



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 734f OR

Eine Kommentierung von Lucas Forrer / Matthias Müller

Herausgegeben von Lukas Müller

Stand der Bearbeitung: 21.12.2022

PDF erstellt am: 06.10.2026

DOI: 10.17176/20230411-192948-0

ZITIERVORSCHLAG

Lucas Forrer / Matthias Müller, Kommentierung zu Art. 734f OR, in: Lukas Müller (Hrsg.),
Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Forrer / Müller, N XXX zu Art. 734f OR.

VII. Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung

Art. 734f

Sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 Prozent im Verwaltungsrat und zu 20 Prozent in der Geschäftsleitung vertreten ist, sind im Vergütungsbericht bei Gesellschaften, welche die Schwellenwerte gemäss Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 überschreiten, anzugeben:

die Gründe, weshalb die Geschlechter nicht wie vorgesehen vertreten sind; und
die Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts.

GLIEDERUNG

I. Einführung	3
A. Gehalt und Hintergrund der Vorschrift im Überblick	3
B. Normzweck	3
C. Rechtstatsächliche Ausgangslage; Vergleich mit dem Ausland	4
D. Verfassungsrechtliche Ausgangslage	4
II. Entstehungsgeschichte	6
A. Rechtslage vor der Aktienrechtsnovelle 2020	6
1. Gesetz	6
a. Auf Stufe Verwaltungsrat	6
b. Auf Stufe Geschäftsleitung	6
2. Selbstregulierung	6
B. Gang der Gesetzgebungsarbeiten Siehe eingehend zum Gang der Gesetzgebungsarbeiten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1019 ff.; siehe auch die Zusammenfassung bei Forstmoser/Küchler, N. 3 ff. zu Art. 734f OR	7
C. Inkrafttreten	7
III. Rechtssystematik und Rechtsnatur	8
A. Systematische Stellung im Gesetz	8
B. Allgemeiner Charakter der Norm	8
1. Zwingende Norm	8
2. Lex specialis	8
3. Atypische Comply-or-explain-Norm	9
a. Normtheoretische Einordnung; typische und atypische Normen	9
b. Kritik am Comply-or-explain-Konzept	10
IV. Tatbestand	11
A. Persönlicher Anwendungsbereich	11
1. Persönlich-räumlicher Geltungsbereich	11
a. Inkorporation in der Schweiz; Börsenkotierung; doppelter Schwellenwert	11
b. "Opt-in"	12
2. Persönlich-sachlicher Geltungsbereich	13
3. Normadressaten	13
B. Höhe und Bemessung der Richtwerte	14
1. Höhe	14
2. Bemessungsgrundlage; Berechnung	14
3. Praktische Umsetzung	15
C. Zeitlicher Anwendungsbereich (Übergangsfrist)	15
V. Rechtsfolgen	16
A. Comply or explain	16
B. Berichterstattungspflicht	16
1. Gefäss für den Bericht: Vergütungsbericht	16
2. Inhalt und Dichte des Berichts	17
3. Prüfung durch die Revisionsstelle	18
VI. Rechtsdurchsetzung	20
A. Instrumente des Aktionärs	20
1. Überblick	20
2. Recht auf Auskunft und Einsicht	21
3. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit	22
B. Anspruch auf "Einstellung"?	23
Materialien	23
Literaturverzeichnis	24

I. EINFÜHRUNG

A. Gehalt und Hintergrund der Vorschrift im Überblick

- 1 Art. 734f OR verankert erstmals verbindliche Geschlechterrichtwerte im schweizerischen Aktienrecht. Demnach müssen die von der Norm erfassten Gesellschaften,¹ wenn die gesetzlichen Richtwerte nicht erreicht sind, über die Gründe für diese Untervertretung und über die Massnahmen zur Förderung des untervertretenen Geschlechts Bericht erstatten. Im politischen Alltag wird der Begriff der Geschlechterrichtwerte auch mit dem eingängigen, aber wenig präzisen Schlagwort "Frauenquote" bedacht. Schon ein Blick auf diesen gesetzlichen Mechanismus offenbart nämlich, dass es sich nicht um eine wirkliche Quote handelt, sondern nur (aber immerhin) um einen Richtwert mit Verbindlichkeit "minderen Grades". Von dieser Besonderheit wird noch im Einzelnen zu handeln sein.² Im Gegensatz zu vielen ausländischen Pendants³ zeichnet sich Art. 734f OR durch die vielgerühmte helvetische ("freundeidgenössische") Neigung zum Kompromiss und zur Mässigung aus.
- 2 Art. 734f OR ist eine genuin gesellschaftspolitisch (und damit rechtspolitisch) motivierte Vorschrift. Sie ist Ausdruck des Zugs unserer Zeit, in dem das Private und das Öffentliche in zunehmende Verquickung miteinander treten. "Frauenförderung" sei nicht mehr nur eine Angelegenheit des Staates (der Öffentlichkeit), sondern auch privater Unternehmen. Es ist denn auch nicht verwunderlich, dass die Aktienrechtsnovelle von 2020 durchaus samt und sonders an dieser einen, mit Blick auf das Ganze kaum entscheidenden Vorschrift zu scheitern drohte – so sehr vermochte sie die politischen Gemüter zu erhitzen!⁴ Jedenfalls im aktienrechtlichen Schrifttum sind zu Recht Bedenken laut geworden, dass das Aktienrecht, seiner herausragenden Bedeutung für das Wirtschaftsleben zum Trotz, nicht der geeignete Ort zur Verwirklichung gesellschaftspolitischer Desiderata sei.⁵ Die Gleichstellung der Geschlechter ist ein gesamtgesellschaftliches und gesamtwirtschaftliches Thema; ein innerer, enger, ausschliesslicher Zusammenhang mit dem Aktienrecht ist ihm fremd.⁶ Das Ziel des Aktienrechts (des Gesellschaftsrechts überhaupt) ist es vielmehr, im Interesse der wirtschaftlichen "Eigentümer" der Gesellschaft (bei der Aktiengesellschaft also der Aktionäre) die Funktionsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Organisation zu gewährleisten; Aktiengesellschaften, auch börsennotierte, sind nicht Teil der (politischen) Öffentlichkeit, sondern Subjekte der Privatrechtsordnung im Dienste ihrer Eigentümer (Aktionäre).⁷ Der Gesetzgeber braucht sich in seiner Machtvollkommenheit freilich um derlei prinzipielle systematische und theoretische Überlegungen nicht zu kümmern.⁸

B. Normzweck

- 3 Zweck von Art. 734f OR ist die Verwirklichung des dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich aufgegebenen Auftrags zur tatsächlichen Gleichstellung von Männern und Frauen in der Arbeit (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV).⁹ Seinem Wortlaut nach nimmt die Vorschrift zwar nicht Bezug auf ein bestimmtes

1. Siehe hinten N. 23 ff.

2. Siehe hinten N. 19 ff und 36.

3. Siehe zur Rechtsvergleichung hinten N. 4.

4. Siehe hinten N. 14.

5. Böckli, Blütenlese, S. 4 f.; ZK-Bühler, N. 81 zu Art. 707 OR; ders., Corporate Governance, S. 353; ders., Regulierungstendenzen, S. 18; Hofstetter, Grundlagenbericht, S. 15; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1030; Kunz, S. 422 f.; Rioult, Geschlechterrichtwerte, Rz. 23 f.; ders., Diversity, S. 229 und 232 ff.; von der Crone/Daeniker, S. 463; in der Tendenz ebenso Grosz, S. 520 f.; von der Crone, Vernehmlassung, S. 15; vgl. auch Vogt, S. 21; a.M. Frei, S. 179; Friederici, S. 93 f.; Schenker, S. 475; Stojanovic, S. 177.

6. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1030.

7. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 10 Rz. 288 f.

8. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1030.

Geschlecht und ist insoweit neutral formuliert, doch ergibt sich aus der rechtstatsächlichen Ausgangslage und aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift¹⁰ zweifellos, dass die Vorschrift die Erhöhung des Anteils der Frauen im Management zum Ziel hat.¹¹ Die Vorschrift soll, so die Botschaft des Bundesrates, der Wirtschaft ein deutliches Zeichen setzen, die "Bemühungen zur aktiven und umfassenden Kaderförderung von Frauen, dem noch immer deutlich untervertretenen Geschlecht im obersten Kader, zu intensivieren"¹². Die Bestimmung will allerdings nicht ein bestimmtes Geschlechterverhältnis im Management mit Zwang durchsetzen; sie will nur mittels Berichterstattungspflicht darauf hinwirken.¹³

C. Rechtstatsächliche Ausgangslage; Vergleich mit dem Ausland

- 4 Empirisch steht fest: Frauen sind in den Führungsetagen grosser (meist börsenkotierter) Unternehmen in der Schweiz weniger stark vertreten als Männer. Es ist aber seit Längerem eine Entwicklung hin zu einer ausgewogenen Repräsentation beider Geschlechter sowohl in den Verwaltungsräten als auch in den Geschäftsleitungen solcher Unternehmen erkennbar. Nicht nur wird mitunter medienwirksam erklärt, den Frauenanteil in den kommenden Jahren in den wichtigsten Führungspositionen deutlich erhöhen zu wollen.¹⁴ Seit 2012 ist überdies seitens der Investoren gar eine klare Präferenz für weibliche Verwaltungsratsmitglieder ersichtlich – obschon die Geschlechterrichtwerte erst Ende 2014 offiziell in die Revision des Aktienrechts aufgenommen worden sind.¹⁵ Gemäss dem Schillingreport 2022 beläuft sich der Frauenanteil in den Verwaltungsräten der 100 wichtigsten Schweizer Unternehmen mittlerweile auf 26 Prozent (2010: 10 Prozent), in den Geschäftsleitungen auf 17 Prozent (2005: 4 Prozent). Bei den SMI-kotierten Unternehmen liegt der Frauenanteil etwas höher: in den Verwaltungsräten 30 Prozent (2010: 11 Prozent), in den Geschäftsleitungen 19 Prozent (2010: 5 Prozent).¹⁶ Im europäischen Vergleich besetzt die Schweiz mit diesen Werten indes einen Platz im hinteren Mittelfeld: Gemäss dem European Women on Boards-Netzwerk steht die Schweiz auf Platz 15 von 19, was den Frauenanteil im Verwaltungsrat, und auf Platz 14, was die Geschäftsleitungen betrifft.¹⁷ Der (gegenwärtige) Rückstand gegenüber den europäischen Staaten lässt sich wohl dadurch erklären, dass dort seit Jahren Bestrebungen im Gange sind, den Frauenanteil in den Führungsetagen merklich zu erhöhen, namentlich mittels verbindlicher Geschlechterquoten.¹⁸

D. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

- 5 Die mit der Einführung von Geschlechterrichtwerten verbundenen verfassungsrechtlichen Fragen können und sollen an dieser Stelle nicht im Einzelnen erörtert werden. Art. 734f OR greift in die

9. Siehe zur verfassungsrechtlichen Ausgangslage näher hinten N. 5 ff.

10. Siehe näher hinten N. 4 und 8 ff.

11. Botschaft 2016, S. 452 f. und 592; Stojanovic, S. 178 f.; siehe auch Friederici, S. 92 Fn. 2 und S. 94 mit Fn. 22; Bericht VE-OR 2014, S. 41 und 151 f.

