

## Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR

Von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone und RA M.A. HSG Yves Mauchle\*

*Under the existing law, restitution claims as set out in art. 678 of the Swiss Code of Obligations (CO) have been rarely invoked. Reasons for this are the strict requirements of art. 678 para. 2 CO and, more importantly, deficiencies in the procedural incentive structure. In the present article, controversial issues regarding the existing law are analysed and commented on,*

*followed by a discussion of the Federal Council's proposal for a revised art. 678 CO. From our point of view, the proposal generally satisfies its aim to improve the applicability of corporate restitution claims. However, the desired effects could be better achieved by a wording closer to the existing one and through the simplification of procedural aspects.*

### Inhaltsübersicht

- I. Schutzzweck und Ausgangslage für die Revision
- II. Kontroverse Punkte der aktuell geltenden Regelung
  1. Personeller Geltungsbereich
  2. Abgrenzung von eigentlichen Entnahmen (Abs. 1) und verdeckten Ausschüttungen (Abs. 2)
  3. Offensichtliches Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft bei der verdeckten Gewinnausschüttung (Abs. 2)
  4. Bösgläubigkeit
  5. Konkurrenzen
  6. Prozesskostenverteilung
- III. Einschätzung des Vorentwurfs von 2014
  1. Personeller Geltungsbereich
  2. Abgrenzung von eigentlichen Entnahmen (Abs. 1) und verdeckten Ausschüttungen (Abs. 2)
  3. Streichung des Kriteriums des Missverhältnisses zur Lage der Gesellschaft
  4. Streichung des Kriteriums der Bösgläubigkeit
  5. Verjährung
  6. Klageerhebung durch Generalversammlung
  7. Ausblick auf Neuregelung der Prozesskostenverteilung
  8. Schlussbemerkungen

### I. Schutzzweck und Ausgangslage für die Revision

Die Aktiengesellschaft verfügt als juristische Person über ein eigenes Vermögen, das aus dem Vermögen der Aktionäre definitiv ausgeschieden ist und ausschliesslich in der rechtlichen und tatsächlichen Verfügungsgewalt der Gesellschaft steht.<sup>1</sup> Diese Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens wird durch eine Reihe von Kapitalschutzbestimmungen abgesichert.<sup>2</sup> Ausschüttungen durchbrechen den Grundsatz der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Sie dürfen nur unter Einhaltung strenger gesetzlicher Vorgaben getätigt werden.<sup>3</sup>

Die Rückerstattungspflicht nach Art. 678 OR bietet einen privatrechtlichen Schutz vor ungerechtfertigten Vermögensverlagerungen<sup>4</sup>. Damit besteht ein starker Bezug zu den Kapitalschutzbestimmungen, insbesondere zum Verbot der Einlagerückgewähr

<sup>1</sup> Vgl. Hans Michael Riemer, Personenrecht des ZGB, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 442.

<sup>2</sup> Vgl. Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 9 N 28 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Roger Dürr, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Diss. Zürich 2005 (=SSHW 245), § 1 N 1. Im Zentrum des Kapitalschutzes steht Art. 675 Abs. 2 OR, wonach Dividenden «nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden» dürfen; dazu von der Crone (Fn. 2), § 9 N 25 ff.

<sup>4</sup> Terminologie etwa bei Stefan Fiedler, Verdeckte Vermögensverlagerungen bei Kapitalgesellschaften, Köln 1994 (Rechtsordnung und Steuerwesen 21), 1 f., 4 ff.; Rainer Bommert, Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht, Diss. Giessen 1987/88 (=Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht 60), 9 ff.; vgl. auch Dürr (Fn. 3), Einleitung N 3 f., m.w.Hw.

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

(Art. 680 Abs. 2 OR).<sup>5</sup> Die mit der Rückerstattungspflicht angestrebte Erhaltung des Gesellschaftskapitals liegt sowohl im Interesse der Aktionäre als auch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger.<sup>6</sup>

Art. 678 OR weist Parallelitäten zum allgemeinen Bereicherungsrecht auf.<sup>7</sup> Im Bereich von Abs. 1 führt die Rückerstattungspflicht zum Ausgleich von «offenen» Entnahmen, die den gesetzlichen Ausschüttungsvoraussetzungen nicht genügen. Nach Abs. 2 lösen überdies die sog. verdeckten Gewinnausschüttungen eine Rückerstattungspflicht aus. Diese Fallgruppe erfasst eigentlich zulässige Geschäfte, die jedoch aufgrund der starken Leistungsdiskrepanz einer Ausschüttung gleichkommen und deshalb vom Gesetz verpönt werden.

In der bisherigen Praxis sind Rückerstattungen nach Art. 678 OR eher selten geltend gemacht worden.<sup>8</sup> Der Erhebung einer Rückerstattungsklage stehen sowohl hohe materiellrechtliche Hürden als auch Probleme der Anreizstruktur bzw. des kollektiven Handelns<sup>9</sup> bei der Geltendmachung von Aktionärsrechten entgegen. Entsprechend zielen die aktuellen Revisionsbemühungen darauf ab, die materiellrechtlichen Hürden der Rückerstattungsklage zu senken und die Prozesskostenverteilung bei Aktionärsklagen neu zu regeln.

Im vorliegenden Beitrag werden die Problemfelder der aktuellen Regelung aufgegriffen und kommentiert (Ziff. II). Darauf folgt eine Analyse des Revisionsvorentwurfs von 2014 und eine kritische Auseinandersetzung mit den Regelungsvorschlägen (Ziff. III).

<sup>5</sup> Von der Crone (Fn. 2), § 9 N 44.

<sup>6</sup> F. Wolfhart Bürgi, Zürcher Kommentar, Art. 660–697 OR, Zürich 1957, N 2 zu Art. 678 OR; vgl. auch Erläuternder Bericht des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), 28. November 2014, abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-d.pdf>> (zit. Erl. Ber. zum VE-OR 2014), 17. ZK-Bürgi, ebd., versteht Art. 678 OR ferner auch als Schutzbestimmung zugunsten gutgläubiger Gewinn- und Bauzinsbezüger. Zum Schutzzweck vgl. auch BGER 4A\_188/2007 vom 13. September 2007, E. 4.3.3; BGER 4A\_174/2007 vom 13. September 2007, E. 4.3.1; BGE 117 IV 259, E. 5a.

<sup>7</sup> Zum Anwendungsverhältnis siehe hinten Ziff. II.5.1.

<sup>8</sup> Vgl. Martin Waldburger, Verwaltungsratshonorare und aktienrechtliche Rückforderungsklage (Art. 678 Abs. 2 OR), Besprechung des Urteils 4A\_195/2014 des schweizerischen Bundesgerichts vom 27. November 2014 [BGE 140 III 602], GesKR 10 (2015), 141–149, 149.

<sup>9</sup> Dazu von der Crone (Fn. 2), § 12 N 26 ff.

