

Aktienrechtsrevision / Vorschlag des Bundesrates Rückerstattung von Leistungen

Der Bundesrat hat Ende 2005 mit einem Vorentwurf und einem Begleitbericht den Startschuss zu einer Revision des Aktienrechts gegeben. Ende 2007 legte der Bundesrat eine Botschaft und einen Gesamtentwurf vor, der auch Regelungen zum Rechnungslegungsrecht umfasste. Noch bevor das Parlament mit der Beratung der Aktienrechtsrevision begonnen hatte, wurde im Februar 2008 die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» eingereicht. Dies führte dazu, dass die Aktienrechtsrevision weitgehend auf Eis gelegt wurde. Die Revision des Rechnungslegungsrechts wurde von der Aktienrechtsrevision entkoppelt. Das neue Rechnungslegungsrecht ist inzwischen in Kraft getreten.

Nachdem die Initiative «gegen die Abzockerei» vom Volk angenommen worden war, wurde sie mit der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (VegüV) umgesetzt. Am 28. November 2014 hat der Bundesrat die Diskussion zur Reform des Aktienrechts wieder aufgenommen, indem er einen neuen Vorentwurf in die Vernehmlassung geschickt hat. Nachdem die zahlreichen und umfangreichen Stellungnahmen der Vernehmlassung verarbeitet worden sind, hat der Bundesrat am 23. November 2016 die Botschaft zur Aktienrechtsrevision verabschiedet. Der Bundesrat schlägt zahlreiche Änderungen vor, welche nicht nur börsenkotierte Gesellschaften betreffen.

In sechs «Kurz & Bündig» zeigen wir Ihnen die vorgeschlagenen Änderungen auf. Das vorliegende «Kurz & Bündig» befasst sich mit der Rückerstattung von Leistungen.

Die übrigen «Kurz & Bündig» finden Sie unter den folgenden Links:

- Gründungs- und Kapitalvorschriften [LINK](#);
- Generalversammlung und Verwaltungsrat [LINK](#);
- Dispoaktien und Aktionärsrechte [LINK](#);
- Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung [LINK](#);
- Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV und der Geschlechter-Richtwerte bei börsenkotierten Gesellschaften [LINK](#).

I. Rückerstattung von Leistungen – Art. 678 OR

Art. 678 OR ist eine Bestimmung, welche das Gesellschaftsvermögen schützt: Mit ihr wird eine besondere Klage eingeführt, die auf Rückerstattung von Leistungen gerichtet ist, welche die Gesellschaft ungerechtfertigt zugunsten der Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrats oder ihnen nahestehender Personen erbracht hat. Eine solche Klage hat insbesondere Fälle der Unter- und Überbezahlung von Vermögenswerten oder Dienstleistungen im Visier. Der Bundesrat möchte im Bestreben darum, die Corporate Governance zu stärken, das Klager regime verbessern: So wird der aktuelle Wortlaut von Art. 678 OR im Entwurf der Aktienrechtsrevision spürbar geändert.

II. Kreis der Personen, die der Rückerstattungspflicht unterstellt sind

Als erste Neuerung erweitert der Entwurf den Kreis der rückerstattungspflichtigen Personen auf alle mit der Geschäftsführung befassten Personen: Er umfasst somit sowohl die Direktoren, denen die Geschäftsführung delegiert wurde, als auch die faktischen Organe, also die Personen, welche, unabhängig von ihrer Bezeichnung, sich in entscheidender Weise mit der tatsächlichen Geschäftsführung oder Liquidation befassen. Der Bundesrat verzichtet darauf, den Begriff der den Aktionären (sowie den Inhabern von Partizipationsscheinen), den Mitgliedern des Verwaltungsrats, den mit der Geschäftsführung befassten Personen und den Mitgliedern des Beirats «nahestehenden Personen» zu definieren. Mit Verwendung des Begriffs «nahestehende Person» soll die Umgehung der Pflicht zur Rückerstattung verhindert werden. Die Auslegung dieses Begriffs, der vor dem Hintergrund der jeweiligen Umstände bestimmt werden muss, wird der Rechtsprechung überlassen, welche sich von der reichen steuerrechtlichen Kasuistik inspirieren lassen kann.

III. Gegenstand der Rückerstattungspflicht

Art. 678 OR erfasst sowohl die offensichtliche (oder offene) als auch die verdeckte Gewinnausschüttung. Diese Unterscheidung bleibt im Entwurf des Bundesrats unverändert:

A) Offensichtliche Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 1 E-OR)

Art. 678 Abs. 1 OR ermöglicht die Rückerstattung von Dividenden, Tantiemen und anderen Gewinnanteilen, deren Ausschüttung nicht den formellen (insbesondere der Zuständigkeit) und materiellen (im Zusammenhang mit dem Vorhandensein von frei verwendbarem Eigenkapital) Regelungen entsprechen. Dieser Grundsatz bleibt im Entwurf verankert. Allerdings wurde der Katalog der rückerstattungspflichtigen Leistungen erweitert und an die vom Entwurf untersagten Vergütungsformen angepasst sowie den besonderen Bedingungen aufgrund der Annahme der Minder-Initiative oder des neuen Rechnungslegungsrechts unterstellt (Vergütung an die Direktion (Art. 735a E-OR); unzulässige Vergütungen (Art. 735c und Art. 735d E-OR); ungerechtfertigte Rückzahlung von gesetzlichen Kapital- oder Gewinnreserven (Art. 671, Art. 672 und Art. 677a E-OR)).

