

## **Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)**

vom ...

---

### **Übersicht**

*Der Vorentwurf verfolgt das Ziel, die per 1. Januar 2014 in Kraft gesetzte Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften in die Bundesgesetze zu überführen und die Corporate Governance, auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften, zu verbessern. Die Gründungs- und Kapitalbestimmungen sollen flexibler ausgestaltet und das Aktien- auf das neue Rechnungslegungsrecht abgestimmt werden. Weiter enthält der Vorentwurf einen Vorschlag für die Regelung der Transparenz bei wirtschaftlich bedeutenden, in der Rohstoffförderung tätigen Unternehmen.*

### **Ausgangslage**

*Am 21. Dezember 2007 hat der Bundesrat die Botschaft und den Entwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts verabschiedet. Im Vordergrund standen die Verbesserung der Corporate Governance, die Erweiterung des Spielraums der Gesellschaften bei der Gestaltung ihrer Kapitalstrukturen und ein neues Rechnungslegungsrecht. Darüber hinaus sollte die Generalversammlung modernisiert werden.*

*Die nur zwei Monate später eingereichte Volksinitiative «gegen die Abzockerei» veränderte den weiteren Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten deutlich und es folgte ein mehrjähriger politischer Hindernislauf. Aufgrund der von Volk und Ständen im März 2013 sehr deutlich angenommenen Volksinitiative wurde Artikel 95 der Bundesverfassung (BV) mit einem Absatz 3 ergänzt. Es sollen die Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre von Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien gestärkt, bestimmte Arten von Vergütungen verboten, eine Stimm- und Offenlegungspflicht für Pensionskassen und neue Strafbestimmungen eingeführt werden. Gestützt auf den ebenfalls neuen Artikel 197 Ziffer 10 BV hat der Bundesrat die Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) verabschiedet. Dadurch hat er die verfassungsmässigen Vorgaben bis zum Inkrafttreten der formell-gesetzlichen Bestimmungen umgesetzt.*

*In der Sommersession 2013 wies das Parlament die Botschaft und den Entwurf 2007 an den Bundesrat zurück.*

---

|   |      |     |
|---|------|-----|
| <b>Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft (Art. 697j f.)</b> | 10 % | 3 % |
|---|------|-----|

### **1.3.6.7 Rückерstattungsklage**

Die Pflicht von mit der Gesellschaft eng verbundenen Personen zur Rückererstattung von Leistungen hat sich im geltenden Recht als nicht praktikabel erwiesen und muss daher verbessert werden. Der persönliche und sachliche Geltungsbereich wird deshalb präzisiert. Die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft ist kein Tatbestandselement mehr. Ist ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zuungunsten der Gesellschaft gegeben, so liegt die Pflicht zur Rückererstattung vor, auch wenn es der Gesellschaft wirtschaftlich gut geht (s. Art. 678 Abs. 2).

Unter bestimmten Umständen können Aktionärinnen und Aktionäre die Rückererstattung an die Gesellschaft auf deren Kosten gerichtlich durchsetzen (s. Art. 697j f.).

### **1.3.6.8 Recht auf Erhebung von Klagen auf Leistung an die Gesellschaft auf deren Kosten**

#### **Reformbedarf bei abgeleiteten Klagen**

Unter dem Gesichtspunkt der Verbesserung der Corporate Governance ist es wünschenswert, die Einleitung einer Klage auf Leistung an die Gesellschaft (abgeleitete Klage) zu erleichtern und die Hindernisse ihrer Ausübung zu reduzieren. Die Verantwortlichkeitsklagen des Aktienrechts (Art. 752 ff. OR) können durch die Gesellschaft oder von jeder Aktionärin und jedem Aktionär erhoben werden, die auf Leistung an die Gesellschaft klagen (Art. 756 Abs. 1 OR). Die Verantwortlichkeitsklage bezweckt primär den Ersatz des Schadens der Gesellschaft sowie der Aktionärinnen und Aktionäre und der Gläubigerinnen und Gläubiger der Gesellschaft, der durch eine Verletzung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen entstanden ist. Sie hat aber auch eine präventive Funktion: Das Risiko für die Verletzung ihrer Pflichten zu haften, schafft einen Anreiz für die Organe, sich regelkonform zu verhalten. Die Ziele der Verantwortlichkeitsklage können nur erreicht werden, wenn sich die Ansprüche gerichtlich tatsächlich durchsetzen lassen. In der Praxis lässt sich feststellen, dass ausserhalb des Konkurses die Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe nur ausnahmsweise erhoben wird, dies selbst in Fällen schwerer Verstösse gegen die Sorgfaltspflichten.<sup>158</sup> Diese Feststellung gilt auch für die Rückererstattungsklage (s. Ziff. 1.3.6.7).

