



16.077

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

vom 23. November 2016

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen, mit dem Antrag auf Zustimmung, den Entwurf einer Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht).

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, die folgenden parlamentarischen Vorstösse abzuschreiben:

- | | | | |
|------|---|---------|--|
| 2000 | P | 00.3423 | Nennwertlose Aktie
(S 13.12.2000, Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR) |
| 2000 | P | 00.3598 | Einführung der nennwertlosen Aktie
(N 30.11.2000, Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR) |
| 2001 | M | 01.3153 | Transparenz der Kaderlöhne und Verwaltungsratsentschädigungen
(S 05.06.2002, als Postulat überwiesen, Leutenegger Oberholzer) |
| 2001 | M | 01.3261 | Mehr Schutz für Minderheitsaktionäre
(S 05.06.2002, Teile davon als Postulat überwiesen, Leutenegger Oberholzer) |
| 2001 | M | 01.3329 | Corporate governance in der Aktiengesellschaft
(S 05.06.2002, als Postulat überwiesen, Walker) |
| 2002 | P | 02.3045 | Rechtliche Analyse als Folge des Swissair-Debakels
(S 05.06.2002, Wicki) |
| 2002 | P | 02.3086 | Corporate Governance. Anlegerschutz
(N 21.06.2002, Walker) |

- 2012 M 12.3403 Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurs-
eröffnung (N 03.12.2012, Kommission für Rechtsfragen
SR)
- 2012 M 12.3654 Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurs-
eröffnung
(N 03.12.2012, Kommission für Rechtsfragen NR)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin, sehr geehrter Herr
Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hoch-
achtung.

23. November 2016

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Johann N. Schneider-Ammann

Der Bundeskanzler: Walter Thurnherr

talherabsetzung im Falle einer Unterbilanz (s. Art. 653*p*), weil hier vom Ergebnis her kein Mittelabfluss stattfindet. Unzulässig bleibt aber in Anwendung von Artikel 677*a* eine Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbands, wenn sie einer ordentlichen Kapitalherabsetzung entspricht.

2.1.16 Rückerstattung von Leistungen

Art. 678 Rückerstattung von Leistungen, im Allgemeinen

Eine griffigere Regelung der Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, die für Gesellschaften mit börsenkotierten und nicht börsenkotierten Aktien gilt, ist für eine gute *Corporate Governance* wichtig. Dadurch kann ein ungerechtfertigter Abfluss von Gesellschaftsvermögen, v. a. von flüssigen Mitteln, rückgängig gemacht werden. Artikel 678 schützt präventiv und repressiv die Eigentumsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre und liegt im Interesse der Gläubigerinnen und Gläubiger der Gesellschaft.

In Absatz 1 werden neu die mit der Geschäftsführung befassten Personen und die Mitglieder des Beirats³⁵² als rückerstattungspflichtige Personen ebenfalls ausdrücklich erwähnt.³⁵³ Durch diese Formulierung wird verdeutlicht, dass auch materielle und faktische Organe von der Pflicht zur Rückerstattung erfasst werden. Personen, die Aktionärinnen und Aktionären, Mitgliedern des VR, mit der Geschäftsführung befassten Personen und Mitgliedern des Beirats nahestehen, sind ebenfalls vom Geltungsbereich erfasst. Dadurch soll die Umgehung der Pflicht zur Rückerstattung verhindert werden. Aus Absatz 1 ergibt sich zudem, dass die Pflicht zur Rückerstattung auch die ungerechtfertigte Rückzahlung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven (s. Art. 671, 672 und 677*a*) und die ungerechtfertigte Leistung unzulässiger oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässiger Vergütungen (s. Art. 735*a* und 735*c* f.) erfasst.

