

Urteilstkopf

140 III 602

89. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. und B. gegen C. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_195/2014 / 4A\_197/2014 vom 27. November 2014

**Regeste (de):**

Rückerstattung von an Mitglieder des Verwaltungsrates ausgerichteten Leistungen, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen (Art. 678 Abs. 2 OR).

Offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (E. 4 und 8).

Bedeutung des offensichtlichen Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft (E. 9) und des bösen Glaubens der Empfänger (E. 10).

**Regeste (fr):**

Restitution de prestations versées à des membres du conseil d'administration qui sont en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société (art. 678 al. 2 CO).

Disproportion évidente entre prestation et contre-prestation (consid. 4 et 8).

Signification de la disproportion évidente avec la situation économique de la société (consid. 9) et de la mauvaise foi des bénéficiaires (consid. 10).

**Regesto (it):**

Restituzione di prestazioni versate agli amministratori nella misura in cui esse sono manifestamente sproporzionate rispetto alla controprestazione e alla situazione economica della società (art. 678 cpv. 2 CO).

Manifesta sproporzione fra prestazione e controprestazione (consid. 4 e 8).

Significato di sproporzione manifesta rispetto alla situazione economica della società (consid. 9) e di malafede dei beneficiari (consid. 10).

Sachverhalt ab Seite 602

BGE 140 III 602 S. 602

Die C. AG (Klägerin, Beschwerdegegnerin) war Aktionärin der D. SA. Der Verwaltungsrat der Klägerin bestand aus A. (Beklagter 1, Beschwerdeführer 1) als Präsident und B. (Beklagte 2, Beschwerdeführerin 2) als Vizepräsidentin. Am 15. Oktober 2009 sprachen die Beklagten im Rahmen einer Verwaltungsratssitzung über einen allfälligen Verkauf der Aktien der D. SA. Sie fassten einen Beschluss über die Verwendung der aus dem geplanten Verkauf resultierenden Mittel. Dieser sah unter anderem vor, jeweils 1 % des definitiven Verkaufspreises als Prämie für den erfolgreichen Abschluss an die

BGE 140 III 602 S. 603

Beklagten zu überweisen, falls der Verkaufspreis über 4 Mio. Fr. betragen sollte. Da das Aktienpaket zu einem Preis von 4,4 Mio. Fr. verkauft wurde, erhielten beide Beklagte zusätzlich zum gewöhnlichen Entgelt für ihre Tätigkeit je Fr. 44'000.- ausbezahlt. Die Klägerin verlangt diese Beträge zurück. Das Obergericht des Kantons Solothurn hat die Beklagten je zur Rückzahlung der Fr. 44'000.-

nebst Zins verpflichtet. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4. Das Obligationenrecht sieht eine Entschädigung von Verwaltungsräten nur in Form von Tantiemen vor, d.h. als formelle Gewinnentnahme (Art. 677 OR). Es ist aber unbestritten, dass gestützt auf ein entsprechendes Schuldverhältnis zwischen Aktiengesellschaft und Verwaltungsrat auch feste Entschädigungen zulasten der Erfolgsrechnung ausgerichtet werden dürfen. Rechtsgrundlage ist entweder eine Statutenbestimmung, welche die Bemessung und Ausrichtung einer Entschädigung der Generalversammlung oder dem Verwaltungsrat zuweist, oder in besonderen Fällen ein Arbeitsvertrag oder Auftrag. Darüber hinaus ist es denkbar, dass im Einzelfall für besondere Aufgaben, beispielsweise als Rechtsanwalt, als Werbeberater, als Architekt oder als Versicherungsagent (Beispiele bei ROLAND MÜLLER, Honorierung von Verwaltungsräten aus rechtlicher Sicht, ZBJV 147/2011 S. 113 ff., S. 124) spezielle Verträge bestehen, die separat abgerechnet werden. Gemäss dem seit 1. Januar 2008 geltenden Art. 718b OR müssen Verträge zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter schriftlich abgeschlossen werden, wenn die Verpflichtung der Gesellschaft Fr. 1'000.- übersteigt. Mitglieder des Verwaltungsrates sind nach Art. 678 Abs. 2 OR zur Rückerstattung "anderer Leistungen" - das heisst nicht formaler Gewinnausschüttungen gemäss Art. 678 Abs. 1 OR - verpflichtet, "soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen". Damit zielt Art. 678 Abs. 2 OR auf verdeckte Gewinnausschüttungen an Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates und diesen nahestehende Personen (vgl. Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 897 Ziff. 326 zu Art. 678 Abs. 2 E-OR). (...)