## II. Kontroverse Punkte der aktuell geltenden Regelung

### 1. Personeller Geltungsbereich

Einem potenziellen Rückerstattungsanspruch von Art. 678 OR unterliegen «Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen».<sup>10</sup> Die Rückerstattungspflicht basiert demnach auf einer qualifizierten Beziehung der rückerstattungspflichtigen Person zur Gesellschaft.<sup>11</sup> Die Ausweitung des Geltungsbereichs auf nahestehende Personen stammt aus dem Steuerrecht<sup>12</sup> und bezweckt die Erfassung von Umgehungstatbeständen.<sup>13</sup>

Als Aktionäre gelten Personen, die Aktien oder Partizipationsscheine an der Gesellschaft halten.<sup>14</sup> Umstritten ist, ob «Mitglieder des Verwaltungsrates» nur formelle Mitglieder oder auch faktische Organe<sup>15</sup> umfasst. Nach wohl überwiegender Lehre sollen nur formelle Verwaltungsratsmitglieder der Rückerstattungspflicht unterliegen.<sup>16</sup> Diese Auslegung des geltenden Rechts überzeugt:<sup>17</sup> Das Gesetz begrenzt die Rückerstattungspflicht nach Art. 678 OR auf «Mitglieder des Verwaltungsrates», während es an anderer Stelle sämtliche mit der Geschäftsführung befassten Personen<sup>18</sup> und damit

<sup>10</sup> Durch den Verweis von Abs. 2 auf Abs. 1 gilt dies sowohl für die eigentliche Gewinnentnahme als auch für die verdeckte Ausschüttung.

<sup>11</sup> Von der Crone (Fn. 2), § 9 N 39.

<sup>12</sup> Peter Kurer/Christian Kurer, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 678 N 7.

<sup>13</sup> Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 115.

<sup>14</sup> Dass auch Partizipationäre erfasst sind, liegt darin begründet, dass Art. 678 OR den Schutz des Grundkapitals – und nicht bloss des Aktienkapitals – bezweckt; statt vieler Beat Spörri, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Diss. Zürich 1996 (=SSHW 171), § 4 N 4 ff., m.w.Hw.; Dürr (Fn. 3), § 7 N 39, will die Anwendbarkeit auf Aktionäre mit massgeblichen Beteiligungen beschränken.

<sup>15</sup> Zum Begriff siehe von der Crone (Fn. 2), § 12 N 47 ff.; vgl. auch hinten Ziff. III.1.

<sup>16</sup> BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 6; Spörri (Fn. 14), § 4 N 19 und 33, m.w.Hw. in § 4 Anm. 25.

<sup>17</sup> Rechtspolitische Stellungnahme hinten Ziff. III.1.

<sup>18</sup> Z.B. Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR: «...sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ...») und Verantwortlichkeit (Art. 754 Abs. 1 OR: «...alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen...»).

auch faktische Organe einer bestimmten Pflicht unterstellt.<sup>19</sup>

## 2. Abgrenzung von eigentlichen Entnahmen (Abs. 1) und verdeckten Ausschüttungen (Abs. 2)

Art. 678 Abs. 1 OR knüpft an formelle Gewinnentnahmen an und enumeriert Dividenden (Art. 675 OR), Bauzinsen (Art. 676 OR) Tantiemen (Art. 677 OR) sowie «andere Gewinnanteile». Der mit der Revision von 1991 eingeführte Tatbestand von Art. 678 Abs. 2 OR erfasst sog. verdeckte Gewinnausschüttungen,<sup>20</sup> also von der Gesellschaft ausgerichtete Leistungen, die in einem «offensichtlichen Missverhältnis» zur Gegenleistung stehen.<sup>21</sup>

Die Abgrenzung der beiden Tatbestände ist umstritten. Nach dem überwiegenden Teil der Lehre erfasst Abs. 1 nur Ausschüttungen, die auf einem formellen Beschluss der Generalversammlung basieren, während alle anderen Ausschüttungen in den Anwendungsbereich von Abs. 2 fallen sollen.<sup>22</sup> Ein anderer Teil der Lehre stützt sich nicht auf dieses Abgrenzungskriterium und will auch etwa Gewinnvorwegnahmen<sup>23</sup> oder «verschleierte Ausschüttung-

en»<sup>24</sup> unter «andere Gewinnanteile» im Sinne von Abs. 1 subsumieren. Eine Gewinnvorwegnahme liegt vor, wenn ein Beteiligter eine Leistung, die der Gesellschaft zusteht, direkt oder über eine beherrschte Gesellschaft vereinnahmt.<sup>25</sup> Von einer verschleierte Ausschüttung, die unter Abs. 1 falle, wird etwa bei Abzweigung von Gewinnen mittels fiktiven Geschäften oder völlig übersetzten Bezügen gesprochen.<sup>26</sup>

Nach unserer Auffassung gilt Abs. 1 immer dann, wenn einem Empfänger eine ungerechtfertigte Ausschüttung zukommt, ohne dass eine Gegenleistung vorliegt. Darunter fallen sämtliche Entnahmen, die als Ausschüttungen abgewickelt werden und auf einem formellen Ausschüttungsbeschluss der Generalversammlung basieren müssten, selbst wenn nie ein solcher Beschluss gefasst wird. Beispielsweise fiele eine Dividendenausschüttung, die bloss auf einem Verwaltungsratsbeschluss gründet, in den Anwendungsbereich von Abs. 1.<sup>27</sup> Unter Abs. 2 zu subsumieren sind hingegen sämtliche Vermögenstransfers, die unter dem Deckmantel eines Austauschgeschäfts abgewickelt werden. Nichtige Austauschgeschäfte (z.B. fiktive synallagmatische Verträge oder Insichgeschäfte) oder Gewinnvorwegnahmen sind dagegen nach allgemeinem Bereicherungsrecht abzuwickeln, da sie weder als eigentliche Gewinnentnahmen (Abs. 1) noch als verdeckte Ausschüttungen (Abs. 2) zu qualifizieren sind.<sup>28</sup>

## 3. Offensichtliches Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft bei der verdeckten Gewinnausschüttung (Abs. 2)

Ökonomisch gesehen ist jede Leistung der Gesellschaft, der keine marktkonforme bzw. wertäquivalente Gegenleistung gegenübersteht, eine verdeckte

<sup>19</sup> A.M. *Peter V. Kunz*, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997 (=SnA 12), 69, sowie aus teleologischen Überlegungen *Dürr* (Fn. 3), § 7 N 3.

<sup>20</sup> Der Begriff der «verdeckten Gewinnausschüttung» ist insofern unpräzise, als er nicht nur Gewinne, sondern generell Leistungen erfasst, die aus dem Aktienkapital geschöpft werden: *von der Crone* (Fn. 2), § 9 N 44; siehe zu diesem Terminus auch *Dürr* (Fn. 3), § 6 N 15, m.Hw.