#### **Ungenügendes Interesse an der Erhebung der Klage**

<sup>158</sup> PETER FORSTMOSER/THOMAS SPRECHER/IAN ANDRI TÖNDURY, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht*, Zürich 2005, S. 105; ISABELLE CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Genève 2012, S. 41; HANS-UELI VOGT, *Aktionärsdemokratie*, Zürich 2012, S. 145; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, Art. 756 N 4, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedom Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4. Auflage, Basel 2012.

Dem Verwaltungsrat widerstrebt es im Allgemeinen, gegen seine aktuellen oder ehemaligen Mitglieder, gegen die Mitglieder der Geschäftsleitung oder gegen die Revisoren vorzugehen, weil er Gefahr läuft, dass Missstände in seiner Organisation bzw. die Verletzung seiner Geschäftsleitungs- und Überwachungspflichten aufgedeckt werden.

Auch die Aktionärinnen und Aktionäre verzichten oftmals darauf, eine Klage zu erheben, da ihre individuellen wirtschaftlichen Interessen zu gering sind. Sie müssen auf Leistung an die Gesellschaft klagen und profitieren deshalb von ihrer Klage nur indirekt und ihrer Beteiligung entsprechend. Bei börsenkotierten Gesellschaften, deren Aktionariat zersplittert ist, ist der Vorteil für die klagenden Aktionärinnen oder Aktionäre im Allgemeinen sehr gering. Handkehrum tragen sie das Risiko, die Prozesskosten zu tragen, die anhand der Höhe des Schadens festgelegt werden und aufgrund des Streitwerts normalerweise hoch sind. Die Aktionärinnen und Aktionäre, die sich nicht am Prozess beteiligen, erhalten dieselben Vorteile, ohne die Risiken zu tragen. Wenn das Aktionariat zersplittert ist, sind im Allgemeinen die Risiken eines Prozesses grösser als die individuellen Vorteile.

Vom Standpunkt der Gesellschaft und der Gesamtheit der Aktionärinnen und Aktionäre ist die Erhebung einer Klage wünschenswert, wenn die anfallenden Kosten geringer sind als die gesamten erzielten Vorteile. Aufgrund des Interessenskonflikts, in dem sich der Verwaltungsrat befindet, und wegen des fehlenden wirtschaftlichen Interesses der einzelnen Aktionärin oder des einzelnen Aktionärs bleiben jedoch Klagen, die den Ersatz für Schäden der Gesellschaft oder die Rückerstattung unge-rechtfertigter Leistungen bezwecken, die Ausnahme.<sup>159</sup> Deshalb bleiben Pflichtverletzungen der Organe zu oft ohne Folgen. Um dieses Problem zu lösen, sind in der Lehre verschiedene Vorschläge zu finden, wie Anreize geschaffen werden können, damit die Aktionärinnen und Aktionäre auch im Gesamtinteresse handeln. Es wird dabei versucht, das individuelle wirtschaftliche Interesse der Aktionärin oder des Aktionärs zu stärken, indem ihre oder seine Kosten gesenkt oder die individuellen Vorteile im Falle des Obsiegens im Prozess erhöht werden.<sup>160</sup>