BGE 140 III 602 S. 604

8.

8.1 Die Vorinstanz erachtete das für die Anwendbarkeit von Art. 678 Abs. 2 OR erforderliche Missverhältnis zwischen der Leistung der Beschwerdeführer und der Gegenleistung der Gesellschaft für ausgewiesen.

8.1.1 Angesichts der Tatsache, dass seitens der bisherigen Aktionäre der D. SA seit längerem Kaufinteresse bestand und die Aktien schliesslich an vorhandene Aktionäre gingen sowie dass als tatsächlicher Aufwand lediglich 22 zum Teil sehr kurze E-Mails, ein Telefonat und eine Besprechung am 12. Oktober 2009 in Genf ausgewiesen seien, schloss die Vorinstanz, der tatsächliche Aufwand der Beschwerdeführer sei gering gewesen. Die Vorbringen der Beschwerdeführer genügen nicht, um diesen Schluss als offensichtlich unhaltbar oder sonst rechtsfehlerhaft auszuweisen.

8.1.2 Die Gegenleistung im Sinn von Art. 678 Abs. 2 OR kann aber nicht nur in entstandenem Aufwand bestehen, sondern auch in einem für die Gesellschaft erzielten Erfolg, wie die Beschwerdeführer zu Recht geltend machen. Kann mit der Vorinstanz davon ausgegangen werden, dass in den Personen grösserer Aktionäre mehrere Kaufinteressenten bereits vorhanden waren, bestand indessen eine gute Verhandlungssituation. Selbst wenn die Ausführungen der Beschwerdeführer, der Verkaufspreis sei weit über dem damaligen Börsenkurs gelegen, zutreffen sollten, liesse sich unter diesen Umständen noch keine wesentliche Leistung der Beschwerdeführer begründen.

8.1.3 Als weiterer Gesichtspunkt ist zu berücksichtigen, ob die Beschwerdeführer den Aktienverkauf im Rahmen ihrer Aufgaben als Verwaltungsräte oder aber ausserhalb dieses Rahmens getätigt haben. Wie die Beschwerdeführer unter Hinweis auf Art. 1.2 der Statuten selbst geltend machen, ist der Gesellschaftszweck die "Anlage von Kapitalien und die Verwaltung von Vermögenswerten". Die Vorinstanz durfte somit entgegen den Beschwerdeführern ohne Weiteres davon ausgehen, dass der Verkauf und Kauf von Beteiligungen zur üblichen Verwaltungsratsstätigkeit gehörte. Gegen ein Missverhältnis im Sinn von Art. 678 Abs. 2 OR könnte in diesem Zusammenhang sprechen, wenn der Verkauf der Aktien der D. SA ein im Vergleich zu früheren Verkäufen bzw. Käufen von Beteiligungen aussergewöhnliches Geschäft gewesen wäre. Die Beschwerdeführer gehen selbst von diesem Gesichtspunkt aus, wenn sie geltend machen, es habe sich um einen "Bonus für besondere Leistungen" gehandelt.

BGE 140 III 602 S. 605

Nachdem die Vorinstanz davon gestützt auf den Gesellschaftszweck nicht ausgehen musste, wäre es an den Beschwerdeführern gelegen, im Rahmen des ihnen offenstehenden Gegenbeweises die

konkreten Umstände zu behaupten und gegebenenfalls zu substantiieren, die beim Gericht Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptung hätten wachhalten und diesen dadurch hätten vereiteln können (BGE 130 III 321 E. 3.4 S. 326; BGE 115 II 305; je mit Hinweisen). Das angefochtene Urteil enthält dazu keine tatsächlichen Feststellungen und die Beschwerdeführer rügen nicht rechtsgenügend eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts. Mangels solcher Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass mit den bezahlten fixen Entschädigungen ihre Tätigkeit im Rahmen des Gesellschaftszwecks abgedeckt war. Ob diese Entschädigungen objektiv angemessen bzw. - wie die Vorinstanz annahm - "grosszügig" war, ist daher nicht entscheidend, ebenso wenig die Höhe der Entschädigung des Nachfolgers, dessen konkrete Aufgaben ohnehin nicht bekannt sind. Auf die diesbezüglichen Rügen ist daher nicht weiter einzugehen.