12. Botschaft 2016, S. 592; ähnlich schon Bericht VE-OR 2014, S. 152.

13. Siehe dazu näher hinten N. 37 ff. – Jedenfalls irreführend sind folglich im Schrifttum anzutreffende Aussagen, wonach, über die Richtwerte von 20 bzw. 30 Prozent hinaus, eine Quote von 50 Prozent anzustreben sei und in den Richtwerten des Art. 734f OR insoweit nur Minimalvorgaben zu erblicken seien (so etwa Friederici, S. 96). Bei zutreffender Betrachtung findet der Normzweck seine Grundlage und ebenso seine Grenzen in der Norm selbst – und nicht in irgendwelchen von der Norm losgelösten rechtspolitischen Desiderata.

14. Vgl. etwa den von Nestlé verabschiedeten Plan, den Frauenanteil bis 2022 in den 200 wichtigsten Führungspositionen auf 30 Prozent zu erhöhen. Siehe Finanz und Wirtschaft vom 6. März 2019, "Nestlé gibt sich eine Frauenquote", <https://www.fuw.ch/article/nestle-gibt-sich-eine-frauenquote> (besucht am: 4.1.2022).

15. Schneider/Wagner/Wenk Bernasconi, S. 676. – Dieser Umstand mag erstaunen, da sich Gender-Diversity in den Leitungsgremien nicht zwingend positiv auf den Aktienkurs eines börsenkotierten Unternehmens auswirkt. Für einen Überblick (aus der umfangreichen amerikanischen Literatur) siehe statt vieler Fried, S. 5 f. (eine Geschlechterquote bzw. Comply-or-Explain-Regelung in der Tendenz ablehnend), und Painter, S. 203 ff. (Gender-Diversity befürwortend).

16. Zum Gesagten Medienmitteilung Schilling-Report 2022. Der schriftliche Bericht wird im Mai 2022 erscheinen.

grundrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit, die unter anderem das Recht der Männer auf freien Zugang zu privatwirtschaftlichen Erwerbs- und Geschäftstätigkeiten sowie das Recht privater Gesellschaften auf freie Wahl ihrer Arbeitsbeziehungen und auf freie Gestaltung ihrer Organisation (Freiheit, die Zusammensetzung der eigenen Leitungsorgane selber zu bestimmen) umfasst, ein.

- 6 Das hiesige Schrifttum vertritt unter Berufung auf Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV indes die Auffassung, dass sich die Geschlechterrichtwerte und der gewählte *Comply-or-explain*-Ansatz¹⁹ als vergleichsweise "milde" Massnahmen innerhalb der rechtlichen Vorgaben bewegen; sie seien letztlich verhältnis- und verfassungsmässige Eingriffe in die tangierten Grundrechte.²⁰ Auch der Bundesrat hielt in seiner Botschaft zum neuen Aktienrecht fest, dass angesichts der Verpflichtung, die Nicht-Einhaltung der Geschlechterrichtwerte nur erklären zu müssen, die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit verhältnismässig sei. Als Rechtfertigungsgrund für die staatliche Intervention diene Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV, wonach das Gesetz für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau, insbesondere bei der Arbeit, zu sorgen habe; dies umfasse auch Massnahmen zur Kompensation der Unterrepräsentanz der Frauen in den Leitungsorganen privater Unternehmen oder die Vorgabe von Zielgrössen.²¹
- 7 Gegen diese Begründung des Bundesrates sowie des Schrifttums ist in der Literatur zu Recht Kritik erhoben worden: Aus der empirisch festgestellten Unterrepräsentanz von Frauen in den Leitungsorganen kann nämlich nicht ohne Weiteres auf eine fehlende Gleichstellung (Diskriminierung) geschlossen werden. Das Bundesgericht hat einer Ergebnisgleichheit in diesem Sinne vielmehr eine klare Absage erteilt.²² Ungeachtet dessen dürften letztlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, welche die Geschlechterrichtwerte schlechterdings verfassungswidrig erscheinen liessen. Freilich bleibt mit oder trotz der Bejahung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Geschlechterrichtwerten die rechtspolitische Frage nach der Sinnhaftigkeit ihrer Einführung in der Privatwirtschaft unbeantwortet. Der Fokus der Geschlechterrichtwerte einzig auf der ausgewogenen Vertretung beider Geschlechter im obersten Management hiesiger Grossunternehmen könnte von den tatsächlichen Herausforderungen für die Gleichstellung der Geschlechter ablenken, die etwa im Bereich der Herstellung von Bedingungen für die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf liegen.²³

18. Geschlechterquoten sind in Europa überwiegend nur für den Verwaltungsrat vorgesehen: So etwa in Belgien (33 Prozent), Italien (33 Prozent), Portugal (33 Prozent), Frankreich (40 Prozent), Norwegen (40 Prozent), Deutschland (30 Prozent) und Österreich (30 Prozent). Siehe dazu Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1018 m.w.H. – Auch die Europäische Union ist nicht untätig geblieben: Die Europäische Kommission hat am 7. Juni 2022 bekanntgegeben, dass eine politische Einigung über einen von ihr bereits im Jahre 2012 unterbreiteten Vorschlag für eine entsprechende Richtlinie erzielt worden sei. Die EU-Mitgliedstaaten müssen sich bei der Umsetzung dieser Richtlinie für eines von zwei Modellen entscheiden: Entweder müssen mindestens 40 Prozent der nicht geschäftsführenden Mitglieder des Aufsichtsrates einer börsenkotierten Gesellschaft oder aber mindestens 33 Prozent der Mitglieder des Aufsichtsrates und des Vorstandes gesamthaft dem unterrepräsentierten Geschlecht angehören. Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 7. Juni 2022, "Kommission begrüsst politische Einigung auf Geschlechterquoten für Leitungsorgane von Unternehmen", https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_22_3478 (besucht am: 5.7.2022).

17. Siehe die Länder-Zusammenfassung beim Gender Diversity Index 2021, S. 27.

19. Siehe zu diesem Ansatz ausführlich hinten N. 19 ff.

20. Siehe statt vieler Grosz, S. 511 ff., insbesondere 521 ff.; Ueberschlag, S. 907 ff.; ferner Friederici, S. 93.

21. Botschaft 2016, S. 453 f., mit Hinweis auf BGE 116 Ib 270 E. 7.

22. So von der Crone/Angstmann, S. 16 f.; vgl. BGE 123 I 152 E. 7; BGE 125 I 21 E. 3d/cc; kritisch zur dahin gehenden Begründung des Bundesrates in der Botschaft 2016 (S. 453) auch Friederici, S. 93 Fn. 8.

23. Im Übrigen stellt sich die Frage, ob nicht Massnahmen zur Förderung von Frauen, die auf der Ebene unterhalb der Geschäftsleitung ansetzen, eher geeignet sind, den Frauenanteil in der Geschäftsleitung zu erhöhen, da auf diesem Wege das Reservoir potentiell geeigneter Frauen eher erweitert wird. – Vgl. zur Kritik am alleinigen Fokus auf Geschlechterrichtwerte auch OFK-Müller, N. 10 zu Art. 734f OR.

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

A. Rechtslage vor der Aktienrechtsnovelle 2020

1. Gesetz

a. Auf Stufe Verwaltungsrat

- 8 Dem schweizerischen Aktienrecht waren gesetzlich verpflichtende Quoten oder Richtwerte zur Vertretung der Geschlechter bislang fremd. Der Generalversammlung stand es vor Inkrafttreten von Art. 734f OR per 1. Januar 2021 frei, mit Wirkung für den Verwaltungsrat eine statutarische Wählbarkeitsvoraussetzung einzuführen, die darauf abzielte, eine bestimmte (prozentuale) Mindestvertretung der Geschlechter sicherzustellen. Die Frage nach der Zulässigkeit einer auf das Geschlecht ausgerichteten Wählbarkeitsvoraussetzung wurde im juristischen Schrifttum bislang nur cursorisch diskutiert.²⁴ Als Einwand gegen die Zulässigkeit einer statutarischen Regelung betreffend die Geschlechtervertretung wurden insbesondere der Persönlichkeitsschutz und das Gleichbehandlungsgebot geltend gemacht.²⁵ Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Es erschliesst sich nämlich nicht, weshalb die Berücksichtigung anderer persönlicher Eigenschaften wie des Alters oder der Nationalität in den Statuten zulässig sein soll, des Geschlechts hingegen nicht.²⁶ Die Generalversammlung (einer börsenkotierten Gesellschaft) hatte also bereits unter der Herrschaft des alten Rechts die Möglichkeit, eine Geschlechterregelung auf Stufe des Verwaltungsrates zu treffen.²⁷

b. Auf Stufe Geschäftsleitung

- 9 Die Generalversammlung kann die Delegationskompetenz des Verwaltungsrates im Wege einer statutarischen Bestimmung beschränken (Art. 627 Ziff. 12 OR bzw. künftig Art. 716b Abs. 1 revOR).²⁸ Somit waren bzw. sind sowohl vor als auch nach dem Inkrafttreten von Art. 734f OR nicht nur statutarische Vorgaben zur angemessenen Vertretung der Geschlechter, sondern auch prozentuale Quoten in der Geschäftsleitung als zulässig zu betrachten.²⁹

2. Selbstregulierung

- 10 Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (Swiss Code) enthielt lange Zeit keine Regelung betreffend die Vertretung der Geschlechter in Führungsgremien. Vor dem Hintergrund der politischen Diskussion rund um die Forderung nach einer stärkeren Vertretung von Frauen in Führungsgremien empfiehlt der Swiss Code in der revidierten Fassung von 2014 unter Ziffer 12 ("Zusammensetzung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung"), dass dem Verwaltungsrat sowohl männliche als auch weibliche Mitglieder angehören sollen, verbunden mit der Verpflichtung zu

24. Bejahend ZK-Bürgi, N. 12 zu Art. 707 OR; ZK-Homburger, N. 127 zu Art. 707; verneinend Roland Müller/Lipp/Plüss, Rz. 1.70 (siehe aber auch Rz. 1.71).

25. Müller/Lipp/Plüss, Rz. 1.69.

26. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1016. – Auch in Deutschland ist die Einführung persönlicher Voraussetzungen für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, die auf das Geschlecht abstellen, zulässig. Siehe dazu statt vieler Habersack, Münchener Kommentar N. 18 und 58 zu § 100 AktG.

27. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1016; Rioult, Diversity, S. 150 f.

28. BGE 137 III 503 E. 4.2, in: Pra 2012, Nr. 64; siehe auch Junod, quotas, S. 382, bei und in Fn. 11.

29. Differenziert Bertschinger, Delegation, S. 301 f.; Rioult, Diversity, S. 162 f.; vgl. auch Burg/von der Crone, S. 70, die sich in Bezug auf statutarische Vorgaben zu Gunsten von personenbezogenen Kriterien aussprechen. Der Cour de justice Genf hält demgegenüber generell fest: "[L]'assemblée générale n'est indubitablement pas compétente pour définir les qualités personnelles ou professionnelles ou les caractéristiques particulières que doivent avoir les délégués." (Arrêt de la Cour de justice Genf, ACJC/562/2011 vom 2. Mai 2011, E. 5.2.3).