<sup>21</sup> Das Konzept der verdeckten Gewinnausschüttung wurde aus dem Steuerrecht übernommen; vgl. die Hw. bei BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 12.

<sup>22</sup> *Dürr* (Fn. 3), § 1 N 3 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 13), § 50 N 118; *Lukas Glanzmann*, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen 1996 (=SSPHW 45), 93; *Reto Heuberger*, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Diss. Bern 2001 (=BBSW 15), 92; *Peter Locher*, Die verdeckte Gewinnausschüttung im Aktien- und Steuerrecht, in: Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 249–262, 251 und 253; *Spörri* (Fn. 14), § 9 N 42 f.; vgl. zum alten Recht *ZK-Bürgi* (Fn. 6), N 17 zu Art. 678 OR; *Dieter C. Probst*, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Diss. Bern 1979, 147 und 152.

<sup>23</sup> *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 12 N 559; *Thomas Gurtner*, Steuerfolgen des neuen Akti-

enrechts, ST 66 (1992), 477–486, 478; BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 9.

<sup>24</sup> BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 9.

<sup>25</sup> *Böckli* (Fn. 23), § 12 N 559; BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 9. Es handelt sich um eine schweizerische Terminologie, während in Deutschland in diesem Fall von «verdeckter Gewinnausschüttung» gesprochen wird: *Toni Russi*, Die Gewinnverschiebung, insbesondere bei Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft, und die Frage einer Sonderbesteuerung, Diss. Zürich 1979 (=ZStöR 14), 23.

<sup>26</sup> BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 9.

<sup>27</sup> Vgl. *Böckli* (Fn. 23), § 12 N 552.

<sup>28</sup> Siehe hinten Ziff. II.5.1.

Ausschüttung.<sup>29</sup> Das Gesetz unterstellt aber nicht jeden Vorgang, der sich ökonomisch als Transferzahlung zugunsten der Gegenseite qualifizieren liesse, der Rückerstattungspflicht nach Art. 678 Abs. 2 OR. Vielmehr enthält der Tatbestand zwei strenge Merkmale, die kumulativ gegeben sein müssen: (i) ein offensichtliches Missverhältnis der Leistung zur Gegenleistung<sup>30</sup> sowie (ii) ein offensichtliches Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft.

In der Lehre wird die zweite Voraussetzung kontrovers diskutiert und vom überwiegenden Teil der Autoren als sinnwidrig verworfen. Sie wird teleologisch reduziert<sup>31</sup> (genauer: eliminiert) oder zum Hilfskriterium zur Beurteilung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung<sup>32</sup> degradiert.<sup>33</sup> In BGE 140 III 602<sup>34</sup> folgt das Bundesgericht diesem kritischen Teil der Lehre. Es verwendet die «wirtschaftliche Lage der Gesellschaft» nur als Hilfskriterium zur Bestimmung des Ermessensspielraums, welcher der Gesellschaft bei der Beurteilung des offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zugebilligt wird. Dieser Ermessensspielraum sei bei finanzstarken Gesellschaften grösser. Bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen sei die grosszügige Abgeltung einer Leistung entsprechend eher zulässig als bei finanzschwachen Gesellschaften.<sup>35</sup> Ist ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erstellt, könne das Kriterium der wirtschaftlichen Lage nur von Bedeutung sein, wenn die Gesellschaft derart finanzstark ist, dass sich die «Grosszügigkeit» rechtfertigen lässt.<sup>36</sup>

Tatsächlich stellt das Erfordernis des Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft hohe Anforderungen an die Rückerstattungsklage. Der Gesetzeswortlaut ist indes klar und erfordert kumulativ ein «offensichtliche[s] Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft». Des Weiteren strebte der Gesetzgeber gerade die Geltung dieses «doppelte[n] und recht strenge[n] Massstab[s]»<sup>37</sup> an. Die Bestimmung soll aus Gründen der Rechtssicherheit nur eindeutige Sachverhalte erfassen und eine «kleinliche Nachrechnung»<sup>38</sup> verhindern. Damit wird Art. 678 Abs. 2 OR auf die Funktion einer Kapitalschutzbestimmung eingeschränkt<sup>39</sup> und will in der Konzeption des Gesetzgebers gerade nicht zum Ausgleich von sämtlichen inadäquaten Leistungen führen. Auch soll die restriktive Formulierung von Art. 678 Abs. 2 OR die gerichtliche Kontrolle beschränken und dem Unternehmen einen Ermessensspielraum einräumen.<sup>40</sup> Angesichts der Klarheit der grammatikalischen und historischen Auslegungselemente erscheint es unzulässig, die eigenständige Bedeutung des Kriteriums des Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft unter geltendem Recht zu verneinen.<sup>41</sup>

#### 4. Bösgläubigkeit

Im Gegensatz zum allgemeinen Kondiktionsrecht löst die ungerechtfertigte Vermögensverlagerung nach Art. 678 Abs. 1 OR nur dann eine Rückerstattungspflicht aus, wenn sie vom Empfänger in bösem Glauben bezogen wurde. In Abs. 2 wird diese Voraussetzung nicht ausdrücklich genannt. Angesichts der Parallelität der Tatbestände erscheint dies als redak-

<sup>29</sup> Von der Crone (Fn. 2), § 9 N 44.

<sup>30</sup> Dazu von der Crone (Fn. 2), § 9 N 45 f.; illustrativ BGE 140 III 602, E. 8.

<sup>31</sup> Claire Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zürich 1994, 275.

<sup>32</sup> Andreas Binder, Die aktienrechtliche Rückerstattung ungerchtfertigter Leistungen, GesKR 3 (2008), Sondernummer: Die grosse Aktienrechtsrevision, 66–70, 67 f.; Böckli (Fn. 23), § 12 N 556 f.; Dürr (Fn. 3), § 7 N 8; Heuberger (Fn. 22), 114; BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 16; Thomas F. Müller, Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Diss. Bern 1997, 64; Spörri (Fn. 14), § 12 N 1 ff., insb. N 29 f.

<sup>33</sup> Vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 13), § 50 N 121; Urs Kägi, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Diss. Zürich 2012 (=SSHW 309), § 5 N 95 f.; Tobias Meyer, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Diss. Zürich 2009, 76.

<sup>34</sup> BGE 140 III 602, E. 9.3; Rezension bei Waldburger (Fn. 8).

<sup>35</sup> BGE 140 III 602, E. 9.3.1.

<sup>36</sup> BGE 140 III 602, E. 9.3.2.

<sup>37</sup> Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745–997 (zit. Botschaft AR 1983), 897.

<sup>38</sup> Botschaft AR 1983 (Fn. 37), 897.

<sup>39</sup> Von der Crone (Fn. 2), § 9 N 47.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 140 III 602, E. 8.2; BGer 4A\_188/2007 vom 13. September 2007, E. 4.3.4; Binder (Fn. 32), 69; BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 17.