8.1.4 Unbefehlich ist schliesslich der grundsätzliche Einwand der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass die Erfolgsaussichten des Verwaltungsrats wegen der bei diesem vorhandenen "Vorkenntnissen und Beziehungen" grösser war als bei einem externen Mäkler und ein solcher aber möglicherweise eine höhere Entschädigung gefordert hätte. Sie verkennen, dass es gerade zu ihren Pflichten als Verwaltungsräte gehörte, ihre in dieser Funktion gewonnenen "Vorkenntnisse und Beziehungen" bei der Verfolgung des Gesellschaftszwecks einzusetzen.

8.1.5 Damit ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz von einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ausging.

8.2 Nach Art. 678 Abs. 2 OR muss das Missverhältnis zur Gegenleistung der Gesellschaft (wie auch zu deren wirtschaftlichen Lage) offensichtlich sein. Das Missverhältnis ist offensichtlich, wenn es jedermann, der gerecht und billig denkt und die konkreten Verhältnisse vernünftig beurteilt, in die Augen fällt (BEAT SPÖRRI, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, 1996, S. 185 f.; vgl. auch THOMAS FRIEDRICH MÜLLER, Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, 1997, S. 63), weil es einer vernünftigen wirtschaftlichen Begründung entbehrt (SPÖRRI, a.a.O., S. 185; KURER/KURER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 4. Aufl. BGE 140 III 602 S. 606

2012, N. 17 zu Art. 678 OR mit Hinweisen). Durch diese Voraussetzung wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass den Gesellschaften die Ausübung des geschäftsmässigen Ermessens überlassen bleibt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_188/2007 vom 13. September 2007 E. 4.3.4; KURER/KURER, a.a.O., N. 17 zu Art. 678 OR; ANDREAS BINDER, Die aktienrechtliche Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen [GesKR] Sondernummer 2008, S. 66 ff., S. 69). Nachdem die Vorinstanz aber davon ausgehen durfte, der Verkauf und Kauf von Beteiligungen gehöre zu der üblichen Verwaltungsratsstätigkeit, die ausserhalb der geleisteten Zahlung bereits im üblichen Mass entlohnt wurde, kann von einem unzulässigen Eingriff in das Ermessen der Gesellschaft keine Rede sein. Zusammenfassend ist es im Ergebnis nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen den Beträgen von je Fr. 44'000.- und der von den Beschwerdeführern erbrachten Gegenleistung ausging.

9. Art. 678 Abs. 2 OR erwähnt als weitere Voraussetzung das offensichtliche Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft.

9.1 Die Vorinstanz führte in diesem Zusammenhang aus, die schlechte wirtschaftliche Lage ergebe sich aus dem Geschäftsbericht 2008, aus dem ein Reinverlust für das Geschäftsjahr 2008 von Fr. 3'838'701.28 und mit Verlust aus dem Vorjahr von Fr. 2'212'219.38 ein Verlustvortrag auf neue Rechnung von Fr. 6'050'920.66 hervorgehe. Wenn die Alleinaktionärin die Beschwerdegegnerin nicht immer wieder mit Darlehen versorgt hätte, hätte längst der Konkursrichter benachrichtigt werden müssen. Die Beschwerdeführer wenden ein, diese Zahlen seien von keiner Partei behauptet worden, und machen erneut eine Verletzung von Art. 55 ZPO geltend. Sie bestreiten aber auch hier nicht, dass die von der Vorinstanz zugrunde gelegten Zahlen zutreffen.

9.2 In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass das Kriterium der wirtschaftlichen Lage keinen Sinn macht, wenn es als eigenständiges Kriterium verstanden wird (SPÖRRI, a.a.O., S. 200; ROGER DÜRR, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, 2005, S. 92; je mit Hinweisen). Es würde bedeuten, dass in einer Gesellschaft mit sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen eine offensichtliche Begünstigung einzelner Verwaltungsräte zulasten des Gesellschaftsvermögens