"*comply or explain*".³⁰ Zugleich wird aber hervorgehoben, dass Kandidaten beider Geschlechter die erforderlichen Fähigkeiten für eine eigenständige Willensbildung mitbringen müssten, damit der kritische Gedankenaustausch mit der Geschäftsleitung gewährleistet sei.³¹

B. Gang der Gesetzgebungsarbeiten³²

- 11 Weder der Vorentwurf 2005 noch der Entwurf 2007 zum neuen Aktienrecht sahen Bestimmungen zur Zusammensetzung des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung vor. Ebenso wenig wurden Transparenzvorschriften für Gender Diversity in der Unternehmensführung aufgenommen. Erst im Vorentwurf vom 28. November 2014 hat der Bundesrat einen Vorschlag für eine gesetzliche Bestimmung betreffend Gender Diversity unterbreitet, der nahezu identisch mit der heutigen Regelung von Art. 734f OR war ("Richtwerte für die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung" von grösseren börsenkotierten Gesellschaften).
- 12 Im Rahmen der Vernehmlassung wurde das Ziel einer besseren Vertretung der Frauen in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung von börsenkotierten Gesellschaften zwar allgemein als erstrebenswert erachtet. Hinsichtlich der konkreten Umsetzung sind die Stellungnahmen jedoch kontrovers ausgefallen. Wirtschaftsverbände und bürgerliche Parteien verlangten den Verzicht auf eine Gesetzesnorm.³³ Eine diametral entgegengesetzte Position nahmen diverse Frauenrechtsorganisationen und dem sozialdemokratischen Spektrum zugehörige Parteien ein, welche die Regelung begrüßten und mitunter griffigere Kontrollmechanismen sowie wirksamere Sanktionen forderten.³⁴
- 13 Trotz dieser Ausgangslage hielt der Bundesrat im Entwurf 2016 an seinem ursprünglichen Vorschlag aus dem Jahre 2014 fest, wobei es im Unterschied zu den im Vorentwurf 2014 geforderten 30 Prozent Frauen in Geschäftsleitungen es nun bloss 20 Prozent sein sollten, und dies nach einer längeren Übergangsfrist von zehn statt fünf Jahren. Für Verwaltungsräte blieb es beim Vorschlag des Vorentwurfs 2014.³⁵
- 14 Der Nationalrat stimmte der vom Bundesrat im Entwurf 2016 vorgeschlagenen Regelung in der Sommersession 2018 nach hitzigen Diskussionen zu – mit einer Stimme Mehrheit. Am 19. Juni 2019 schloss sich der Ständerat mit 27 zu 13 Stimmen dem Nationalrat an.

C. Inkrafttreten

- 15 Die Aktienrechtsrevision wurde am 16. Juni 2020 verabschiedet. Im Gegensatz zu den übrigen Anpassungen bedurfte die Einführung der Geschlechterrichtwerte keiner Ausführungsbestimmungen. Der Bundesrat hat deshalb die entsprechenden Bestimmungen zu den Geschlechterrichtwerten an seiner Sitzung vom 11. September 2020 auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt.³⁶

30. Der Grundsatz «comply or explain» ist in der Präambel zum Swiss Code verankert. Von den Adressaten des Swiss Code (in erster Linie börsenkotierte Gesellschaft) wird also erwartet, dass sie sich an die Empfehlungen des Swiss Code halten oder erklären, weshalb sie es nicht tun. Siehe auch Hofstetter, Swiss Code, S. 173.

31. Siehe ausführlich zur Einführung dieser Empfehlung Hofstetter, Grundlagenbericht, S. 13 ff.

32. Siehe eingehend zum Gang der Gesetzgebungsarbeiten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1019 ff.; siehe auch die Zusammenfassung bei Forstmoser/Küchler, N. 3 ff. zu Art. 734f OR.

33. Siehe zu den Argumenten der bürgerlichen Parteien und der Wirtschaftsverbände Bericht Vernehmlassung VE-OR 2014, S. 25.

34. Siehe zu den Argumenten der sozialdemokratischen Parteien und der Frauenverbände Bericht Vernehmlassung VE-OR 2014, S. 25.

35. Zu den Argumenten des Bundesrates siehe Botschaft 2016, S. 453 ff., 662.

36. AS 2020 4005 ff., 4063.

III. RECHTSSYSTEMATIK UND RECHTSNATUR

A. Systematische Stellung im Gesetz

- 16 Art. 734f OR wird sich künftig im vierten Abschnitt betreffend Vergütungen von börsenkotierten Aktiengesellschaften (Art. 732 ff. revOR) befinden, der im Zuge der Aktienrechtsrevision vom Sommer 2020 zur Überführung der VegüV ins OR aufgenommen worden ist und *in globo* mit Wirkung per 1. Januar 2023 in Kraft treten wird,^{37 38} und wird ausweislich seiner Marginalie künftig eingeordnet sein in die Vorschriften zum Vergütungsbericht (Art. 734 ff. revOR). Zwischen Vorschriften, welche die Vergütung des Managements, und solchen, die Geschlechterrichtwerte regeln, besteht allerdings kein dogmatischer oder auch bloss thematischer Zusammenhang.³⁹ Die einzige Gemeinsamkeit besteht darin, dass sie beide der Verwirklichung gesellschaftspolitischer Begehrlichkeiten dienen: dort der Verhinderung von "Abzocke" durch das Management, hier der Schaffung von "Gleichstellung" im Management.⁴⁰ Der Bundesrat hat die gesetzssystematische Anknüpfung an den Vergütungsbericht damit begründet, dass dadurch die Einrichtung eines neuen Instruments im Aktienrecht vermieden werden könne.⁴¹ Obwohl aus Gründen dogmatisch-systematischer "Reinheit" eine Einordnung der Vorschriften über Geschlechterrichtwerte bei den Bestimmungen über die Zusammensetzung des Verwaltungsrates (Art. 707 ff. OR) vorzugswürdig gewesen wäre, entspricht die pragmatische Argumentation des Bundesrates wohl durchaus dem helvetischen Hang zur Praktikabilität.⁴²

B. Allgemeiner Charakter der Norm

1. Zwingende Norm

- 17 Art. 734f OR ist zwingendes Recht.⁴³ Dies ergibt sich zwar nicht ohne Weiteres aus dem Wortlaut der Norm, doch lässt die Auslegung, insbesondere mit Blick auf den Normzweck, vernünftigerweise keinen anderen Schluss zu.⁴⁴ Vermöchte die Gesellschaft die Vorschriften über Geschlechterrichtwerte abzubedingen, etwa in ihren Statuten, so würde die Absicht des Gesetzgebers gleichsam *ad absurdum* geführt. Zum Gesetz erhobene rechtspolitische Anliegen aller Art müssen denn auch in aller Regel zwingender Natur sein. Der "Zwangsgrad" von Art. 734f OR ist wegen der besonderen Rechtsnatur dieser Norm indes vermindert.⁴⁵

2. Lex specialis

- 18 Art. 734f OR ist eine *lex specialis*. Diese Charakterisierung ist freilich wenig aussagekräftig, solange nicht dargetan wird, inwieweit der Anwendungsbereich dieser *lex specialis* reicht und wie ihr Verhältnis zur *lex generalis* ist. Die Regel "lex specialis derogat legi generali" ist eine rein formale und daher wenig ergiebige Regel, die erst durch Auslegung der *lex specialis* an Aussagekraft gewinnt,

37. Botschaft 2016, S. 447 und 584; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022.

38. Siehe zum legistischen Versehen im Zusammenhang mit Art. 734f OR und Art. 732 revOR und zum gestaffelten Inkrafttreten von Art. 732 ff. revOR hinten N. 23 Fn. 71.

39. Bertschinger, Vernehmlassung, Rz. 102; Friederici, S. 98; Grosz, S. 520; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022; Schenker, S. 475.

40. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022.

41. Botschaft 2016, S. 592.

42. Siehe Schenker, S. 475; vgl. auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022. Siehe sodann allgemein das berühmte Urteil BGE 67 II 70 E. 2: "Es ist jedoch eine doktrinaire Überspannung [...]. [In der Schweiz] [hat] seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht [...]."

43. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1028 f. mit Fn. 108.

44. Siehe allgemein etwa Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 7 Rz. 13.

45. Siehe hinten N. 19 ff. und 36.

wobei vor allem die Teleologie eine gewichtige Rolle spielt. Mit Blick auf Art. 734f OR ist Folgendes zu sagen: Wenn alle Tatbestandsmerkmale dieser Norm erfüllt sind, dann verdrängt (derogiert) sie Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR betreffend das freie Recht der Generalversammlung zur Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und Art. 716b Abs. 1 OR betreffend die Befugnis des Verwaltungsrates zur freien Auswahl jener Personen, denen er die Geschäftsleitung zu übertragen gedenkt. Die Derogation tritt freilich nur im Ausmass des Anwendungsbereichs von Art. 734f OR und der durch diese Norm angeordneten Rechtsfolgen ein. Konkret: Da die Rechtsfolge von Art. 734f OR – nämlich: Begründungspflicht⁴⁶ – nicht in unversöhnlichem Widerstreit zu den Rechtsfolgen von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR bzw. Art. 716b Abs. 1 OR – nämlich: Rechtswirksamkeit des Wahl- bzw. Übertragungsaktes – steht, werden diese Rechtsfolgen nicht durch jene Rechtsfolge verdrängt. Zwar ist Art. 734f OR eine *lex specialis* gegenüber diesen beiden Vorschriften, doch ist zum einen sein Anwendungsbereich begrenzt und tritt zum andern seine Rechtsfolge nur zu jenen hinzu, die von diesen *leges generales* angeordnet werden, ohne diese zu verdrängen (derogieren).

3. Atypische Comply-or-explain-Norm

a. Normtheoretische Einordnung; typische und atypische Normen

- 19 Erfüllt ein Unternehmen die Richtwerte gemäss Art. 734f OR nicht, so muss es im Vergütungsbericht dartun, aus welchen Gründen das Geschlecht nicht in dem in dieser Vorschrift vorgesehenen Verhältnis im Verwaltungsrat bzw. in der Geschäftsleitung vertreten ist und welche Massnahmen es zur Förderung dieses Geschlechts ergreifen will. Im Gegensatz zu anderen Staaten – etwa Deutschland oder Norwegen⁴⁷ – besteht in der Schweiz keine verbindliche Quote, deren Verletzung "harte" rechtliche Sanktionen zeitigte (wie etwa Nichtigkeit des Wahlaktes oder sogar ein Bussgeld).⁴⁸ Die Rechtsfolge ist vielmehr die Pflicht zur Begründung "normwidrigen" Verhaltens. Diese rechtstechnische Methode wird als "*comply or explain*" bezeichnet.⁴⁹ Aufgrund dieser Begründungspflicht handelt es sich bei Art. 734f OR nicht um eine *lex imperfecta* (eine Norm, deren Verletzung keine Rechtsfolge vorsieht); eine eigentliche *lex minus quam perfecta* (eine Norm, deren Verletzung zwar nicht die Nichtigkeit des Rechtsaktes, aber doch eine Sanktion nach sich zieht) dürfte indes ebenso wenig vorliegen. Letztlich bewegt sich Art. 734f OR wohl irgendwo im Mittelbereich.⁵⁰
- 20 Die *Comply-or-explain*-Technik entstammt dem angelsächsischen Rechtsraum.⁵¹ In der Schweiz findet sie vor allem in der Selbstregulierung Anwendung (vgl. etwa Art. 7 RLCG sowie die Präambel des Swiss Code); dem Obligationenrecht war sie hingegen fremd⁵² – jedenfalls bis zum Inkrafttreten von Art. 734f OR. Eine *Comply-or-explain*-Bestimmung zeichnet sich durch eine Minderung ihrer normativen Wirkkraft (ihres Grades an Verbindlichkeit, ihres "Zwangsgrades") im Vergleich zu "gewöhnlichen" Normen aus. Sie gestattet dem Normadressaten, sich dem "Befehl" des Gesetzes durch Begründung der Nichtbefolgung zu entziehen. Diese Regelungstechnik schafft dadurch Spielraum für die sachlich angemessene Erfassung besonderer Fälle (Ermessen) und erhöht mithin – was

46. Siehe hinten N. 37 ff.

47. Siehe zur Rechtsvergleichung vorn N. 4.

48. Vgl. Grosz, S. 517; OFK-Müller, N. 7 zu Art. 734f OR; Poggio/Zihler, S. 83; Ueberschlag, S. 908; siehe auch Friederici, S. 97; Müller/Lipp/Plüss, Rz. 1.43; Stojanovic, S. 179 f.

49. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024; dies., Frauenquote, S. 11.

50. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024 Fn. 72, nach deren Auffassung Art. 734f OR zwar keine *lex imperfecta* sei, sich wegen dessen Wirkkraft "minderen Grades" einer solchen aber durchaus annähere. Siehe ferner OFK-Müller, N. 7 zu Art. 734f OR.

51. Siehe Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024 m.w.H. in Fn. 73.

52. Junod, dilemma, S. 478; siehe auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024.

insbesondere bei derart stark gesellschaftspolitisch motivierten Bestimmungen wie Art. 734f OR⁵³ nicht zu vernachlässigen ist – auch die (politische) Akzeptanz der Vorschrift.⁵⁴

- 21 Im Lichte dieser Überlegungen erweist sich Art. 734f OR indes als atypische Form einer *Comply-or-explain*-Vorschrift. In ihrer typischen, "reinen" Gestalt statuiert eine *Comply-or-explain*-Norm in ihrem Tatbestand ("wenn") zunächst eine Pflicht und bestimmt sodann in ihrer Rechtsfolge ("dann"), wie die Verletzung dieser Pflicht zu begründen ist. Von diesem Schema weicht Art. 734f OR insoweit ab, als es, genau besehen, einer Pflicht im Tatbestand mangelt: Eine Pflicht im Sinne einer Mindestquote für ein bestimmtes Geschlechterverhältnis besteht nämlich von vornherein überhaupt nicht (im Wortlaut ist nicht einmal von "Richtwert" die Rede,⁵⁵ wiewohl die Botschaft des Bundesrates sich dieses Begriffs verschiedentlich bedient⁵⁶). Folglich verlangt das Gesetz im Falle von "*non-compliance*" auch keine Exkulpation seitens der Gesellschaft, sondern lediglich eine Begründung für die Untervertretung des Geschlechts.⁵⁷ Die in der Lehre geäusserte Auffassung, wonach "*explain*" mit Rücksicht auf den Zweck von Art. 734f OR kein Ersatz für "*comply*" sein könne und mithin eine echte Pflicht zur Beachtung des Richtwerts im Gesetz verankere,⁵⁸ verkennt nach der hier vertretenen Ansicht den atypischen Charakter dieser Norm. Zwar ist es zweifellos richtig, dass der Gesetzgeber mit Art. 734f OR die Gleichstellung der Geschlechter fördern wollte, doch hat er sich ganz bewusst (auch im Sinne eines politischen Kompromisses) für die atypische Variante der *Comply-or-explain*-Technik entschieden. Diese grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers darf nicht mit einem blossen Hinweis auf den (vermeintlichen) Normzweck beiseitegeschoben werden.⁵⁹

b. Kritik am Comply-or-explain-Konzept

- 22 Mangels Androhung "harter" (zivil-, geschweige denn strafrechtlicher) Sanktionen⁶⁰ ist die Wirkung des *Comply-or-explain*-Konzepts in der Lehre verschiedentlich in Zweifel gezogen worden.⁶¹ Richtig ist: Den Gesellschaften steht es frei, ob sie die in Art. 734f OR vorgesehenen Richtwerte erfüllen wollen oder nicht; es handelt sich bei ihnen nicht um "Zwangsquoten". Zwang besteht aber sehr wohl mit Bezug zur Berichterstattungspflicht.⁶² Der sich daraus ergebende (im Kern zutreffende) Schluss, dass es sich bei Art. 734f OR am ehesten um eine Transparenzvorschrift handelt, ist allerdings zu mildern. Aus Gründen der Reputation und der "*political correctness*" wird vermutlich ein faktischer bzw. sozialer oder wirtschaftlicher Zwang zur "freiwilligen" Einhaltung der Geschlechterrichtwerte entstehen.⁶³ Der Gesetzgeber hat es der Selbstregulierungskraft der Kapitalmärkte überlassen, eine disziplinierende oder sogar sanktionierende Wirkung auf die betroffenen Gesellschaften auszuüben.⁶⁴ Diese Wirkung wird allerdings nur dann eintreten können, wenn Art. 734f OR von den Teilnehmern des Kapitalmarkts akzeptiert und sich mithin durchsetzen können wird⁶⁵ – wovon mit Blick auf den

53. Siehe dazu vorn N. 2.

54. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024; von der Crone/Angstmann, S. 16; siehe auch Schenker, S. 476.

55. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025 Fn. 77.

56. Siehe etwa Botschaft 2016, S. 452 f. und 591 f.

57. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024 f.; ähnlich auch von der Crone/Angstmann, S. 16; siehe ferner Friederici, S. 96; OFK-Müller, N. 7 zu Art. 734f OR.

58. So Stojanovic, S. 180 f.; vgl. auch Friederici, S. 97.

59. Vgl. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025 Fn. 77.

60. Siehe vorn N. 19.

61. Siehe etwa Grosz, S. 533; Junod, dilemma, S. 479; siehe ferner Stojanovic, S. 180.

62. Siehe auch hinten N. 40.

63. Siehe zum Gesagten ZK-Bühler, N. 87 zu Art. 707 OR; Bühler, Corporate Governance, S. 353; Forstmoser/Küchler, N. 15 zu Art. 734f OR; Friederici, S. 97; Grosz, S. 517 und 533; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025; dies., Frauenquote, S. 11; Stojanovic, S. 180; Vogt, S. 21; siehe auch Duc, Rz. 38.

64. Grosz, S. 517; siehe auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025.

65. Grosz, S. 517.

allgegenwärtigen ESG-Trend jedenfalls bei den massgeblichen institutionellen Anlegern auszugehen ist. Darüber hinaus dürfte Art. 734f OR auch eine selbstdisziplinierende Wirkung auf die Verwaltungsräte der börsenkotierten Gesellschaften ausüben, da diese kraft des Gesetzes dazu angehalten sind, sich wiederkehrend inhaltlich mit "Geschlechterpolitik" auseinanderzusetzen.⁶⁶ "Aus den Augen, aus dem Sinn – das wird künftig nicht mehr möglich sein."⁶⁷ Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen dürfte sich Art. 734f OR durchaus als ein geeignetes Instrument zur Förderung des Anliegens der Gleichstellung der Geschlechter erweisen, ohne den in der wirtschaftlichen Praxis nötigen Spielraum der Unternehmen über Gebühr einzuschränken.⁶⁸

IV. TATBESTAND

A. Persönlicher Anwendungsbereich

1. Persönlich-räumlicher Geltungsbereich

a. Inkorporation in der Schweiz; Börsenkotierung; doppelter Schwellenwert

- 23 Art. 734f OR gilt wegen des Inkorporationsprinzips zunächst einmal nur für Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz (vgl. Art. 154 Abs. 1 IPRG, ferner Art. 640 OR).⁶⁹ Sodann wird der persönliche Geltungsbereich von Art. 734f OR begrenzt zum einen durch Art. 732 Abs. 1 revOR, zum andern – kraft der Verweisung in Art. 734f OR – durch Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR. In Art. 732 Abs. 1 revOR ist angeordnet, dass die Vorschriften des vierten Abschnitts (zu dem auch Art. 734f OR gehört) für Gesellschaften gelten, deren Aktien (mindestens teilweise) an einer Börse⁷⁰ kotiert sind.⁷¹ Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR statuiert drei verschiedene Schwellenwerte (a. Bilanzsumme von CHF 20 Mio.; b. Umsatzerlös von CHF 40 Mio.; c. 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt) und setzt die Überschreitung mindestens zweier dieser Schwellenwerte in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren voraus, damit die Gesellschaft zur ordentlichen Revision verpflichtet ist. Art. 734f OR gilt also nur dann, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind. Zusammengefasst gilt Art. 734f OR folglich nur für inländische börsenkotierte Aktiengesellschaften mit einer gewissen wirtschaftlichen Bedeutung.⁷² Nicht zur Geltung gelangt die Norm auf Gesellschaften, die gemäss Art. 763 OR errichtet sind (Gesellschaften und Anstalten, die durch besondere kantonale Gesetze gegründet worden sind und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden) oder die ausschliesslich

66. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025.

67. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025.

68. Ebenso Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025; a.M. Junod, dilemma, S. 479.

69. Siehe zum Inkorporationsprinzip im Gesellschaftsrecht allgemein etwa Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 5 Rz. 9 ff.; siehe sodann mit Blick auf Art. 732 OR Botschaft 2016, S. 585.

70. Die Kotierung muss an einer Börse in der Schweiz (SIX Swiss Exchange oder BX Swiss) oder an einer ausländischen Börse erfolgt sein. In materiell-rechtlicher Hinsicht relevant ist die Legaldefinition von Art. 26 lit. b FinfraG. Siehe dazu im Allgemeinen näher Lütolf, N. 696 ff.

71. Während Art. 734f OR bereits per 1. Januar 2021 in Kraft getreten und somit seither geltendes Recht ist (siehe hinten N. 31), wird Art. 732 revOR erst per 1. Januar 2023 zum Gesetz erhoben werden. Genau besehen ist der *Geltungsbereich* von Art. 734f OR folglich bis zu diesem Zeitpunkt nicht durch Art. 732 revOR begrenzt. Da Art. 734f OR freilich ohnehin erst nach bestimmten Übergangsfristen zur *Anwendung* gelangen wird (siehe hinten N. 34 f.), bleibt dieses Versehen des Bundesrates, der das gestaffelte Inkrafttreten angeordnet hat, ohne tatsächliche Auswirkungen. Gleichwohl wird man die durch Art. 732 revOR künftig bestehende Geltungsgrenze auch bereits *de lege lata* hinzudenken müssen, da dem Bundesrat schlechterdings die Befugnis fehlen dürfte, die vom Gesetzgeber gewollte Geltung von Normen und Normenkomplexen zu "zerreißen". – Auf das gestaffelte Inkrafttreten von Art. 734f OR einerseits und Art. 732 revOR andererseits weist zutreffend auch Friederici, S. 94 Fn. 30, hin, doch will sie darin mit Rücksicht auf die Übergangsfristen kein Problem erblicken. Im Ergebnis ist ihr insoweit – wie soeben ausgeführt – beizupflichten, doch vermag dies nichts daran zu ändern, dass Geltungs- und Anwendungsbereich einer Norm scharf voneinander zu scheiden sind.