B) Verdeckte Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 E-OR)

Dabei geht es um die verdeckte Gewinnausschüttung bzw. die wirtschaftlich nicht gerechtfertigten finanziellen Vorteile, welche buchhalterisch nicht in der Form einer Gewinnausschüttung erfolgen.

In seinem aktuellen Wortlaut setzt Art. 678 Abs. 2 OR das gleichzeitige Vorliegen zweier Bedingungen voraus, damit eine Leistung der Gesellschaft der Rückerstattung unterliegt: Es muss ein offensichtliches Missverhältnis zwischen einerseits der Leistung der Gesellschaft und andererseits der (i) Gegenleistung des Empfängers und (ii) der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft bestehen: Letztere Bedingung, welche in der Lehre umstritten und deren Bedeutung kürzlich vom Bundesgericht (BGE 140 III 602) präzisiert wurde, wird vom Bundesrat nicht übernommen. «Auch eine gute wirtschaftliche Situation der Gesellschaft kann deshalb ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu Lasten der Gesellschaft nie rechtfertigen» (Botschaft, S. 131).

Das Kriterium des «offensichtlichen» Missverhältnisses zwischen der Leistung der Gesellschaft und der Gegenleistung des Empfängers ist somit alleine für die Beurteilung des Vorliegens und der Bemessung

der der Rückerstattung unterliegenden verdeckten Dividendenausüttung ausschlaggebend. Der Anspruch auf Rückerstattung erstreckt sich nur auf den Teil der Leistung, der in einem offensichtlichen Missverhältnis zur erbrachten Leistung steht, und nicht auf die gesamte Leistung. Im Übrigen bleibt das entsprechende Rechtsgeschäft gültig.

Das offensichtliche Missverhältnis wird nicht definiert: Das Gesetz will Missbräuche sanktionieren, wenn die Leistung nicht auf einer vernünftigen wirtschaftlichen Begründung beruht oder sie nicht unter gleichen Bedingungen einem unabhängigen Dritten (at arm's length) gegenüber erbracht worden wäre. So wie es der Bundesrat festhält, geht es nicht darum, ob das Missverhältnis sofort ins Auge springt, was zum Beispiel bei komplexen Vergütungssystemen kaum je der Fall sein wird (Botschaft, S. 131).

Bleibt anzumerken, dass sich Art. 678 OR in die gesetzlichen Schutzmechanismen im Falle einer Sachübernahme zu überbewerteten Preisen anlässlich der Gründung einer Gesellschaft sowie der Kapitalerhöhung einordnet. Diese Bedeutung von Art. 678 OR ist umso wichtiger, als der Entwurf die Aufhebung der besonderen Bestimmungen (Art. 628 Abs. 2 OR) zur (tatsächlichen oder beabsichtigten) Sachübernahme vorsieht.

IV. Subjektive Bedingung und Umfang der Rückerstattung

Der gegenwärtige Art. 678 Abs. 1 OR setzt den bösen Glauben des Empfängers voraus, dies im Gegensatz zu den allgemeinen Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR). Diese Anforderung wird im Entwurf aufgehoben, aufgrund der Schwierigkeit, den bösen Glauben festzustellen.

Der Umfang der Rückerstattung entspricht demjenigen der allgemeinen Bedingungen der ungerechtfertigten Bereicherung: Die Rückerstattung kann nur verlangt werden, wenn der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hierbei nicht im guten Glauben war oder mit der Rückerstattung rechnen musste (Verweisung von Art. 678 Abs. 3 E-OR auf Art. 64 OR). Der Bundesrat verzichtet somit darauf, vom Empfänger den Beweis seines guten Glaubens zu ver-

langen, um seiner Rückerstattungspflicht zu entgehen (vgl. Botschaft, S. 131 f.).

V. Recht der Gläubiger, auf Rückerstattung zu klagen

Nach geltendem Recht kommt der Gesellschaft (welche durch ihren Verwaltungsrat handelt) und jedem einzelnen Aktionär die Aktivlegitimation zu. Die Klage der Aktionäre (zur Sicherung des Anspruchs, welcher die Leistung zugunsten der Gesellschaft vorsieht) ist vor dem Hintergrund des Risikos eines Interessenkonflikts der Organe oder der Mehrheitsaktionäre der Gesellschaft, die in den Genuss der strittigen Leistung gekommen wären, gerechtfertigt. In diesem Sinne handelt es sich bei Art. 678 OR auch um eine Schutzbestimmung zugunsten der Minderheitsaktionäre.