<sup>41</sup> Von der Crone (Fn. 2), § 9 N 49. Sodann ist festzustellen, dass im oben erwähnten BGE 140 III 602 ein offensichtliches Missverhältnis zur maroden Finanzlage der Gesellschaft ohnehin gegeben war (siehe E. 9.1) und somit der Tatbestand von Art. 678 Abs. 2 OR in jedem Fall erfüllt gewesen wäre.

tionelle Ungenauigkeit.<sup>42</sup> Das Bundesgericht hat entsprechend festgehalten, dass der böse Glaube auch für verdeckte Ausschüttungen nach Abs. 2 vorauszusetzen ist.<sup>43</sup>

Umstritten ist, ob die Gutgläubigkeit bei der verdeckten Ausschüttung (Abs. 2) zu vermuten ist. In Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 3 ZGB muss die Gutgläubigkeit solange vermutet werden, als der Empfänger keinen Anlass hatte, an der Rechtfertigung für die Ausschüttung zu zweifeln.<sup>44</sup> Das Bundesgericht<sup>45</sup> lässt die Frage aufgrund des geringen praktischen Anwendungsbereichs offen: Ist ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben, wird ein guter Glaube in aller Regel zu verneinen sein.<sup>46</sup>

## 5. Konkurrenzen

Eine Normenkonkurrenz liegt dann vor, wenn bei einem bestimmten Sachverhalt – isoliert betrachtet – die Tatbestände zweier<sup>47</sup> Rechtsnormen erfüllt sind.<sup>48</sup> Im Allgemeinen können aus einer Normenkonkurrenz die Anwendungsverhältnisse der Alternativität, Exklusivität (Derogation) und Kumulation resultieren.<sup>49</sup>

### 5.1 Verhältnis zum allgemeinen Bereicherungsrecht

Art. 678 OR derogiert innerhalb seines Tatbestands<sup>50</sup> das allgemeine Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR).<sup>51</sup> Dies ergibt sich bereits daraus, dass bestimmte gesetzliche Anwendungsbeschränkungen von Art. 678 OR (insbesondere Bösgläubigkeit und die kürzere absolute Verjährungsfrist) durch eine alternative Anwendung von Art. 62 ff. OR obsolet würden.<sup>52</sup>

Dies bedeutet aber nicht, dass das allgemeine Kondiktionsrecht bei gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten überhaupt nie zum Zug käme. Der objektive Tatbestand von Art. 678 OR erfasst nur eigentliche Ausschüttungsvorgänge sowie durch ein Austauschgeschäft «getarnte» Ausschüttungen. Nur für diesen Bereich findet eine Derogation des allgemeinen Bereicherungsrechts statt. Liegt ein nichtiges Austauschgeschäft vor, beispielsweise weil dieses bloss fiktiv ist und die Gegenleistung von Anfang an nicht erbracht werden sollte, kommen die Art. 62 ff. OR zur Anwendung. Dasselbe gilt bei Gewinnvorwegnahmen, bei denen jemand der Gesellschaft zustehende Einnahmen vorweg in die eigene Tasche abzweigt. Dies sind gerade nicht Erscheinungsformen von Ausschüttungen, bei denen «Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinsen» von der Gesellschaft an den Empfänger transferiert werden, sondern schlichte *condictiones sine causa*.

Vor diesem Hintergrund wird im Anwendungsbereich von Art. 678 Abs. 2 OR die Frage aufgeworfen, wie sich die Rückerstattungsklage zu Fällen von Inschlaggeschäften<sup>53</sup> verhält.<sup>54</sup> Ein Teil der Lehre<sup>55</sup> ist der

<sup>42</sup> Vgl. Botschaft AR 1983 (Fn. 37), 897: «Sind die zwei Voraussetzungen [von Art. 678 Abs. 2 OR] erfüllt, so ist die verdeckte Gewinnausschüttung ungerechtfertigt; am guten Glauben des Empfängers wird es regelmässig fehlen»; von der Crone (Fn. 2), § 9 N 50, m.w.Hw; a.M. Dürr (Fn. 3), § 7 N 10.

<sup>43</sup> BGE 140 III 602, E. 10.1; das BGer äussert zwar die Auffassung, dass die Frage offenbleiben könne, beantwortet sie aber doch.

<sup>44</sup> Von der Crone (Fn. 2), § 9 N 50; BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 27 f.; vgl. auch Spörri (Fn. 14), § 14, insb. N 25; offengelassen bei Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 13), § 50 N 122; für die Vermutung der Bösgläubigkeit: Böckli (Fn. 23), § 12 N 554; Kägi (Fn. 33), § 9 N 61; Müller (Fn. 32), 63.

<sup>45</sup> BGE 140 III 602, E. 10.1.

<sup>46</sup> Von der Crone (Fn. 2), § 9 N 50.

<sup>47</sup> Oder mehrerer.

<sup>48</sup> Yves Mauchle, Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, AJP 21 (2012), 933–952, 934, m.w.Hw.

<sup>49</sup> Im kodifizierten Privatrecht nur theoretisch vorstellbar ist die Neutralisierung zweier Tatbestände: Mauchle (Fn. 48), 937.

<sup>50</sup> Vgl. dazu vorn Ziff. II.2.

<sup>51</sup> ZK-Bürgi (Fn. 6), N 4 zu Art. 678 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 13), § 50 N 113; BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 3; von der Crone (Fn. 2), § 9 N 61; das Bundesgericht hat in BGER 2C\_776/2012, 2C\_777/2012 vom 19. Februar 2013, E. 3.3, festgehalten, dass es sich bei Art. 678 OR um einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung handelt, sich jedoch nicht zum Anwendungsverhältnis zu Art. 62 ff. OR geäussert.

<sup>52</sup> Zum «Zweckvereitelungsargument» bei Normenkonkurrenzen siehe Mauchle (Fn. 48), 944 f.

<sup>53</sup> Dazu etwa Peter Böckli, Inschlaggeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 7 (2012), 354–371.

<sup>54</sup> Vgl. Waldburger (Fn. 8), 143.

<sup>55</sup> Rolf Watter, Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften, in: Treuhänder-Kammer (Hrsg.), Verdeckte Gewinnausschüttungen, Zürich 1997 (SSTRK 150), 137–163, 153 f.

Meinung, dass in diesen Fällen auch das allgemeine Bereicherungsrecht anwendbar sei (Alternativität), während anderswo<sup>56</sup> vertreten wird, dass sich die Rückerstattung bei einem Insichgeschäft allein aus einer Inhaltskontrolle im Sinne von Art. 678 Abs. 2 OR ergebe (Exklusivität). In einem kürzlich ergangenen Entscheid<sup>57</sup> spricht sich das Bundesgericht für Alternativität aus.<sup>58</sup> Dies entspricht der Judikatur des Bundesgerichts zu Insichgeschäften, welche grundsätzlich nichtig sind und damit keiner Inhaltskontrolle nach Art. 678 Abs. 2 OR unterzogen werden.<sup>59</sup> Das nichtige Geschäft fällt dabei nicht in den objektiven Anwendungsbereich von Art. 678 OR, womit auch keine Derogation von Art. 62 ff. OR stattfindet.