72. Siehe zum Gesagten auch Botschaft 2016, S. 591 f.; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022.

Partizipationsscheine, Genussscheine oder Anleiheobligationen an der Börse haben kotieren lassen (siehe auch Art. 732 Abs. 1 revOR *e contrario*)⁷³. Hingegen ist unerheblich, ob die inländische Gesellschaft ihre Aktien im Inland oder Ausland hat kotieren lassen, ob ihre Aktien vinkuliert sind oder ob es sich um Inhaber- oder Namenaktien handelt.⁷⁴

- 24 Der Gesetzgeber hat den persönlichen Geltungsbereich von Art. 734f OR gegenüber dem allgemeinen Geltungsbereich von Art. 732 ff. OR bewusst eingegrenzt, indem er auf das zusätzliche Kriterium der wirtschaftlichen Bedeutung abgestellt hat. Als Begründung hat der Bundesrat ins Feld geführt, dass kleinere börsenkotierte Gesellschaften, zumal solche, die nicht am Main Standard der SIX Exchange kotiert sind, nicht in den Geltungsbereich von Art. 734f OR fallen sollten.⁷⁵ Im Schrifttum wird diese Eingrenzung als sinnvoll erachtet. Die Inhaber und Mitarbeiter solcher kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) seien oftmals durch persönliche und familiäre Beziehungen verbunden. Geschlechterrichtwerte seien nicht in allen Fällen mit den personalistischen Strukturen dieser Unternehmen vereinbar.⁷⁶
- 25 In der Doktrin ist allerdings Kritik daran entbrannt, dass Art. 734f OR nur für börsenkotierte Aktiengesellschaften Geltung beansprucht. Während die anhand der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR ermittelte wirtschaftliche Bedeutung der Gesellschaft im Interesse der Schonung der KMU ein sachliches Kriterium sei, sei mit Rücksicht auf das Prinzip "*substance over form*" fragwürdig, weshalb nichtkotierte Gesellschaften vom Geltungsbereich von Art. 734f OR befreit seien, zumal der ganz überwiegende Teil der hiesigen Gesellschaften nicht kotiert ist. Auf die Rechtsform eines Unternehmens dürfe es nicht ankommen; allein massgeblich sollte vielmehr rechtsformneutral die wirtschaftliche Bedeutung einer Gesellschaft sein.⁷⁷ Wiewohl diese Kritik nicht einer gewissen Berechtigung entbehrt, vermögen die Kriterien der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der Börsenkotierung immerhin sicherzustellen, dass wirklich nur die allergrössten schweizerischen Gesellschaften von Art. 734f OR betroffen sind. Die Norm ist mithin bewusst sehr zielgerichtet.⁷⁸

b. "Opt-in"

- 26 Obwohl nichtkotierte Aktiengesellschaften nicht in den Geltungsbereich von Art. 734f OR fallen, können sie gemäss Art. 732 Abs. 2 revOR durch Anordnung in ihren Statuten die Vorschriften des vierten Abschnitts als teilweise oder vollständig anwendbar erklären (sog. *Opt-in*).⁷⁹ Solche Gesellschaften können also namentlich Art. 734f OR für sich selbst als anwendbar festlegen.⁸⁰ Das *Opt-in* bedarf nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung einer statutarischen Grundlage;

73. Vgl. BSK-Knobloch, N. 3 zu Art. 1 VegÜV; Schärer, Praxiskommentar N. 9 und 33 zu Art. 1 VegÜV.

74. Siehe zum Gesagten ausführlich Botschaft 2016, S. 584 f., wo ausserdem auf die Frage eingegangen wird, inwiefern spezialgesetzliche Aktiengesellschaften (z.B. die SNB) den Art. 732 ff. OR unterworfen sind.

75. Botschaft 2016, S. 592; siehe auch Bericht VE-OR 2014, S. 152, mit statistischem Zahlenmaterial betreffend die Erfüllung der Schwellenwerte gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR; siehe ferner Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022.

76. Siehe zum Gesagten Grosz, S. 519; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022; siehe auch Friederici, S. 95; Stojanovic, S. 178.

77. Siehe zum Gesagten Riout, Geschlechterrichtwerte, Rz. 22; ders., Diversity, S. 230; siehe auch Bertschinger, Vernehmlassung, Rz. 103; von der Crone, Vernehmlassung, S. 16. – Im Zuge der Vernehmlassung zum VE-OR 2014 ist deshalb vorgeschlagen worden, das Rechnungslegungsrecht um eine neue Vorschrift zu ergänzen, wonach sämtliche Unternehmen – ohne Rücksicht auf die Rechtsform – zur Offenlegung des Geschlechterverhältnisses im Management verpflichtet seien (so von der Crone, Vernehmlassung, S. 16). Siehe dazu auch kritisch Grosz, S. 520 f.; ferner Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1023 Fn. 61.

78. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1023; Riout, Geschlechterrichtwerte, Rz. 22; ders., Diversity, S. 231.

79. Art. 732 Abs. 2 revOR: "Andere Gesellschaften können in ihren Statuten vorsehen, dass sie diesen Abschnitt teilweise oder vollständig anwenden."

80. Siehe zum Gesagten auch Botschaft 2016, S. 585; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022.

dogmatisch ist dieses *Opt-in* also ein sog. bedingt notwendiger Statuteninhalt.⁸¹ Dabei handelt es sich um Bestimmungen, die zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten bedürfen (vgl. Art. 627 OR⁸²). Eine nichtkотиerte Aktiengesellschaft darf deshalb Art. 734f OR als anwendbar erklären. Sie darf auch, wiewohl dies nicht unmittelbar aus Art. 732 Abs. 2 revOR hervorgeht, diese Vorschrift inhaltlich ändern. Man könnte hiergegen einwenden, dass "teilweise oder vollständig" nur bedeuten könne, dass eine Gesellschaft einzelne oder alle Normen des vierten Abschnitts als anwendbar erkläre und keine Befugnis zum "Rosinenpicken" habe, doch spricht das *argumentum a fortiori* gegen diese Auffassung: Anstatt den Weg des *Opt-in* zu beschreiten, könnten die Gesellschaften schlicht frei gestaltete Klauseln über Geschlechterrichtwerte betreffend den Verwaltungsrat in ihre Statuten aufnehmen, wie es nach früherem Recht zulässig war und weiterhin – für börsenkотиerte Gesellschaft freilich bloss noch in beschränktem Umfange – weiterhin zulässig ist.⁸³

2. Persönlich-sachlicher Geltungsbereich

- 27 Art. 734f OR gilt ausweislich des Wortlauts ("[s]ofern") nur für Gesellschaften, welche die darin vorgesehenen Geschlechterrichtwerte nicht erreichen. Mit anderen Worten müssen alle Gesellschaften, die diese Richtwerte erreichen, die darin verlangten Angaben (Begründung und Förderungsmassnahmen) nicht in ihren Vergütungsbericht aufnehmen; sie müssen in ihm von Gesetzes wegen nicht einmal festhalten, dass sie die Geschlechterrichtwerte erreichen. Art. 734f OR gilt für diese Gesellschaften schlicht nicht. Freilich ist es solchen Gesellschaften unbenommen, sich etwa aus Gründen der Reputationsförderung gleichwohl zu dieser Thematik zu äussern.⁸⁴

3. Normadressaten

- 28 Vom persönlichen Geltungsbereich abzugrenzen ist die Frage nach den Normadressaten von Art. 734f OR. Auf diese Frage gibt der Wortlaut der Vorschrift klar Auskunft: Es geht um den Verwaltungsrat und um die Geschäftsleitung jener Gesellschaften, die in den persönlichen Geltungsbereich von Art. 734f OR fallen.⁸⁵ Der Verwaltungsrat ist das in Art. 707 ff. OR geregelte oberste Exekutivorgan der Gesellschaft. Die Geschäftsleitung besteht aus den Dritten, denen der Verwaltungsrat gemäss Art. 716b Abs. 1 OR die Geschäftsführung ganz oder zum Teil übertragen hat.⁸⁶ Diese "Dritten" werden auch als Direktoren bezeichnet (vgl. Art. 718 Abs. 2 OR), und mehrere von ihnen gemeinsam bilden die "Geschäftsleitung".⁸⁷ Die Einbeziehung auch der Geschäftsleitung in den Kreis der Normadressaten von Art. 734f OR geht über den "internationalen Konsens" hinaus und ist insoweit ein helvetisches Spezifikum ("*Swiss finish*"). Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass der Anteil der Frauen in den Geschäftsleitungen im Allgemeinen noch weit geringer ist als in den Verwaltungsräten.⁸⁸

81. Siehe zum bedingt notwendigen Statuteninhalt allgemein etwa Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 8 Rz. 64.

82. Art. 627 OR wird im Zuge der jüngsten Revision des Aktienrechts aufgehoben werden. Die Aufhebung zeitigt nach Ansicht des Bundesrates freilich keine materiellen Folgen. Siehe Botschaft 2016, S. 486 f.

83. Siehe vorn N. 8 f.

84. Siehe zum Ganzen auch OFK-Müller, N. 5 zu Art. 734f OR, der es allerdings "aus Sicht der Adressaten des Vergütungsberichts [...] [als] sachgerecht" erachtet, bei Erreichung der Geschlechterrichtwerte gleichwohl eine entsprechende Feststellung in den Vergütungsbericht aufzunehmen.

85. Jedenfalls mittelbar richtet sich Art. 734f OR auch an die Generalversammlung jener Gesellschaften, die in den persönlichen Geltungsbereich dieser Norm fallen, da die Mitglieder des Verwaltungsrates unmittelbar von der Generalversammlung gewählt werden und da auch die Legitimität der Mitglieder der Geschäftsleitung mittelbar von der Generalversammlung herrührt (indem sie von dem seinerseits von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsrat bestellt werden). Dies ist indes nicht mit der Frage nach dem Normadressaten zu verwechseln, also danach, auf welche *Organe* innerhalb der Gesellschaft sich Art. 734f OR erstreckt.

86. OFK-Müller, N. 4 zu Art. 734f OR, will offenbar den Begriff der Geschäftsleitung nicht gänzlich starr im Sinne der Legaldefinition von Art. 716b Abs. 1 revOR verstanden wissen.

87. Siehe allgemein Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29 Rz. 48 und 54.

88. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1023. Siehe zur rechtstatsächlichen Ausgangslage vorn N. 4.