BGE 140 III 602 S. 607

rechtlich unbedenklich wäre (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, S. 1528 f. § 12 Rz. 556; DÜRR, a.a.O., S. 92; BINDER, a.a.O., S. 67 f.; MÜLLER, a.a.O., S. 64), was den vom Gesetzgeber mit Art. 678 OR verfolgten Zielen widersprechen würde (SPÖRRI, a.a.O., S. 201 ff.). Die Klausel der "wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft" müsse vielmehr im Sinnzusammenhang des Gesetzes so

verstanden werden, dass die Frage des offensichtlichen Missverhältnisses unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft zu beurteilen sei (BÖCKLI, a.a.O., S. 1529 § 12 Rz. 557; KURER/KURER, a.a.O., N. 16 zu Art. 678 OR; MÜLLER, a.a.O., S. 64; SPÖRRI, a.a.O., S. 203 f. mit Hinweisen). Darüber, wie dies zu geschehen hat, gehen die Meinungen auseinander (SPÖRRI, a.a.O., S. 203 f. mit Hinweisen). Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, die Formel sei so zu verstehen, dass die Offensichtlichkeit umso eher anzunehmen sei, je schlechter die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft ist (BÖCKLI, a.a.O., S. 1529 § 12 Rz. 557), beziehungsweise dass sich eine finanzstärkere Gesellschaft grosszügiger zeigen kann als eine finanzschwache, was bei der Beurteilung, ob ein Missverhältnis zur Gegenleistung gegeben ist, berücksichtigt werden könne (vgl. PASCAL MONTAVON UND ANDERE, *Droit et pratique de la société anonyme*, Bd. I, 1994, S. 108 f.). Andere verlangen eine spürbare Auswirkung im Sinn einer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft (KURER/KURER, a.a.O., N. 16 zu Art. 678 OR). Es wird auch die Meinung vertreten, die wirtschaftliche Situation sei nur zu berücksichtigen, wenn sie als Bewertungskriterium für Leistung und Gegenleistung relevant sei, beispielsweise als Rechtfertigung eines geringen Verkaufspreises bei einem Notverkauf der Gesellschaft oder eines höheren Darlehenszinses gegenüber einer finanzschwachen Gesellschaft (MÜLLER, a.a.O., S. 64; SPÖRRI, a.a.O., S. 205; DÜRR, a.a.O., S. 90 ff. und 102).

9.3 Diese Überlegungen sind grundsätzlich zutreffend. Auch bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen steht Art. 678 Abs. 2 OR einer offensichtlichen Begünstigung einzelner Verwaltungsräte zulasten des Gesellschaftsvermögens entgegen. Durch die beiden Kriterien des Missverhältnisses zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft sowie durch die im Gesetz verlangte Offensichtlichkeit der Missverhältnisse wird vermögenden Gesellschaften kein Freipass für verdeckte Gewinnausschüttungen ausgestellt. Es soll lediglich eine kleinliche Nachrechnung verhindert und die BGE 140 III 602 S. 608

Entscheidung im Einzelfall erleichtert werden (vgl. Botschaft, BBl 1983 II 897 Ziff. 326 zu Art. 678 E-OR).

9.3.1 Vor diesem Hintergrund erweist sich das Kriterium der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft (KURER/KURER, a.a.O., N. 16 zu Art. 678 OR) als zu unscharf, da eine finanzstarke Gesellschaft kleinere verdeckte Gewinnausschüttungen verkraften könnte, ohne dass ihre wirtschaftliche Lage dadurch merklich beeinträchtigt wird. Soweit dagegen die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft (wie bei der Höhe des Darlehenszinses oder des Verkaufspreises bei einem Notverkauf) als objektives Bewertungskriterium für Leistung und Gegenleistung relevant wird (SPÖRRI, a.a.O., S. 205; MÜLLER, a.a.O., S. 64), wäre sie ohnehin zu beachten, da das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht abstrakt, sondern anhand der konkreten Umstände zu beurteilen ist (DÜRR, a.a.O., S. 91). Dem Kriterium der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft kommt vielmehr Bedeutung zu für das Ermessen, das den Gesellschaften zugebilligt wird (vgl. E. 8.2 hiervor). Es fällt in die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Gesellschaften, ob sie günstigere oder weniger günstige Varianten bevorzugen oder sich gegenüber ihren Geschäftspartnern grosszügig oder kleinlich zeigen. In dieses Ermessen wollte der Gesetzgeber nicht eingreifen. Sanktioniert wird sowohl bei finanzstarken als auch bei finanzschwachen Gesellschaften nur die Überschreitung des Ermessens. Der Ermessensspielraum ist bei wirtschaftlich guten Verhältnissen aber grösser. Die grosszügige Abgeltung einer Leistung kann bei einer finanzstarken Gesellschaft noch in deren Ermessensspielraum liegen, während darin kein zulässiger Ermessensentscheid, sondern eine unzulässige verdeckte Gewinnausschüttung zu sehen ist, wenn die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft die gewählte grosszügige Abgeltung offensichtlich nicht zulässt (vgl. BÖCKLI, a.a.O., S. 1528 f. § 12 Rz. 556 f.; MONTAVON UND ANDERE, a.a.O., S. 108 f.).