## 5.2 Verhältnis zur Verantwortlichkeitsklage

In der Lehre ist umstritten, ob Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsansprüche alternativ<sup>60</sup> anwendbar sind oder ob die Verantwortlichkeitsklage nur zur Verfügung steht, wenn die Rückerstattungsklage nicht greift.<sup>61, 62</sup> Im «Swissair Cash Pool»-Ent-

scheid<sup>63</sup> hat das Bundesgericht klargestellt, dass Alternativität gilt.<sup>64</sup> Dabei verwirft es das teilweise vorgebrachte Argument, dass die Schadensminderungsobliegenheit<sup>65</sup> die primäre Erhebung einer Rückerstattungsklage und damit die subsidiäre Geltung der Verantwortlichkeitsklage gebiete.<sup>66</sup>

Die vom Bundesgericht vertretene Alternativität der Rechtsbehelfe ist aus einem gesetzssystematischen bzw. dogmatischen Betrachtungswinkel sinnvoll. Die Ansprüche nach Art. 678 OR können bei der ungerechtfertigten Bereicherung eingeordnet werden, während die Verantwortlichkeitsklage deliktischer Natur<sup>67</sup> ist. Zwischen den allgemeinen deliktischen und bereicherungsrechtlichen Ansprüchen besteht Alternativität;<sup>68</sup> es ist konsequent, dass auch zwischen den besonderen gesellschaftsrechtlichen Rechtsbehelfen Alternativität gilt. Auch aus teleologischer Sicht<sup>69</sup> gibt es nichts gegen die Alternativität einzuwenden. Durch die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage wird der Zweck des Rechtsinstituts von Art. 678 OR nicht gehemmt.<sup>70</sup> Wohl aber muss auf der Ebene der Schadensberechnung ein liquides Guthaben gegenüber einem Rückerstattungspflichtigen berücksichtigt werden.<sup>71</sup>

## 5.3 Verhältnis zur Anfechtungsklage

Regelmässig liegt einer ungerechtfertigten Ausschüttung ein nichtiger Rechtsakt zugrunde.<sup>72</sup> In solchen Fällen kann direkt die Rückerstattungsklage erhoben

<sup>56</sup> *Claire Huguenin*, Insichgeschäfte im Aktienrecht, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, 521–533, 523 f. und 527 f.

<sup>57</sup> BGer 4A\_195/2014, 4A\_197/2014 vom 27. November 2014, E. 6, nicht publ. in: BGE 140 III 602.

<sup>58</sup> Vgl. *Waldburger* (Fn. 8), 141.

<sup>59</sup> Vgl. *Böckli* (Fn. 53), 353 ff., m.Hw.

<sup>60</sup> Regelmässig als (Anspruchs-)Konkurrenz bezeichnet, vgl. die Hw. in Fn. 62. Zur Terminologie bei Normenkonkurrenzen im Allgemeinen siehe *Mauchle* (Fn. 48), 935.

<sup>61</sup> Es wird in diesem Zusammenhang von der Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage gesprochen.

<sup>62</sup> Für Alternativität: *Jean-Luc Chenaux*, in: Tercier/Amstutz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Basel 2008, Art. 678 N 87; *Peter Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, Rz. 627; *Huguenin Jacobs* (Fn. 31), 214; *von der Crone* (Fn. 2), § 9 N 62; *Harald Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 64; *Kurt J. Gross*, Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1990 (=SKSR 33), 285; *Nina Sauerwein*, La responsabilité de la société mère, Diss. Genf 2006 (=Etudes de droit suisse, nouvelle série 721), 136 f.; *Spörri* (Fn. 14), § 21 N 7 f.; *Alexander Vogel*, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen 1997 (=SSPHW 51), 219; für Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage: *Müller* (Fn. 32), 73 f.; *Thierry Luterbacher*, Die Schadensminderungspflicht, Diss. Zürich 2005, Rz. 391, soweit die Rückerstattungsklage im Einzelfall zumutbar sei; für einen Mittelweg: *Böckli* (Fn. 23), § 12 N 567.

<sup>63</sup> BGE 140 III 533, E. 3.2.

<sup>64</sup> Zustimmend *Jean Nicolas Druey*, Cash Pool – Verdeckte Gewinnausschüttung und verdecktes Konzernrecht, Bemerkungen zum Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014 i.S. A. AG (Beschwerdeführerin) gegen B. AG in Nachlassliquidation (BGE 140 III 533), SZW 87 (2015), 64–71, 65.

<sup>65</sup> Vertreten insb. von *Luterbacher* (Fn. 62), Rz. 391.

<sup>66</sup> Dieses Argument sei nicht geeignet, eine «derart grundsätzliche strukturelle Frage» zu beantworten: BGE 140 III 533, E. 3.2.3.

<sup>67</sup> BGE 129 III 71, E. 2.5.

<sup>68</sup> BGer 4C.163/2002 vom 9. Juli 2003, E. 3.3 (allerdings kritisch); BGE 117 IV 139, E. 3d/dd; *von der Crone* (Fn. 2), § 9 N 62, m.Hw. auch auf die Lehre.

<sup>69</sup> *Von der Crone* (Fn. 2), § 9 N 62.

<sup>70</sup> Vgl. den teleologischen Lösungsansatz für Normenkonkurrenzen im Privatrecht bei *Mauchle* (Fn. 48), 944 f.

<sup>71</sup> *Druey* (Fn. 64), 65.

<sup>72</sup> Z.B. ein Beschluss der Generalversammlung, der die materiellen Entnahmesperren von Art. 675 ff. OR verletzt (vgl. Art. 706b Ziff. 3 OR).

werden, ohne dass zuerst die Nichtigkeit festgestellt werden müsste.<sup>73</sup> Beruht die Ausschüttung dagegen lediglich auf einem anfechtbaren Beschluss, stellt sich die Frage, ob die klagende Partei auch nach Ablauf der zweimonatigen Anfechtungsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR den Rechtsmangel geltend machen und Rückerstattung verlangen kann. Dies wird von einigen Autoren<sup>74</sup> bejaht, von der überwiegenden Lehre<sup>75</sup> aber zu Recht verneint. Zweck der kurzen Anfechtungsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR ist es, «mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit und die Interessen der Beteiligten (Gesellschaft, Aktionäre, Gläubiger) möglichst rasch abzuklären, ob und in welchem Umfang die Rechtsbeständigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen ungewiss ist und mit deren Aufhebung gerechnet werden muss»<sup>76</sup>. Durch die spätere Zulassung der Beschlussaufhebung mittels einer Rückerstattungsklage würde dieser Zweck unterlaufen.