B. Höhe und Bemessung der Richtwerte

1. Höhe

- 29 Der Richtwert für den Verwaltungsrat beträgt 30 Prozent, derjenige für die Geschäftsleitung – im Unterschied zum Vorentwurf 2014⁸⁹ – nur 20 Prozent. Der Grund für den Unterschied bei den Richtwerten liegt nach Auffassung des Bundesrates darin, dass zum einen in der Geschäftsleitung besondere spezifische Fach- und Branchenkenntnisse notwendig seien und zum andern (künftige) Mitglieder der Geschäftsleitung oftmals innerhalb des Unternehmens gefördert und im Durchschnitt erst nach ca. 13 Jahren in diese Position befördert würden. Eine Differenzierung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, die sich darüber hinaus auch bei den unterschiedlichen Übergangsfristen zeige⁹⁰, sei deshalb gerechtfertigt.⁹¹ Im Verbund mit der zehnjährigen Übergangsfrist soll der tiefere Richtwert von 20 Prozent die Flexibilität der unternehmerischen Personalpolitik und deren Vielfalt (Branchenkenntnisse, berufliche Erfahrung, internationaler Hintergrund usw.) sicherstellen.⁹² Da die Zugehörigkeit zur Geschäftsleitung – anders als beim Verwaltungsrat – in aller Regel ein Vollzeitberuf ist⁹³, spielt schliesslich auch die zeitliche Verfügbarkeit der Kandidaten eine Rolle.⁹⁴

2. Bemessungsgrundlage; Berechnung

- 30 Art. 734f OR definiert den Begriff des Geschlechts nicht. Implizit geht die Vorschrift aber zweifellos von der Dualität der Geschlechter (Männer und Frauen) aus, die dem geltenden Recht zugrunde liegt.⁹⁵ Ein Gedankenspiel der Logik erhärtet diese Annahme: Ginge man von einer Zahl von Geschlechtern grösser als 3 bzw. 5 aus, so machten Prozentwerte von 30 bzw. 20 die Erfüllung der Richtwerte unmöglich (bei vier bzw. sechs verschiedenen Geschlechtern betrüge die Summe jeweils 120 Prozent – ein Ding mathematischer Unmöglichkeit). Wenn die Zahl der Geschlechter 3 bzw. 5 nicht übersteigen darf, wäre es arbiträr und mithin willkürlich und bar jeder Logik, eine geringere Zahl (aber mehr als 2) anzunehmen. Der Zeitgeist geht indes in eine andere Richtung und fordert jedenfalls, dass eine Person sich zu einem dritten Geschlecht bekennen dürfe. Diesem Ansinnen entsprechen auch zwei vom Nationalrat angenommene Postulate.⁹⁶ Der Bericht des Bundesrates hierzu steht zurzeit noch aus. Falls in Zukunft eine dahin gehende Änderung der Rechtsordnung eintreten sollte, bestünde wohl auch bei Art. 734f OR Änderungsbedarf – womöglich noch vor Ablauf der Übergangsfristen!⁹⁷
- 31 Es ist daher festzuhalten: *De lege lata* geht Art. 734f OR von der Dualität der Geschlechter aus. Massgeblich für die Zuordnung zum männlichen oder weiblichen Geschlecht ist das im Zivilstandsregister eingetragene Geschlecht (vgl. Art. 8 lit. d ZStV). Der Bundesrat hat dem Parlament Ende 2019 einen Entwurf zur Änderung des ZGB unterbreitet,⁹⁸ der von den eidgenössischen Räten

89. Siehe vorn N. 13.

90. Siehe hinten N. 34.

91. Siehe zum Gesagten Botschaft 2016, S. 454 f.; siehe auch Poggio/Zihler, S. 82; kritisch Friederici, S. 96.

92. Poggio/Zihler, S. 83. – Ausserdem spricht auch der aus statistischen Daten hervorgehende praktische Umstand (siehe dazu vorn N. 4), dass sich Gleichstellung auf der Stufe des Verwaltungsrates erheblich leichter verwirklichen lässt, für eine Differenzierung sowohl bei der Höhe des Richtwertes als auch bei der Übergangsfrist (siehe dazu hinten N. 34). Siehe Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1023 Fn. 64; von der Crone/Angstmann, S. 17.

93. Rioult, Diversity, S. 226.

94. Grosz, S. 518; siehe zum Ganzen auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1023 f.

95. Ebenso Stojanovic, S. 179.

96. Geschäftsnummer 17.4121, Annahme im Nationalrat am 17. September 2018 (AB 2018 N 1395); Geschäftsnummer 17.4188, Annahme im Nationalrat am 17. September 2018 (AB 2018 N 1397).

97. Siehe zum Gesagten auch Friederici, S. 94 Fn. 22.

mit Beschlüssen vom 18. Dezember 2020 zum Gesetz erhoben worden ist.⁹⁹ Die Vorschrift ist am 1. Januar 2022 in Kraft getreten. Gemäss Art. 30b Abs. 1 ZGB kann jede Person gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, dass sie den Eintrag im Personenstandsregister betreffend ihr Geschlecht ändern lassen will. Diese neue Vorschrift ändert indes nichts an der Geschlechterdualität oder an der Eindeutigkeit der personenstandsrechtlichen Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter; sie bewirkt lediglich eine rechtliche Vereinfachung der Geschlechtsänderung.¹⁰⁰

- 32 Der Erläuterung bedarf schliesslich die Frage nach der Rundung bei der Berechnung der Geschlechterrichtwerte.¹⁰¹ Besteht zum Beispiel der Verwaltungsrat einer Gesellschaft aus sieben Mitgliedern, so verlangt der Richtwert gemäss Art. 734f OR, dass je 2.1 Mitglieder männlichen und weiblichen Geschlechts sein sollen. Bei mathematischer Betrachtung liegt nun der Gedanke nicht fern, diese Quote abzurunden auf 2. So sieht denn etwa auch das deutsche Recht eine Rundung nach mathematischen Regeln (abrunden bis und mit Dezimalstelle 4, aufrunden ab Dezimalstelle 5) vor (siehe § 96 Abs. 2 Satz 5 AktG betreffend den Aufsichtsrat). Eine solche Lösung ist für das hiesige Recht allerdings abzulehnen. Aus dem Wort "mindestens" in Art. 734f OR ergibt sich, dass der prozentuale Richtwert in jedem Falle erreicht werden soll; es ist mit anderen Worten im Sinne von "Minimalwerten" stets auf die nächste ganze Personenzahl (1, 2, 3 usw.) aufzurunden.¹⁰² Im obigen Beispiel wäre der Richtwert also nur und erst dann erreicht, wenn und sobald dem Verwaltungsrat drei Frauen angehören.

3. Praktische Umsetzung

- 33 Schliesslich erhebt sich die Frage, wie Art. 734f OR in der Praxis umgesetzt werden soll. Im Grunde stehen der Gesellschaft zwei Wege zu Gebote: Sie können entweder die Mitgliederzahl ihrer Verwaltungsräte und Geschäftsleitungen erhöhen (was im ersteren Fall in der Regel eine Änderung der Statuten erheischen dürfte) und die neu geschaffenen Positionen mit Angehörigen des untervertretenen Geschlechts (in der Regel also mit Frauen) besetzen oder aber ohne zahlenmässige Vergrösserung der Gremien ausgeschiedene (zumeist männliche) durch (weibliche) Mitglieder ersetzen.¹⁰³ Allerdings ist an dieser Stelle die ganz grundsätzliche Erkenntnis in Erinnerung zu rufen, dass die Gesellschaft die Richtwerte des Art. 734f OR überhaupt nicht einhalten muss (es besteht keinerlei Pflicht zu "*comply*"); sie kann sich vielmehr entschliessen, stattdessen den Weg der Berichterstattung ("*explain*") zu beschreiten.¹⁰⁴

C. Zeitlicher Anwendungsbereich (Übergangsfrist)

- 34 Art. 4 ÜBest. OR sieht Übergangsfristen für die Anwendung von Art. 734f OR vor. Die Berichterstattungspflicht gilt im Hinblick auf den Verwaltungsrat spätestens ab dem Geschäftsjahr, das fünf Jahre nach Inkrafttreten des neuen Aktienrechts beginnt (Abs. 1), und im Hinblick auf die

98. Siehe Botschaft Personenstandsregister 2019, S. 799 ff.

99. Schlussabstimmungen: AB 2020 S 1438; AB 2020 N 2728; Schlussabstimmungstext: BBl 2020, S. 9931 ff.

100. Geht man gedanklich einen Schritt weiter, so kommt man nicht um die Frage herum, ob die Richtwerte gemäss Art. 734f OR mit Rücksicht auf diese Änderung des Zivilstandsrechts überhaupt noch irgendeinen Sinn haben. Wenn jedermann sein Geschlecht beliebig – und beliebig oft – ändern kann, verkommen die Richtwerte zu blossen Schimären. Die Frage erhebt sich: *Cessante ratione legis, cessat ipse lex?* – Und dies nur ein Jahr, nachdem Art. 734f OR in Kraft getreten ist und die Übergangsfristen noch lange Zeit laufen werden!

101. Siehe allgemein auch OFK-Müller, N. 4 zu Art. 734f OR, der mit Recht darauf hinweist, dass sich Art. 734f OR nicht näher dazu äussere, wie die Berechnung der Geschlechterrichtwerte zu erfolgen habe. Mit guten Gründen schlägt er vor, bei der Berechnung auf die Eigenheiten jeder Gesellschaft Rücksicht zu nehmen und beispielsweise auf durchschnittliche Werte über mehrere Jahre hinweg abzustellen.

102. Ebenso Stojanovic, S. 178.

103. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024; dies., Frauenquote, S. 11; Rioult, Diversity, S. 224 f.

104. Siehe vorn N. 19 ff.

Geschäftsleitung spätestens ab dem Geschäftsjahr, das zehn Jahre hiernach beginnt (Abs. 2). Art. 734f OR und Art. 4 ÜBest. OR sind mit Wirkung per 1. Januar 2021 in Kraft getreten (im Gegensatz zu den meisten anderen neuen Aktienrechtsvorschriften).¹⁰⁵ Die längere Übergangsfrist bei der Geschäftsleitung dient dazu, dem unternehmensinternen *Talent Recruiting* (aus dem deren Mitglieder oft hervorgehen¹⁰⁶) hinreichend Zeit zu verschaffen.¹⁰⁷

- 35 In der Regel stimmt das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr überein (zwingend ist dies freilich nicht)¹⁰⁸. Für die meisten Gesellschaften dürfte Art. 734f OR im Hinblick auf den Verwaltungsrat folglich ab dem 1. Januar 2026 und im Hinblick auf die Geschäftsleitung ab dem 1. Januar 2031 anwendbar sein. Das Wort "spätestens" in Art. 4 ÜBest. OR erweist sich als missverständlich: Das Gesetz ordnet an, dass eine Norm entweder anwendbar oder nicht anwendbar ist. Man wird das Wort "spätestens" dahin gehend verstehen müssen, dass der Gesetzgeber den Gesellschaften freistellen wollte, die Berichterstattungspflicht schon früher zu befolgen.