### **Recht auf Anstreben einer Klage auf Leistung an die Gesellschaft und auf deren Kosten – Bewilligungsverfahren**

Die im Vorentwurf gewählte Lösung zur Begünstigung abgeleiteter Klagen sieht für eine qualifizierte Minderheit von Aktionärinnen und Aktionären das Recht vor, eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft und auf deren Kosten anstreben zu können. Dieses neue Rechtsinstitut ist in den Artikeln 697j und 697k geregelt. Es ermöglicht einer Aktionärin oder einer Gruppe von Aktionären im Hinblick auf einen Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsprozess das Gericht zu ersuchen, die abgeleitete Klage auf Kosten der Gesellschaft zuzulassen. Das Gericht bewilligt das Gesuch, wenn die Klage als begründet erscheint. Um das Risiko schikanöser Klagen zu begrenzen, steht das Bewilligungsverfahren einer Aktionärin oder einer Gruppe von Aktionären nur offen, deren Beteiligungen die Schwellenwerte der Sonderuntersuchung erreichen (s. Art. 697j Abs. 1 i. V. m. Art. 697k Abs. 1). Um den subsidiären

<sup>159</sup> Ibid.

<sup>160</sup> S. ISABELLE CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Genf 2012, S. 460 ff.; Hans Caspar von der Crone, *Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert*, SWZ 70/1998, S. 164; HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, *Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»*, GesKR 2013/1, S. 46.

Charakter der Intervention der Aktionärinnen und Aktionäre zu gewährleisten, müssen diese der GV zudem einen entsprechenden Antrag gestellt haben, bevor sie das Gericht um Bewilligung ersuchen können (s Art. 697j Abs. 1).

### **Prozessuale Regeln zur Verteilung der Kosten**

Die Situation, die seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>161</sup> am 1. Januar 2011 hinsichtlich der Prozesskosten bei abgeleiteten Klagen besteht,<sup>162</sup> wird bereits jetzt als ungenügend eingestuft. Das Parlament hat am 16. März 2012 im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» einen neuen Artikel 107 Absatz 1<sup>bis</sup> ZPO angenommen.<sup>163</sup> Diese Bestimmung sah vor, dass bei Abweisung einer gesellschaftsrechtlichen Klage, die auf Leistung an die Gesellschaft lautet, das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen kann. Aufgrund der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» am 3. März 2013 ist diese Bestimmung nicht in Kraft getreten. Der Vorentwurf greift sie wieder auf.

Diese neue Bestimmung bildet eine nützliche Ergänzung zum Bewilligungsverfahren gemäss den Artikeln 697j und 697k. Sie erlaubt dem Gericht, der Gesellschaft die Prozesskosten auch aufzuerlegen, wenn die Aktionärinnen und Aktionäre auf ihre eigenen Kosten die abgeleitete Klage erhoben haben. Sei es, weil sie das Gericht nicht um die Bewilligung ersucht hatten; sei es, weil ihr Gesuch abgelehnt wurde.

Für sich alleine würde Artikel 107 Absatz 1<sup>bis</sup> VE ZPO keine zufriedenstellende Lösung der Probleme hinsichtlich der hohen Kosten, die den Aktionärinnen und Aktionären auferlegt werden können, bilden. Gemäss den Kostenverteilungsregeln im Zivilprozess obliegt es weiterhin den klagenden Aktionärinnen und Aktionären, insbesondere Kostenvorschüsse zu leisten, deren Höhe sich an der Gesamtsumme des geltend gemachten Schadens und nicht am potenziellen individuellen Prozessgewinn berechnen. Ausserdem würde sie im Falle des Obsiegens das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der beklagten Personen tragen.

### **Verzicht auf die Einführung eines Vorrechts**

Das Recht der Klägerin oder des Klägers auf einen Teil des erlangten Prozessgewinns wird mitunter als eine Lösung der Probleme hinsichtlich der abgeleiteten Klagen dargestellt.<sup>164</sup> Ein solches Vorrecht, das eine Ausschüttung der Gesellschaft an eine beschränkte Zahl von Aktionärinnen und Aktionäre wäre, ist aufgrund des Prinzips der Gleichbehandlung der Aktionärinnen und Aktionäre und der Bestim-

<sup>161</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

<sup>162</sup> S. Artikel 756 Absatz 2 aOR, gemäss welchem der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft verteilt, wenn der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte. Diese Bestimmung wurde mit dem Inkrafttreten der ZPO aufgehoben.

<sup>163</sup> AB 2012 S 269; AB 2012 N 554.