#### 5.4 Verhältnis zum Verbot der Einlagerückgewähr

Ungerechtfertigte Vermögensverlagerungen zugunsten von Aktionären, die nicht ausschüttbare Beträge berühren, fallen in den Anwendungsbereich des Verbots der Einlagerückgewähr von Art. 680 Abs. 2 OR.<sup>77</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>78</sup> entsteht durch eine Verletzung von Art. 680 Abs. 2 OR ein *Non-versé*, d.h., die Einlagepflicht des Aktionärs lebt wieder auf. Diese verjährt in zehn Jahren (Art. 127 OR).<sup>79</sup> Besteht sowohl eine Rückerstattungspflicht nach Art. 678 OR als auch eine Einlagepflicht aufgrund Verletzung von Art. 680 Abs. 2 OR, sind die

Behelfe alternativ anwendbar, denn Art. 678 OR bezweckt keine Limitierung des Kapitalschutzes von Art. 680 Abs. 2 OR. Die fünfjährige Frist von Art. 678 Abs. 4 OR beschlägt die Einlagepflicht demnach nicht.

## 6. Prozesskostenverteilung

Sowohl die Gesellschaft als auch Aktionäre sind zur Erhebung einer Rückerstattungsklage ermächtigt. Die Leistung geht aber auf jeden Fall an die Gesellschaft (Art. 678 Abs. 3 OR).

Die Klage steht jedem Aktionär als individuelles Schutzrecht zu. Deren Ausübung ist aber mit erheblichen Opportunitätskosten und Prozesskostenrisiken verbunden. Bereits vor Anhebung der Klage entstehen ausserdem Kosten für die Analyse des Sachverhalts und Beurteilung der Rechtslage. Diese Kosten sind vom Aktionär individuell zu tragen und von der Grösse der Beteiligung unabhängig. Der durch die Rückerstattungsklage geschaffene Mehrwert fällt jedoch bei der Gesellschaft an. Damit schaffen die aktiven Aktionäre ein «öffentliches» Gut, von dem die passiven Aktionäre als Trittbrettfahrer profitieren. Es tritt ein klassisches Problem kollektiven Handelns auf – die Aktionäre fallen in eine rationale Apathie.<sup>80</sup>

Durch Spezialnormen zur Prozesskostenverteilung versucht der Gesetzgeber, das Problem des kollektiven Handelns zu mildern. Vor Einführung der schweizerischen Zivilprozessordnung fanden sich im OR einzelne Bestimmungen, wonach das Gericht bei Aktionärsklagen mit Leistung an die Gesellschaft die Prozesskosten nach Ermessen auf den unterlegenen Kläger und die Gesellschaft<sup>81</sup> verteilen konnte.<sup>82</sup> Diese Funktion wird nach ursprünglicher Absicht des

<sup>73</sup> BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 34; *Louis Bochud*, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1989 (=BBSW 2), 204; im Allgemeinen sind Feststellungsklagen gegenüber Leistungsklagen subsidiär, vgl. *Thomas Sutter-Somm*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, Rz. 561.

<sup>74</sup> *Viktor Aepli*, Zur Entschädigung des Verwaltungsrates, SZW 74 (2002), 269–278, 278; *Emil Schucany*, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, N 5 zu Art. 678 OR, m.Hw. auf BGE 34 II 515.

<sup>75</sup> *Böckli* (Fn. 23), § 12 N 548; *ZK-Bürgi* (Fn. 6), N 17 ff., 30, 40 und 45 zu Art. 678 OR; BSK OR II-Kurer/Kurer (Fn. 12), Art. 678 N 34; *Dürr* (Fn. 3), § 4 N 20; ausführlich *Spörri* (Fn. 14), § 20 N 5 ff., m.w.Hw. in Anm. 7.

<sup>76</sup> BGE 86 II 78, E. 6a a.E.

<sup>77</sup> Zur Konstellation der Tatbestände ausführlich von *der Crone* (Fn. 2), § 9 N 60.

<sup>78</sup> BGE 109 II 128, E. 2; BGer vom 14. Februar 1967 (Geopa S.A. c. Mathey), E. 2 a.E., in: SemJud 1969, 150–156, 155.

<sup>79</sup> BGE 102 II 353, E. 4b; *Böckli* (Fn. 23), § 1 N 327, m.w.Hw.

<sup>80</sup> Ausführlich von *der Crone* (Fn. 2), § 1 N 26 ff.

<sup>81</sup> Dass die Gesellschaft nicht Partei ist, ihr aber trotzdem Prozesskosten auferlegt werden können, ist aus dogmatischer Sicht «ziemlich abenteuerlich»: *Peter Forstmoser*, Die Verantwortlichkeit der Organe, ST 65 (1991), 536–541, 539.

<sup>82</sup> Z.B. Art. 756 Abs. 2 aOR. Unter altem Recht war umstritten, ob diese Prozesskostenregelung analog auf die Rückerstattungsklage anzuwenden sei; bejahend *Aepli* (Fn. 74), 278; *Daniel Leu*, Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte, Diss. Zürich 2005 (=SSHW 243), 143; *Andreas Casutt*, Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten im Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozess, in: *Schluemp/Isler* (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht – Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, 79–94, 93.

Gesetzgebers<sup>83</sup> unter geltendem Recht durch die «Billichkeitsnorm»<sup>84</sup> von Art. 107 ZPO erfüllt.<sup>85</sup>

Grundvoraussetzung für einen Ermessensentscheid nach Art. 107 lit. b ZPO ist, dass die Partei «in guten Treuen» zur Prozessführung veranlasst war. Aktionäre, welche eine Rückerstattungsklage erheben, müssten entsprechend darlegen können, dass sie begründeten Anlass hatten, von einer ungerechtfertigten Vermögensverlagerung auszugehen. Entscheidend ist die Sicht im Zeitpunkt der Klageeinleitung.<sup>86</sup>

Unter dem geltenden Recht bleiben jedoch hohe Prozess(-kosten-)hürden bestehen. Etwa können Kostenvorschüsse verlangt werden, die sich am Gesamtstreitwert (der Summe des gesamten Rückerstattungsanspruchs) bemessen und nicht an dem vom Kläger individuell erreichbaren Prozessgewinn.<sup>87</sup> Mit der Ermessensregel von Art. 107 ZPO ist ferner die Unsicherheit verbunden, ob die Kosten bei Unterliegen auch tatsächlich der Gesellschaft auferlegt werden oder, gemäss der allgemeinen Regel von Art. 106 ZPO, dem Aktionär.<sup>88</sup> Zusätzlich zu diesen Kosten und Unsicherheiten wird der klagende Aktionär in jedem Fall einen grossen Teil seiner Opportunitäts- und Prozessvorbereitungskosten selber zu tragen haben.