9.3.2 Nachdem die Vorinstanz davon ausgehen konnte, es bestehe ein offensichtliches Missverhältnis zur Gegenleistung, könnte das Kriterium der "wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft" nur von Bedeutung sein, wenn diese Lage so gut wäre, dass sich die Höhe der Abgeltung trotz des Missverhältnisses zur Gegenleistung mit Blick auf die gute Finanzlage der Gesellschaft unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten rechtfertigen lässt und damit kein Anlass besteht, in das Ermessen der Gesellschaft, die sich grosszügig zeigt,

BGE 140 III 602 S. 609

eingzugreifen. Dies wäre aber von den Beschwerdeführern geltend zu machen gewesen.

10. Die Vorinstanz nahm an, der böse Glaube der Empfänger sei eine weitere Voraussetzung von Art. 678 Abs. 2 OR und er werde im Fall eines offensichtlichen Missverhältnisses vermutet; die Beschwerdeführer hätten sodann nicht bewiesen, dass sie guten Glaubens waren.

10.1 Wenngleich im Gegensatz zu Abs. 1 nicht ausdrücklich erwähnt, setzt die

Rückerstattungspflicht voraus, dass der Empfänger nicht gutgläubig ist (a.A. DURR, a.a.O., S. 103). Am guten Glauben des Empfängers wird es aber regelmässig fehlen, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind (Botschaft, BBl 1983 II 897 Ziff. 326 zu Art. 678 E-OR; ROLF WATTER, Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften, in: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Neuhaus und andere [Hrsg.], 1997, S. 137 ff., S. 153). In der Lehre wird diesbezüglich einerseits angenommen, bei einem offensichtlichen Missverhältnis sei der böse Glaube zu vermuten; die Begünstigten müssten den Gegenbeweis des guten Glaubens erbringen (BÖCKLI, a.a.O., S. 1528 § 12 Rz. 554; MÜLLER, a.a.O., S. 63). Nach anderer Auffassung ist der gute Glaube zu vermuten (Art. 3 Abs. 1 ZGB), wobei bei fiktiven Geschäften regelmässig böser Glaube vorliege (KURER/KURER, a.a.O., N. 27 f. zu Art. 678 OR; vgl. auch SPÖRRI, a.a.O., S. 222). Die Frage kann offenbleiben. Auch wenn man der Auffassung von KURER/KURER folgen würde, fehlten bei einem offensichtlichen Missverhältnis die Voraussetzungen, dass sich der Begünstigte gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB auf den guten Glauben berufen könnte (FORSTMOSER/MAIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, S. 661 § 50 Rz. 122; vgl. CH. SCHMID, in: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Roberto/Trüb [Hrsg.], 2. Aufl. 2012, N. 7 zu Art. 678 OR; SPÖRRI, a.a.O., S. 217).

10.2 Die Beschwerdeführer halten der Vorinstanz entgegen, sie habe die von ihnen offerierten Beweismittel nicht gewürdigt, aus denen sich ihr guter Glaube ergeben hätte. Sie legen aber nicht dar, wo im vorinstanzlichen Verfahren sie welche von der Vorinstanz nicht gewürdigten Umstände und Beweismittel vorgebracht hätten. Konkret berufen sie sich nur darauf, dass die Entschädigung mit nur 1 % weit unter dem Marktwert gelegen habe, sowie auf Art. 3.5.5 der Statuten, der ihnen erlaubt habe, die Entschädigung selber festzulegen. Damit dringen sie nicht durch. Denn würde dem gefolgt, würde das bedeuten, dass ein Verwaltungsrat, der seine eigene Entschädigung

BGE 140 III 602 S. 610

gemäss Statuten festlegen kann, definitionsgemäss immer gutgläubig wäre, unabhängig wie übersetzt die getätigten Bezüge waren. Ist nicht von Gutgläubigkeit auszugehen, stellt sich die Frage der (gutgläubigen) Entreichung von vornherein nicht. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführer, namentlich der Vorwurf einer willkürlichen Feststellung des Sachverhalts, stossen ins Leere.