Gemäss Absatz 2 entsteht ebenfalls ein Rückerstattungsanspruch, wenn die Gesellschaft von Aktionärinnen und Aktionären (hierzu zählen auch Partizipantinnen und Partizipanten), von Mitgliedern des VR oder des Beirats, von mit der Geschäftsführung befassten Personen sowie von ihnen nahestehenden Personen Vermögenswerte übernimmt oder sonstige Rechtsgeschäfte abschliesst und die dafür erbrachte Gegenleistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Höhe des Vermögenswerts oder der sonstigen Leistung steht. Es soll im Zusammenhang mit der Abschaffung der Vorschriften zur (beabsichtigten) Sachübernahme (s. Ziff. 1.4.1.3) klar hervorgehoben werden, dass die Übernahme von Vermögenswerten von den erwähnten Personen zu offensichtlich nicht marktüblichen Bedingungen zulasten der Gesellschaft weiterhin unzulässig ist. Der Rückerstattungsanspruch erstreckt sich jedoch nicht auf die gesamte Gegenleistung, sondern nur auf denjenigen Teil, der in einem offensichtlichen Missverhältnis zur erbrachten Leistung steht. Im Übrigen bleibt das abgeschlossene Rechtsgeschäft bestehen. Absatz 2 verdeutlicht, dass nicht nur der

³⁵² Zum Begriff des Beirats, s. Kommentar zu Art. 734*a*–734*c*.

³⁵³ So bereits Botschaft Aktienrecht 2008, S. 316 und Bericht I indirekter Gegenentwurf 2010, S. 8260.

überbezahlte Erwerb von Vermögenswerten, sondern auch sämtliche weiteren Rechtsgeschäfte zuungunsten der Gesellschaft – z. B. der Abschluss eines Miet- oder Leasingvertrags zwischen einer Aktionärin und der Gesellschaft oder eines Arbeitsvertrags zwischen einem Mitglied der Geschäftsleitung und der Gesellschaft – einen Anspruch auf Rückerstattung begründen, wenn Leistung und Gegenleistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zueinander stehen.

Auf das gemäss herrschender Lehre sinnwidrige Kriterium im geltenden Absatz 2, dass die Leistung der Gesellschaft zudem in einem offensichtlichen Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen muss, wird verzichtet. Sorgfalts- und Treuepflichten sowie das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionärinnen und Aktionäre gelten für den VR in guten wie in schlechten Zeiten gleichermaßen.³⁵⁴ Auch eine gute wirtschaftliche Situation der Gesellschaft kann deshalb ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zulasten der Gesellschaft nie rechtfertigen. Es genügt daher, dass gemäss Absatz 2 ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.³⁵⁵

Es wird darauf verzichtet, in Absatz 2 «offensichtlich» durch «erheblich» zu ersetzen. Der Begriff der Offensichtlichkeit ist möglicherweise weniger präzise, jedoch hat er sich in der Praxis etabliert. Entscheidend ist stets eine ins Gewicht fallende Wertdisparität zwischen Leistung und Gegenleistung, die einen Rückerstattungsanspruch zugunsten der Gesellschaft begründet.³⁵⁶ Es geht folglich nicht darum, ob das Missverständnis zwischen Leistung und Gegenleistung sofort ins Auge springt,³⁵⁷ was z. B. bei komplexen Vergütungssystemen oder schwierig zu bewertenden Vermögenswerten kaum je der Fall sein wird.

Der Vorentwurf sah in Absatz 3 vor, dass die Pflicht zur Rückerstattung entfällt, wenn die Empfängerin oder der Empfänger der Leistung nachweist, dass sie oder er diese in gutem Glauben empfangen hat und zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist.³⁵⁸ Diese Abweichung von der Vermutung des guten Glaubens (Art. 3 Abs. 1 ZGB) wurde in der Vernehmlassung deutlich ablehnt.³⁵⁹ Deshalb wird vorliegend auf die Beweislastumkehr verzichtet. Das Erfordernis der Bösgläubigkeit der Empfängerin oder des Empfängers gemäss Artikel 678 Absatz 1 OR soll aber weiterhin aufgehoben werden. Der böse Glaube als innerer, subjektiver Sachverhalt ist kaum nachweisbar, und eine Abweichung vom allgemeinen Bereicherungsrecht (Art. 62 OR) lässt sich sachlich nicht begründen. Hinsichtlich des Umfangs der Rückerstattung wird deshalb – wie im E 2007³⁶⁰ – auf Artikel 64 OR verwiesen. Die

³⁵⁴ S. insgesamt Roger Dürr, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Zürich 2005, § 6 N 12; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 556; Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 121.

³⁵⁵ So bereits die Botschaft Aktienrecht 2008, S. 316 und der Bericht I indirekter Gegenentwurf 2010, S. 8261.