### III. Einschätzung des Vorentwurfs von 2014

#### 1. Personeller Geltungsbereich

In der Formulierung des Vorentwurfs von 2014<sup>89</sup> gehören neben Aktionären und formellen Verwaltungsratsmitgliedern neu auch «mit der Geschäftsführung befasste Personen» zum Kreis der rückerstattungspflichtigen Empfänger.<sup>90</sup> Damit findet eine Ausweitung auf Mitglieder der Geschäftsleitung<sup>91</sup> und auf faktische Organe<sup>92</sup> statt.<sup>93</sup> Dies entspricht den Regeln von Art. 717 Abs. 1 OR und Art. 754 Abs. 1 OR,<sup>94</sup> welche diese Personengruppen ebenfalls erfassen, und sorgt dadurch für gesetzessystematische Einheitlichkeit.

#### 2. Abgrenzung von eigentlichen Entnahmen (Abs. 1) und verdeckten Ausschüttungen (Abs. 2)

Wie unter geltendem Recht erfasst Art. 678 Abs. 1 VE-OR 2014 die «offene» Ausschüttung von Dividenden, Tantiemen, anderen Gewinnanteilen und Bauzinsen. Zusätzlich zum geltenden Wortlaut werden Vergütungen, gesetzliche Kapital- und Gewinnreserven und andere Rückzahlungen ausdrücklich genannt.

Nach der vorn<sup>95</sup> vertretenen Ansicht fallen exzessive Vergütungen grundsätzlich nicht unter den Anwendungsbereich des geltenden Abs. 1, da sie auf einem Austauschgeschäft beruhen. Aufgrund der strengen Voraussetzungen von Abs. 2 ist der aktuelle

<sup>83</sup> Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221–7412, 7297.

<sup>84</sup> Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2008 299–340 (zit. Botschaft «Abzockerei»), 327.

<sup>85</sup> Siehe im Einzelnen *Richard Gassmann*, Durchsetzung der Minderheitsrechte von Aktionären unter der neuen ZPO, *GesKR* 7 (2012), 420–428, 422 f.; es wird jedoch teilweise bezweifelt, ob Art. 107 ZPO für die Auferlegung von Prozesskosten auf nicht am Prozess beteiligte Parteien konzipiert ist – neuerdings auch in der Gesetzgebung, siehe Botschaft «Abzockerei» (Fn. 84), 327 f.; vgl. zum Ganzen *Caroline Kirchschräger/Vito Roberto*, Prozesskosten bei Verantwortlichkeitsklagen, *ZSR* 129 I (2010), 607–628, 612.

<sup>86</sup> Vgl. *von der Crone* (Fn. 2), § 8 N 207 (zur Anfechtungsklage).

<sup>87</sup> Vgl. Erl. Ber. zum VE-OR 2014 (Fn. 6), 49.

<sup>88</sup> Ferner ist auch die Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 107 ZPO abträglich (oben Fn. 85).

<sup>89</sup> Vorentwurf des Bundesrates einer Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), 28. November 2014, abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vorentw-d.pdf>> (zit. VE-OR 2014).

<sup>90</sup> Ferner sind neu auch Mitglieder des Beirats erfasst, was mit Hinblick auf die Bestimmungen der VegÜV gesetzessystematische Harmonie schafft.

<sup>91</sup> Nach alter Terminologie «materielle» Organe: siehe *von der Crone* (Fn. 2), § 12 N 49.

<sup>92</sup> Als faktische Organe gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Personen, die «Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen» (BGE 128 III 92, E. 3a, m.w.Hw.).

<sup>93</sup> Vgl. Botschaft «Abzockerei» (Fn. 84), 316; Erl. Ber. zum VE-OR 2014 (Fn. 6), 103.

<sup>94</sup> Siehe vorn Fn. 18.

<sup>95</sup> Ziff. II.2.



Art. 678 OR ein unzulängliches Institut, um überhöhte Vergütungen zurückzufordern.<sup>96</sup>

Der Wortlaut des Vorentwurfs erfasst insbesondere Vergütungen, die gegen Art. 95 Abs. 3 BV und dessen Umsetzungsbestimmungen<sup>97</sup> verstossen und damit ungerechtfertigt sind. Unbedingt unzulässige Vergütungen sind Abgangsentschädigungen, Vergütungen im Voraus und Prämien für Unternehmenskäufe (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. b BV).<sup>98</sup> Unzulässig sind auch Vergütungen, die den von der Generalversammlung genehmigten Betrag übersteigen (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. a BV), wobei die übliche Vergütung für die erbrachte Leistung in jedem Fall geschuldet ist (vgl. Art. 322 Abs. 1 und Art. 394 Abs. 3 OR) und entsprechend nicht zurückgefordert werden kann.<sup>99</sup>

Im Gegensatz zur geltenden Fassung fänden sich mit den ungerechtfertigten Vergütungen in Abs. 1 demnach auch Leistungen, die auf einem Austauschgeschäft basieren. Ansonsten fallen Ausschüttungen im Gewand von Austauschgeschäften wie bis anhin unter den Abs. 2, was vom Wortlaut des VE-OR 2014 verdeutlicht wird.

### 3. Streichung des Kriteriums des Missverhältnisses zur Lage der Gesellschaft

Die viel kritisierte<sup>100</sup> Voraussetzung des offensichtlichen Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft soll gestrichen werden. Ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung genügt damit zur Begründung einer Rückerstattungspflicht nach Abs. 2. Die heute sehr strengen materiellrechtlichen Voraussetzungen zur Rückforderung einer verdeckten Ausschüttung würden damit zu Recht gelockert.

Zu beantworten wäre dann die Frage, ob die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft als unselbständiges Hilfskriterium weiterhin berücksichtigt werden soll. Ist die Diskrepanz zwischen Leistung und Ge-

genleistung «offensichtlicher», wenn die Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten steckt, und kann sich die finanzstarke Gesellschaft entsprechend «grosszügiger» zeigen oder soll eine rein objektive Betrachtung durchgeführt werden, ohne dass es auf die wirtschaftliche Lage ankäme? Nach der aktuellen Fassung wäre das Missverhältnis unabhängig von der wirtschaftlichen Situation zu bewerten. Falls die Gesellschaft in wirtschaftlich guten Zeiten über einen grösseren Ermessensspielraum verfügen sollte, müsste der Gesetzestext dies widerspiegeln.<sup>101</sup>

### 4. Streichung des Kriteriums der Bösgläubigkeit

Das Kriterium der Bösgläubigkeit des Empfängers soll als Voraussetzung der Rückerstattungspflicht fallen gelassen werden. Stattdessen wird beabsichtigt, eine an Art. 64 OR angelehnte Regel für die Rückerstattungsklage einzuführen: «Die Pflicht zur Rückerstattung entfällt, wenn der Empfänger der Leistung nachweist, dass er diese in gutem Glauben empfangen hat und zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist.» (Art. 678 Abs. 3 VE-OR 2014). Wie bei der allgemeinen Regel wäre der gutgläubig Entreicherte weder zu Realrestitution noch zu Wertersatz verpflichtet.<sup>102</sup> Ist der Empfänger zum Rückforderungszeitpunkt aufgrund der ungerechtfertigten Vermögensverlagerung immer noch bereichert, spielt es nach dem Vorentwurf keine Rolle, ob er gut- oder bösgläubig war. Dies erscheint gesetzessystematisch konsequent. Die Regel dürfte vor allem in Bezug auf Abs. 1 eine praktische Rolle spielen, da der Empfänger einer verdeckten Ausschüttung im Sinne von Abs. 2 regelmässig grosse Schwierigkeiten haben wird, seine Gutgläubigkeit trotz dem offensichtlichen

<sup>96</sup> Vgl. *Adriano Huber*, Vergütungsfestsetzung nach Art. 95 Abs. 3 BV, Diss. Zürich 2015 (=ZStP 263), Rz. 999 ff.