Der Wortlaut des geltenden Art. 678 OR räumt den Gläubigern kein Recht zur Klage auf Rückerstattung ein. Der Entwurf von 2008 schlug die Einführung eines allgemeinen Klagerechts der Gläubiger vor. In der Folge der Ablehnung dieser Idee durch den Ständerat schlägt der Bundesrat vor, den Gläubigern nur dann ein Klagerecht einzuräumen, wenn die Leistung durch die Gesellschaft innerhalb des gleichen Konzerns erfolgte. Die Erweiterung dieses Klagerechts mit präventiver Wirkung wird durch den Bundesrat dadurch begründet, dass die Muttergesellschaft oft alleinige Aktionärin der Tochtergesellschaft ist, deren Mittel unrechtmässig verschoben wurden. Es wäre daher wichtig, dass ein von der Gesellschaft unabhängiger Gläubiger mit dem Klagerecht vor Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft ausgestattet werden könnte.

VI. Durch die Gesellschaft angestregte Klage

Art. 678 Abs. 5 E-OR sieht vor, dass die Generalversammlung beschliessen kann, den Verwaltungsrat oder einen Vertreter mit der Einleitung der Rückerstattungsklage zu betrauen, dies, um zu vermeiden, dass die Aktionäre selber unmittelbar die Prozesskosten tragen müssten.

VII. Verjährung

Die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 678 Abs. 4 OR wird durch ein umfassenderes Konzept ersetzt, welches in einem neuen Art. 678a E-OR geregelt wird. Mit dem Ziel der Harmonisierung der Rege-

lung der Fristen mit den Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 67 OR) sieht der Entwurf eine relative Frist von drei Jahren vor. Die Frist beginnt an dem Tag, an dem der Aktionär oder die Gesellschaft Kenntnis vom Rückerstattungsanspruch erlangte. Die absolute, zehnjährige Verjährungsfrist beginnt am Tag der Entstehung dieses Anspruchs zu laufen. Die dreijährige Verjährungsfrist steht während des gerichtlichen Verfahrens auf Anordnung und der Durchführung einer Sonderprüfung (im Entwurf als «Sonderuntersuchung» bezeichnet) still.

Schliesslich sieht Art. 678 Abs. 2 E-OR vor, dass der Anspruch frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung verjährt, wenn der Umstand, welcher den Rückerstattungsanspruch begründet, auf eine strafbare Handlung der rückerstattungspflichtigen Person zurückzuführen ist. Auch hier besteht der Wille, die Regelungen zur Rückerstattungsklage mit den allgemeinen Bestimmungen im Bereich der Verantwortlichkeit zu harmonisieren.

VIII. Würdigung

Der Revisionsentwurf von Art. 678 OR, der die Rückerstattung von ungerechtfertigten Gewinnausschüttungen an Aktionäre und Führungsorgane vorsieht, klärt den Anwendungsbereich der Klage und verzichtet zu Recht darauf, auf die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft abzustellen. Indem er auf die Notwendigkeit des Vorliegens des bösen Glaubens des Empfängers verzichtet und indem er detailliert die Verjährungsfristen regelt, ermöglicht er auch eine Harmonisierung der Regelungen der Klage mit den allgemeinen Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung, was die Rechtssicherheit erhöht. Die Erweiterung des Klagerechts auf die Gläubiger vor Eröffnung des Konkurses – auch wenn es auf konzerninterne Leistungen beschränkt ist – bleibt dennoch ein heikles und kontroverses Thema.

Dezember 2016

Prof. Dr. Jean-Luc Chenaux
jean-luc.chenaux@kellerhals-carrard.ch

Alexandre Gachet, LL.M.
alexandre.gachet@kellerhals-carrard.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Kellerhals Carrard oder an die Autoren dieses Newsletters.

Dieser Newsletter ist auf unserer Webseite www.kellerhals-carrard.ch auf Deutsch, Englisch und Französisch verfügbar.

Basel
Hirschgässlein 11
Postfach 257
CH-4010 Basel
Tel. +41 58 200 30 00
Fax +41 58 200 30 11

Bern
Effingerstrasse 1
Postfach
CH-3001 Bern
Tel. +41 58 200 35 00
Fax +41 58 200 35 11

Lausanne
Place Saint-François 1
Postfach 7191
CH-1002 Lausanne
Tel. +41 58 200 33 00
Fax +41 58 200 33 11

Sion
Rue du Scex 4
Postfach 317
CH-1951 Sion
Tel. + 41 58 200 34 00
Fax + 41 58 200 34 11

Zürich
Rämistrasse 5
Postfach
CH-8024 Zürich
Tel. +41 58 200 39 00
Fax +41 58 200 39 11