³⁵⁶ S. Christoph B. Bühler, Aktionärskontrolle auf der Führungsebene: Klagemöglichkeiten bei mangelhaften Verwaltungsratsbeschlüssen, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, S. 68.

³⁵⁷ S. Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 183.

³⁵⁸ Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 104.

³⁵⁹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 28.

³⁶⁰ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1664.

Rückerstattung gemäss den Absätzen 1 und 2 kann insoweit nicht zurückgefordert werden, als die Empfängerin oder der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass sie oder er sich der Bereicherung entäusserte und hierbei nicht in gutem Glauben war oder mit der Rückerstattung rechnen muss. Dieser Querverweis auf das allgemeine Bereicherungsrecht hat den Vorteil, dass mit Artikel 64 OR eine Bestimmung anzuwenden ist, die seit Langem geltendes Recht ist.

Gemäss Absatz 4 steht der Anspruch auf Rückerstattung der Gesellschaft sowie der Aktionärin und dem Aktionär zu. Dies entspricht geltendem Recht (Art. 678 Abs. 3 OR). Neu sieht Absatz 4 vor, dass auch eine Gläubigerin oder ein Gläubiger die Rückerstattung an die Gesellschaft verlangen kann. Im Gegensatz zum E 2008,³⁶¹ welcher der Gläubigerin oder dem Gläubiger ein allgemeines Klagerecht zugestand und vom Ständerat im 2009 abgelehnt wurde,³⁶² wird vorliegend ein Kompromiss vorgeschlagen: Eine Gläubigerin oder ein Gläubiger soll zur Klage auf Rückerstattung nur aktivlegitimiert sein, wenn die Leistungen gemäss den Absätzen 1 und 2 innerhalb des Konzerns erfolgten. Insbesondere wenn flüssige Mittel innerhalb des Konzerns, z. B. von der kontrollierten Tochtergesellschaft an die sie kontrollierende Muttergesellschaft verschoben werden, sind die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger auch ausserhalb eines Konkurses berührt. Es gibt regelmässig Konstellationen, bei denen ausser der kontrollierenden Muttergesellschaft keine weiteren Aktionärinnen und Aktionäre vorhanden sind. In solchen Fällen gäbe es vor Eröffnung eines Konkurses keine gesellschaftsexternen und ausreichend unabhängigen Personen und Unternehmen, die dafür sorgen würden, dass ungerechtfertigte Leistungen gemäss den Absätzen 1 und 2 an die Gesellschaft zurückfliessen. Zudem ist von diesem partiellen Klagerecht für die Gläubigerinnen und Gläubiger eine präventive Wirkung zu erwarten.

Absatz 5 hält neu ausdrücklich fest, dass die GV beschliessen kann, dass die Gesellschaft die Klage auf Rückerstattung erheben muss. Dies ermöglicht den Aktionärinnen und Aktionären, eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft in die Wege zu leiten, ohne dass sie selber unmittelbar das Prozesskostenrisiko tragen müssen. Um allfällige Interessenkonflikte zu vermeiden, kann die GV mit der Prozessführung anstelle des VR eine Vertreterin oder einen Vertreter betrauen. Zur Feststellung des Sachverhalts können die Aktionärinnen und Aktionäre zudem ihr Auskunftsrecht geltend machen und eine Sonderuntersuchung beantragen (s. Art. 697 ff.).

Art. 678a Verjährung

Die Verjährung des Rückerstattungsanspruchs (s. Art. 678) wird neu in einem eigenen Artikel 678a geregelt.

Entsprechend dem Konzept der Revision des Verjährungsrechts wird anstelle einer einzigen, fünfjährigen Verjährungsfrist das Konzept der doppelten Verjährungsfrist mit einer kurzen relativen und einer längeren absoluten Verjährungsfrist eingeführt. Dies entspricht der bewährten Regelung von Artikel 67 OR, der die Verjährung von

³⁶¹ Botschaft Aktienrecht 2008, S. 317.

³⁶² AB 2009 S 650 ff. und Protokoll der RK-S vom 26./27. Januar 2009, S. 48, aber je ohne eingehende materielle Auseinandersetzung.