<sup>164</sup> S. Stellungnahme des Bundesrats vom 13. Oktober 2010 zum Bericht vom 30. Mai 2010 der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA», BBl 2011 3459, 3502 f. und Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013 zum Kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, S. 50; HANS-UELI VOGT, Aktionärsdemokratie, Zürich 2012, S. 147 f.

mungen zum Kapitalschutz problematisch. Ausserdem hätte eine Ausschüttung eine doppelte Entschädigung der Klägerin oder des Klägers zur Folge, die den Grundsätzen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit widersprechen würde. Im Falle des Obsiegens, würde die Aktionärin oder der Aktionär zweifach entschädigt: Ein erstes Mal direkt durch die Zahlung im Rahmen des Vorrechts und ein zweites Mal indirekt bei der Zahlung des Prozessgewinns an die Gesellschaft und der dadurch bewirkten Erhöhung des Werts ihrer oder seiner Aktien.

Das neue Bewilligungsverfahren gemäss den Artikeln 697j und 697k ermöglicht, der Aktionärin oder einer Gruppe von Aktionären auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen unter gleichzeitiger Beseitigung des Kostenrisikos. Es ist deshalb nicht notwendig der Aktionärin oder dem Aktionär zusätzlich ein Vorrecht auf einen Teil des Prozessgewinns einzuräumen, um einen Anreiz zu einer Erhebung der Klage zu setzen. Aus diesen Gründen wird im Vorentwurf auf ein Vorrecht verzichtet.

### **Beibehaltung des Einzelrechts auf Erhebung der Klage**

Es bleibt zu betonen, dass der Vorentwurf das individuelle Recht jeder Aktionärin und jedes Aktionärs, eigenständig eine abgeleitete Klage auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben, nicht eingeschränkt. Den Aktionärinnen und Aktionären, deren Beteiligung die Schwellenwerte nicht erreicht, die auf ein Gesuch um Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft verzichtet haben oder deren Gesuch abgelehnt wurde, bleibt es weiterhin nicht verwehrt, eine abgeleitete Klage zu erheben.

### **1.3.6.9 Verlängerung und Unterbrechung der Verjährungsfrist**

Der geltende Artikel 758 Absatz 2 OR legt für die Aktionärinnen und Aktionäre, die dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt haben, eine Frist von sechs Monaten fest, um ausserhalb des Konkurses die abgeleitete Klage zu erheben. Die Entlastung wirkt nur für bekanntgegebene Tatsachen (Art. 758 Abs. 1 OR), d. h. für jene Tatsachen, die der GV in klarer Weise zur Kenntnis gebracht wurden oder die notorisch bekannt waren. Sie betrifft im Übrigen nur die Schadenersatzklage, über welche die Gesellschaft ausserhalb des Konkurses gegenüber ihren Organen verfügt. Sie ist ohne Wirkung, wenn die Verantwortlichkeitsklage nach Eröffnung des Konkurses von der Konkursverwaltung, einer Gläubigerin oder einem Aktionär erhoben wird (Art. 757 OR).

Grundsätzlich sind die geeigneten Tatsachen zum Begründen einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe nicht von der Entlastung gedeckt, weil sie den Aktionärinnen und Aktionären im Moment der Abstimmung nicht bekannt waren. Es kann jedoch vorkommen, dass solche Tatsachen den Aktionärinnen und Aktionären bekannt waren und dass eine Mehrheit von ihnen trotzdem die Entlastung gewährte. Bei einer solchen Konstellation müssen die Minderheitsaktionärinnen und Minderheitsaktionäre eine Verantwortlichkeitsklage erheben können. In der Praxis hat sich aber die in Artikel 758 Absatz 2 OR vorgesehene Frist von sechs Monaten als zu kurz erwiesen, damit die Aktionärinnen und Aktionäre, die sich der Entlastung widersetzt und sich der Stimme enthalten haben, die abgeleitete Klage erheben können. Die Frist von sechs Monaten erlaubt es ihnen insbesondere nicht, eine Sonderuntersuchung zu beanspruchen (Art. 697c ff. OR), um eine Verantwortlichkeitsklage zu begründen; sie läuft deshalb dem Zweck dieses Rechtsinstitut zuwi-