<sup>97</sup> VegüV, mit einigen Änderungen transponiert in Art. 732 ff. VE-OR 2014.

<sup>98</sup> Vgl. auch *Huber* (Fn. 96), Rz. 389 ff.

<sup>99</sup> Vgl. *Hans Caspar von der Crone/Daniel Brugger*, Salär-governance, SZW 86 (2014), 241–254, 250 f.; *Huber* (Fn. 96), Rz. 810 ff., insb. 820 f.; a.M. *Matthias Oertle*, Arbeitsrecht im Konflikt mit der Verordnung gegen übermässige Vergütungen, GesKR 9 (2014), 44–51, 47.

<sup>100</sup> Siehe vorn Ziff. II.3.

<sup>101</sup> Siehe die als Abs. 2 vorgeschlagene Formulierung bei *Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessefontet*, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004 (=SnA 21), 220: «Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung sowie diesen nahe stehende Personen haben der Gesellschaft überdies alle Leistungen zurückzuerstatten, welche unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft in einem [erheblichen/offensichtlichen] Missverhältnis zur Gegenleistung stehen» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>102</sup> Vgl. *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 30 N 43.

Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nachzuweisen.

## 5. Verjährung

Die Verjährungsregel von Art. 678a Abs. 1 VE-OR 2014 sieht (i) eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren nach Kenntnisnahme des Anspruchs durch die Gesellschaft oder den Kläger und (ii) eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren vor. Falls der Empfang der Leistung mit einem strafbaren Verhalten verbunden war, soll die Verjährung des Rückerstattungsanspruchs frühestens mit der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung eintreten (Art. 678a Abs. 2 VE-OR 2014). Beides erscheint vor dem Hintergrund der Harmonisierungsbestrebungen bezüglich der Verjährungsregelungen sinnvoll.<sup>103</sup>

## 6. Klageerhebung durch Generalversammlung

Art. 678 Abs. 5 VE-OR 2014 sieht vor, dass neu auch die Generalversammlung eine Klageerhebung beschliessen kann. Dies ist zweckmässig, da der Verwaltungsrat regelmässig gehemmt sein wird, gegen bestehende oder frühere Verwaltungsratsmitglieder Klage zu erheben.

## 7. Ausblick auf Neuregelung der Prozesskostenverteilung

Im laufenden Revisionsvorhaben wird ein Regime der Prozesskostenverteilung vorgeschlagen, das den spezifischen Bedürfnissen des Aktienrechts und insbesondere der Durchsetzung der Minderheitenrechte gerecht werden soll. Dieses beinhaltet im Wesentlichen ein Recht auf Einleitung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft, über welches primär die Generalversammlung und sekundär das zuständige Gericht urteilt (Art. 697j und 697k VE-OR 2014).<sup>104</sup> Ferner soll durch einen neuen Art. 107 Abs. 1<sup>bis</sup> ZPO klar gestellt werden, dass das Gericht bei abgewiesenen Aktionärsklagen auf Leistung an die Gesellschaft die

Kosten auch auf die nicht am Prozess beteiligte Gesellschaft verteilen kann.<sup>105</sup>

Eine neue Prozesskostenregelung kann viel dazu beitragen, prozessuale Hürden zu senken und die Durchsetzung der Rückerstattungspflicht nach Art. 678 OR zu erleichtern. Die Implementierung eines Vorverfahrens über die Kostentragung bei Aktionärsklagen ist im Allgemeinen zu begrüssen und wäre der Rechtssicherheit zuträglich. Die Regelung des VE-OR 2014 erscheint jedoch in der praktischen Anwendung langwierig und kompliziert. Dem Anspruch, Prozesshemmnisse abzubauen, dürfte ein direktes Gesuch an das Gericht ohne vorgängige Konsultation der Generalversammlung eher gerecht werden.<sup>106</sup>

## 8. Schlussbemerkungen

Materiell ist die Überarbeitung von Art. 678 OR zu begrüssen. Es ist insbesondere richtig, das zu restriktive Erfordernis des Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage aus dem geltenden Abs. 2 zu streichen und das Kriterium der Bösgläubigkeit aufzuheben. Dasselbe Ergebnis liesse sich jedoch wesentlich direkter und gesetzgebungstechnisch eleganter durch eine engere Orientierung am geltenden Wortlaut von Art. 678 OR erreichen. Ein ausformulierter Vorschlag findet sich in der Vernehmlassungseingabe unseres Lehrstuhls.<sup>107</sup>

Aus rechtsstaatlicher Sicht sollten Rechtsnormen klar und vorhersehbar sein. Gleichzeitig müssen die materiellen Regeln prozessual glaubwürdig durchsetzbar sein. Letzteres vermag die aktuelle aktienrechtliche Prozessordnung noch nicht lückenlos sicherzustellen. Eine effiziente Festlegung der Prozesskostentragung vor Erhebung der Klage würde zu dieser Glaubwürdigkeit beitragen.

<sup>103</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014 235–286, 243.

<sup>104</sup> Vgl. Erl. Ber. zum VE-OR 2014 (Fn. 6), 115 ff.

<sup>105</sup> Zur Debatte über den geltenden Art. 107 ZPO siehe vorn Ziff. II.6.

<sup>106</sup> Siehe den Vorschlag in der Vernehmlassungseingabe des Lehrstuhls von der Crone zur Revision des Aktienrechts, 13. März 2015, abrufbar unter <[http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/vdc/cont/Vernehmlassungseingabe\\_Revision\\_Aktienrecht\\_LSvdCR.pdf](http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/vdc/cont/Vernehmlassungseingabe_Revision_Aktienrecht_LSvdCR.pdf)>, 20; siehe auch Hans Caspar von der Crone/Benjamin Bloch, Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?, in: Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012 (Europa Institut Zürich 124), 83–119, 115 ff., m.w.Hw.

<sup>107</sup> Vernehmlassungseingabe von der Crone (Fn. 106), 18.