V. RECHTSFOLGEN

A. Comply or explain

- 36 Während Art. 734f OR hinsichtlich des Tatbestands eine durchaus gewöhnliche Rechtsnorm ist, ist hinsichtlich der Rechtsfolge eine Abweichung von der üblichen Normstruktur festzustellen. Es ist schon erläutert worden und soll hier nochmals in Erinnerung gerufen werden, dass die Erfüllung des Tatbestands von Art. 734f OR nicht etwa die Nichtigkeit eines Wahlaktes oder eine sonstige "harte" Sanktion (etwa ein Bussgeld) zur Folge hat (wie es den meisten Rechtsnormen eigentümlich ist), sondern einzig bewirkt, dass die Gesellschaft über bestimmte Gesichtspunkte Bericht erstatten muss. Diese ungewöhnliche Art der Rechtsfolge wird, dem Zeitgeist folgend, mit der englischen Wendung "*comply or explain*" bezeichnet.¹⁰⁹

B. Berichterstattungspflicht

1. Gefäss für den Bericht: Vergütungsbericht

- 37 Wiewohl aus dogmatisch-systematischer Sicht durchaus zweifelhaft, hat der Gesetzgeber aus pragmatischen Gründen den Vergütungsbericht als das "Gefäss" für den gemäss Art. 734f OR gebotenen Bericht auserkoren.¹¹⁰ Der Vergütungsbericht wird nach Art. 13 Abs. 1 VegüV (per 1. Januar 2023: Art. 734 Abs. 1 revOR) vom Verwaltungsrat erstellt; es handelt sich dabei um eine unübertragbare und unentziehbare Pflicht des Verwaltungsrates (Art. 13 Abs. 1 VegüV; per 1. Januar 2023: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 8 revOR). Der Verwaltungsrat darf diese Aufgabe weder einem einzelnen seiner Mitglieder noch einem Ausschuss aus seiner Mitte noch der Geschäftsleitung noch sonst jemandem übertragen. Er darf allerdings die Vorbereitung, Ausführung und Überwachung der Erstellung des Berichts durchaus an einzelne seiner Mitglieder oder an einen Ausschuss delegieren;

105. Siehe AS 2020, S. 4005 ff., 4063. – Der zeitliche Geltungsbereich und der zeitliche Anwendungsbereich unterscheiden sich bei Art. 734f OR also: Der zeitliche *Geltungsbereich* hat bereits per 1. Januar 2021 begonnen, doch bestimmt Art. 4 ÜBest. OR einen davon abweichenden zeitlichen *Anwendungsbereich*. Das Verb "gelten", das in Art. 4 ÜBest. OR verwendet wird, ist insoweit irreführend unpräzise.

106. Siehe vorn N. 29.

107. Poggio/Zihler, S. 82 f.; siehe auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1030.

108. Das Geschäftsjahr ist gesetzlich nicht festgelegt. In der Regel geht das Geschäftsjahr deshalb aus den Statuten der Gesellschaft hervor. Fehlt nun aber eine solche Statutenbestimmung, so ist der Verwaltungsrat berechtigt, das Geschäftsjahr festzulegen. Siehe näher Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.8.

109. Siehe zum Ganzen vorn N. 19 ff.

110. Siehe zum Ganzen vorn N. 16.

dem Verwaltungsrat *in corpore* muss aber in allen Fällen zwingend die Zuständigkeit zur Verabschiedung des Berichts verbleiben.¹¹¹

2. Inhalt und Dichte des Berichts

- 38 Gemäss Art. 734f OR muss der Vergütungsbericht Auskunft geben (Berichtsinhalt) über die Gründe, derentwegen die Geschlechter nicht in dem von dieser Vorschrift vorgesehenen Verhältnis im Verwaltungsrat bzw. in der Geschäftsleitung vertreten sind (Ziff. 1), und über die Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts (Ziff. 2). Die konkreten Gründe für die Untervertretung dürften sich je nach Branche und Unternehmen ganz erheblich voneinander unterscheiden, und nicht selten dürfte es auch dem Verwaltungsrat selbst schwerfallen, diese Gründe eindeutig zu ermitteln. Hinsichtlich der Fördermassnahmen macht das Gesetz dem Verwaltungsrat keinerlei Vorgaben betreffend Inhalt (was?), Art und Weise (wie?) und Ausmass (wie viel?), und auch dem gesetzlichen Ziel (Förderung) geht jeder Anspruch auf Verbindlichkeit ab, denn das Gesetz verlangt nicht, dass der Verwaltungsrat tatsächlich Fördermassnahmen ergreift – es gibt ihm vielmehr lediglich auf, darüber zu berichten, ob und welche Massnahmen er ergreifen wolle. Dem Verwaltungsrat ist deshalb bei beiden Aspekten ein erheblicher, beinahe schrankenloser Ermessensspielraum einzuräumen.
- 39 Zu den inhaltlichen Anforderungen der Begründung und der Fördermassnahmen, denen der Vergütungsbericht genügen muss (Berichtsdichte), schweigt sich Art. 734f OR aus.¹¹² In der Vernehmlassung zum Vorentwurf 2014 ist denn auch die Befürchtung geäussert worden, dass die gemäss Art. 734f OR von den Unternehmen geforderten Begründungen stark standardisiert ausfallen (sog. "*Boilerplate*") und daher (jedenfalls weitgehend) jeder Aussagekraft entbehren dürften.¹¹³ Diese Bedenken sind in der Tat nicht von der Hand zu weisen.¹¹⁴ Auf der Suche nach geeigneten Anhaltspunkten zur Bestimmung der gebotenen Berichtsdichte¹¹⁵ wird man mit Gewinn zunächst die SIX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance heranziehen können, zumal sich diese Richtlinie ausweislich ihrer Präambel zum *Comply-or-explain*-Konzept bekennt.¹¹⁶ Nach Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie müssen Schlüsselinformationen den Grundsätzen der Wesentlichkeit und der Klarheit folgen; sie müssen sich auf das für die Investoren Wesentliche beschränken und sachgerecht und verständlich sein.¹¹⁷ Diese Begriffe sind zwar allzu unbestimmt, um ihnen konkrete inhaltliche "Anweisungen" entnehmen zu können, zumal der Richtlinie als Akt privater Selbstregulierung jeder allgemeinen Rechtsverbindlichkeit ermangelt. Gleichwohl wird die äusserliche, formelle Gestalt des Berichts diesen Grundsätzen genügen müssen: Der Inhalt des Berichts muss so formuliert sein, dass der durchschnittlich verständige Kapitalmarktteilnehmer in die Lage versetzt wird, ihn zu verstehen (Klarheit), und der Bericht darf ausserdem nicht mit einer derartigen Informationsfülle "überflutet" werden, dass dieser Teilnehmer "den Wald vor lauter Bäumen" nicht mehr sieht (Wesentlichkeit). Der Vergütungsbericht, dessen Bestandteil dieser Bericht ist, ist in sinngemässer Anwendung von Art. 958d Abs. 4 in einer der schweizerischen Landessprachen (Deutsch, Französisch, Italienisch oder Rätoromanisch) oder in Englisch zu verfassen.¹¹⁸

111. Vgl. ausführlich zur Frage nach der Zulässigkeit der Delegation und nach der Haftung Gerhard, Praxiskommentar, N. 11 ff. zu Art. 5 VegüV; BSK-Watter/Maizar, N. 7 ff. zu Art. 5 VegüV.

112. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025; ebenso Forstmoser/Küchler, N. 14 zu Art. 734f OR; Friederici, S. 97; OFK-Müller, N. 10 zu Art. 734f OR; vgl. auch Stojanovic, S. 179 f.

113. Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Vernehmlassung, S. 7 f.

114. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026.

115. Anhaltspunkte finden sich ferner bei Junod, quotas, S. 395; von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1282.

116. Siehe auch vorn N. 20.

117. Siehe zum Gesagten Junod, dilemma, S. 479; siehe auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025.

118. Vgl. Müller/Oser, Praxiskommentar, N. 59 zu Art. 13 VegüV; BSK-Watter/Maizar, N. 32 zu Art. 13 VegüV.

- 40 Hinsichtlich Breite und Tiefe der Ausführlichkeit lässt Art. 734f OR dem Verwaltungsrat weitgehend freie Hand bei der Gestaltung des Berichts.¹¹⁹ ¹²⁰ Auch standardisierten Äusserungen steht die Vorschrift nicht entgegen. Ein vorbildliches, dem Ziel von Art. 734f OR innerlich verbundenes (oder auch bloss mit Rücksicht auf Reputationsgründe opportunistisches) Unternehmen könnte in allen Einzelheiten über die Rekrutierungsprozesse und die Kandidaten, die zur Auswahl gestanden haben, sowie über bereits ergriffene und noch geplante Massnahmen zur Förderung des untervertretenen Geschlechts Auskunft geben. In der wirtschaftlichen Praxis viel wahrscheinlicher als dieses Ideal erscheinen jedoch die bereits angesprochenen standardisierten Aussagen.¹²¹ ¹²² Ein Unternehmen könnte auch zu dem Ziel in grundsätzliche Opposition treten, das Art. 734f OR zugrunde liegt, und im Bericht zum Beispiel schlicht erklären, dass seine Aktionäre sich gegen die Beteiligung eines Geschlechts in seinem Management aussprechen und dass das Unternehmen folglich keinerlei Fördermassnahmen zugunsten dieses Geschlechts ergreifen werde.¹²³ Kraft Art. 734f OR untersagt ist einzig ein vollkommenes Schweigen des Unternehmens.¹²⁴ Mit anderen Worten: Art. 734f OR weist die Unternehmen an, sich überhaupt zu äussern, macht ihnen inhaltlich aber keinerlei Vorgaben. Auch das (formelle) Erfordernis der Wesentlichkeit¹²⁵ ist nur in einem negativen Sinne dahin zu verstehen, dass der Vergütungsbericht nicht ein Übermass an Informationen enthalten darf.
- 41 Die im Schrifttum anzutreffende Auffassung, wonach allgemeine und pauschale Aussagen nicht mit Art. 734f OR vereinbar seien,¹²⁶ ist abzulehnen. Zunächst verlangt das Gesetz nicht, dass die Unternehmen (bzw. ihre Aktionäre und ihr Management) die Ziele des Gesetzgebers innerlich teilen. Das Gesetz verpflichtet sie allein zu dessen Einhaltung, ohne Rücksicht auf subjektive Motive. Auch grundsätzliche Opposition gegen das legislatorische Ziel ist deshalb gestattet, solange nur dem gesetzlichen Auftrag nach Berichterstattung Folge geleistet wird. Sodann macht das Gesetz den Unternehmen schlechterdings keinerlei Vorgaben betreffend die inhaltliche Gestaltung dieses Berichts. Es liegt allein in der Hand des Verwaltungsrates, wie und inwieweit er die Gründe für die Untervertretung des einen Geschlechts ermitteln und im Bericht in Worte fassen möchte, und es liegt ebenso in seiner alleinigen Zuständigkeit, die Geschäftspolitik betreffend "*gender diversity*" festzulegen. Schliesslich geht die Anschauung, wonach allgemeine oder pauschale Aussagen partout unzulässig seien, auch an der wirtschaftlichen Wirklichkeit vorbei, deren natürlicher Hang die Steigerung von Effizienz ist und in der folglich eine Hinwendung zu standardisierten Aussagen nicht zu vermeiden sein wird.¹²⁷

3. Prüfung durch die Revisionsstelle

- 42 Art. 17 VegüV (per 1. Januar 2023: Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 revOR) sieht vor, dass der Vergütungsbericht von Gesellschaften, deren Aktien börsenkotiert sind, der Prüfung durch die Revisionsstelle unterliegt.

