cherry Picking» n’est pas admis.

Bien qu’il ait été formellement abrogé, l’ancien droit comptable reste ainsi applicable à tous les exercices qui commencent avant le 1er janvier 2015, pour autant qu’une entreprise ne décide pas d’appliquer les nouvelles règles comptables avant cette date.

Le droit transitoire contient une réglementation séparée pour les comptes consolidés. Les dispositions en question concernent principalement l’obligation de tenir des comptes consolidés ainsi que les normes comptables applicables à ces derniers. Ces dispositions sont applicables pour la première fois à l’exercice qui commence le 1er janvier 2016 ou après cette date. Dans ce domaine aussi, la consolidation est en principe effectuée selon les anciennes règles.

Si, selon le nouveau droit comptable, une entreprise échappe à l’obligation de tenir des comptes consolidés, nous sommes d’avis qu’elle peut renoncer à l’établissement de tels comptes déjà à partir de l’exercice commençant après le 1er janvier 2013, même si selon l’ancien droit elle aurait établi des comptes de groupe et qu’elle n’applique pas, par ailleurs, les nouvelles règles comptables.

2. Fusionsgesetz / Loi sur la fusion

Im Zusammenhang mit dem neuen Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht wurde die KMU-Schwelle in Art. 2 lit. e FusG dem Rechnungslegungs- und Revisionsrecht angepasst. Sie beträgt jetzt in allen drei Rechtsgebieten CHF 20 Mio. Bilanzsumme, CHF 40 Mio. Umsatz und 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt, wobei jeweils zwei der drei Grenzwerte in den letzten beiden Geschäftsjahren nicht überschritten sein dürfen.

¹⁴⁷ Voir pour une présentation détaillée de la nouvelle réglementation, LUKAS GLANZMANN, Das neue Rechnungslegungsrecht, in: Peter V. Kunz/Florian Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013.

Dans le cadre de la révision du droit comptable, le seuil fixé par l'art. 2 let. e LFus pour définir une PME a été adapté au droit comptable et au droit de la révision. Dans ces trois domaines, les grandeurs déterminantes s'élèvent à CHF 20 millions de somme au bilan, CHF 40 millions de chiffre d'affaires et 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle, étant précisé que pour être qualifiée de PME, l'entreprise ne doit pas avoir dépassé deux de ces grandeurs pendant les deux exercices précédents.