119. Ebenso OFK-Müller, N. 10 zu Art. 734f OR.

120. In der parlamentarischen Debatte auf den Umfang der Berichterstattung angesprochen, bestätigte Bundesrätin Sommaruga, dass es um ein "paar Zeilen im Vergütungsbericht und nicht mehr" gehe (AB 2018 N 1109).

121. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026.

122. Ein Beispiel für eine solche Aussage findet sich bei Junod, quotas, S. 386.

123. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026; Schenker, S. 476.

124. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026; ebenso Friederici, S. 97; zum Gesagten auch Müller/Forrer, Frauenquote, S. 11.

125. Siehe vorn N. 39.

126. So Stojanovic, S. 180 f.; tendenziell ebenso, wiewohl zurückhaltender Friederici, S. 98.

Folglich fallen alle Gesellschaften, die zur Berichterstattung gemäss Art. 734f OR verpflichtet sind, in den Anwendungsbereich von Art. 17 VegüV bzw. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 revOR.¹²⁸ Durch Einfügung der letzteren Vorschrift wird Art. 17 VegüV ohne materielle Änderungen in das Gesetz überführt worden,¹²⁹ weshalb zur Auslegung derselben auf das Schrifttum zu Art. 17 VegüV zurückgegriffen werden kann.¹³⁰ Massstab der Prüfung werden gemäss Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 revOR das Gesetz und die Statuten der Gesellschaft sein. Es erhebt sich nun die Frage, ob und inwieweit die Revisionsstelle den Vergütungsbericht hinsichtlich der Einhaltung von Art. 734f OR einer Prüfung zu unterziehen habe. Das offenkundige Problem: die äusserst spärlichen inhaltlichen Vorgaben des Gesetzes an den "*diversity report*", der daraus folgende erhebliche Ermessensspielraum des Verwaltungsrates und die Frage nach der Eignung der Revisionsstelle zur Prüfung dieses Berichts.

- 43 Damit sich gesetzliche Vorschriften überhaupt als Massstab der Revision eignen, müssen sie, der Natur der Revision entsprechend, einen Bezug zur Rechnungslegung (Buchhaltung, Jahresrechnung, Gewinnverwendungsantrag) oder zur Vergütung von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat aufweisen.¹³¹ Mit anderen Worten geht es um "Zahlenwerk".¹³² Hingegen ist die Revision keine "allgemeine Legalitätsprüfung".¹³³ Art. 734f OR steht in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit der Vergütung des Managements, auch wenn die Vorschrift, systematisch-dogmatisch fragwürdig, in den gesetzlichen Bestimmungen über die Vergütung eingeordnet ist.¹³⁴ Personalpolitik ist ausserdem keine Angelegenheit der Rechnungslegung oder der Vergütung, sondern der Geschäftsführung, die von Art. 728a Abs. 3 OR ausdrücklich der Prüfung durch die Revisionsstelle entzogen wird.¹³⁵ Soweit es also die Bestellung der Geschäftsleitung durch den Verwaltungsrat anbelangt, steht auch Art. 728a Abs. 3 OR einer Prüfung des Vergütungsberichts durch die Revisionsstelle in Bezug auf Art. 734f OR entgegen. Für die Wahl des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung – immerhin das oberste Organ der Gesellschaft (Art. 698 Abs. 1 OR) – muss dies *a fortiori* umso mehr gelten.¹³⁶
- 44 Es ist daher festzuhalten: Wenn sich die Revisionsstelle dazu anschickt, den Vergütungsbericht einer Prüfung zu unterziehen, muss sie sich selbst grösste Zurückhaltung auferlegen.¹³⁷ Zu diesem Befund gelangte anlässlich der Vernehmlassung zum Vorentwurf 2014 schon die Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten – also der Fachverband jener Personen, die sich beruflich mit der Revision befassen.¹³⁸ Die im Schrifttum anzutreffende gegenteilige Einzelmeinung¹³⁹ findet keine

127. Vgl. die rechtstatsächliche Situation in Bezug auf den Revisionsbericht zur Jahres- und Konzernrechnung von börsenkotierten Gesellschaften, der seit dem Geschäftsjahr, das nach dem 21. Dezember 2016 endete, erweiterte Angaben zu Sachverhalten zu machen hat, die sich bei der Prüfung als besonders bedeutsam erwiesen haben (sog. *Key Audit Matters*). Dadurch sollte die Berichterstattung weniger standardisiert und unternehmensindividueller erfolgen. Wenngleich dies die beabsichtigte Zielsetzung ist, ist dennoch eine Tendenz zu einer Angleichung bzw. Harmonisierung der Aussagen im Sinne einer Best Reporting Practice erkennbar. Vgl. allgemein Forstmoser/Kleibold, S. 614 ff.; Nay/Rüfenacht/Steiner, S. 694 ff.; Ruprecht/Gwerder, S. 950 ff.

128. Siehe Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026.

129. Botschaft 2016, S. 582; siehe auch Bericht VE-OR 2014, S. 144. – Müller/Oser, Praxiskommentar, N. 30 zu Art. 17 VegüV, weisen allerdings mit Fug darauf hin, dass Art. 17 VegüV nur das Gesetz und die Verordnung, Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 revOR hingegen das Gesetz und die Statuten zum Prüfungsmassstab erhebe.

130. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026.

131. OFK-Dekker, N. 10 zu Art. 17 VegüV; Müller/Oser, Praxiskommentar, N. 9 zu Art. 17 VegüV; vgl. auch BSK-Pfiffner/Watter, N. 77 zu Art. 728a OR; Pfiffner, Rz. 219.

132. Vgl. Botschaft 2016, S. 582, wo davon die Rede ist, dass (u.a.) die im Vergütungsbericht enthaltenen *quantitativen* Informationen von der Revisionsstelle auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen seien.

133. BSK-Pfiffner/Watter, N. 76 f. zu Art. 728a OR; Pfiffner, Rz. 218.

134. Siehe vorn N. 16.

135. Böckli, Aktienrecht, § 15 Rz. 17 f. – Siehe auch Botschaft Revisionspflicht 2004, S. 3986, wo der Bundesrat sich einer Ausdehnung des Gegenstands der Revision auf die Geschäftsführung des Verwaltungsrates widersetzt. Die Auffassung des Bundesrates blieb in der parlamentarischen Debatte unwidersprochen (siehe AB 2005 N 82 f.; AB 2005 S 626 f.).

136. Siehe zum Ganzen Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026.

137. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1027; dies., Frauenquote, S. 11; ebenso Friederici, S. 99.

Stütze im Gesetz und ist daher abzulehnen. Die Revisionsstelle mag zwar die Begründung des Verwaltungsrates nicht teilen, doch steht es ihr schlechterdings nicht zu, ihre Einschätzung an die Stelle derjenigen des Verwaltungsrates zu setzen. Denkbar und rechtlich vertretbar ist ein Einschreiten der Revisionsstelle nur in einem einzigen Fall (freilich erscheint es als vertretbar, auch in diesem Punkt anderer Ansicht zu sein): nämlich dann, wenn der Verwaltungsrat sich im Vergütungsbericht überhaupt nicht zu Art. 734f OR äussert, obwohl das Unternehmen die dort vorgesehenen Richtwerte nicht einhält (wozu es – dies gilt es in Erinnerung zu rufen – auch nicht verpflichtet ist¹⁴⁰).¹⁴¹ Auf offenkundige Verletzungen des Gesetzes muss die Revisionsstelle auch dann hinweisen, wenn sie sich ausserhalb ihres Prüfungsauftrags befinden.¹⁴² Eine solche Verletzung des Gesetzes dürfte vorliegen, wenn der Verwaltungsrat einer Gesellschaft, welche die in Art. 734f OR statuierten Richtwerte nicht erreicht, im Vergütungsbericht vollkommen schweigt.^{143 144} Die "Massregel" der Revisionsstelle dürfte sich allerdings in einem blossen Hinweis im Prüfungsbericht zum Vergütungsbericht erschöpfen; eine an die Generalversammlung gerichtete Empfehlung der Revisionsstelle entfällt, da der Vergütungsbericht nicht deren Genehmigung bedarf.¹⁴⁵ Schliesslich ist denkbar, dass ein vollkommenes Schweigen des Verwaltungsrates die Anzeigepflicht der Revisionsstelle gemäss Art. 728c OR auslöst, insbesondere gegenüber der Generalversammlung (Abs. 2) – gegenüber dem Verwaltungsrat (Abs. 1) wird sie kaum von Bedeutung sein, da dieser selbst Urheber der Gesetzesverletzung ist. Dies dürfte freilich eine eher theoretische Überlegung bleiben.

VI. RECHTSDURCHSETZUNG

A. Instrumente des Aktionärs

1. Überblick

- 45 Wenn die Revisionsstelle weder geeignet noch berechtigt ist, über die Einhaltung der Berichterstattungspflicht des Verwaltungsrates zu wachen, dann kann diese Aufgabe nur den Aktionären der Gesellschaft zukommen. Diese "Überwachung" kann von zwei Seiten her geschehen: einerseits mittels Beschaffung von Informationen, andererseits mittels Haftung. Im Folgenden sollen vor diesem Hintergrund das Instrument des Rechts auf Auskunft und Einsicht (N. 46 f.) und jenes der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (N. 48 ff.) erörtert werden, wobei sich die Ausführungen auf die mit Rücksicht auf das Erkenntnisinteresse wesentlichen Voraussetzungen beschränken werden. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass vor allem das erstgenannte Instrument im Zuge der Aktienrechtsnovelle von 2020 einige Änderungen erfahren hat; im Gegensatz zum früheren Recht besteht *de lege lata* bei den materiellen Voraussetzungen kein Unterschied mehr zwischen dem Auskunfts- und dem Einsichtsrecht.¹⁴⁶

138. Siehe Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Vernehmlassung, S. 7 f.: "Eine Beurteilung der Angaben durch die Revisionsstelle, weshalb ein Geschlecht nicht mit mindestens 30% in den Führungsgremien vertreten ist, sowie die Beurteilung der geplanten oder bereits getroffenen Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts durch die Revisionsstelle würde den Rahmen einer Prüfung des Vergütungsberichtes deutlich übersteigen."

139. Siehe Stojanovic, S. 181 (wiewohl im Urteil zurückhaltend): "im Einzelfall wohl inhaltlich zu prüfen".

140. Siehe vorn N. 19 ff. und 36.

141. Vgl. Botschaft 2016, S. 582, wonach die Revisionsstelle den Vergütungsbericht (u.a.) auf dessen *Vollständigkeit* hin zu überprüfen habe. So auch bereits Bericht VE-OR 2014, S. 144.

142. BGE 133 III 453 E. 7.3; BGE 129 III E. 7.1 = Pra 2003, Nr. 105; Chaudet, S. 306 ff.; Pfiffner, Rz. 299.

143. Siehe vorn N. 40.

144. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1027; dies., Frauenquote, S. 11; siehe ferner im Urteil ebenso Friederici, S. 99.

145. OFK-Dekker, N. 16 zu Art. 17 VegüV; BSK-Maizar, N. 26 zu Art. 17 VegüV; Müller/Oser, Praxiskommentar, N. 20 zu Art. 17 VegüV; siehe auch von der Crone/Brugger, S. 254.

2. Recht auf Auskunft und Einsicht

- 46 Art. 697 Abs. 4 und Art. 697a Abs. 3 revOR werden dem Recht des Aktionärs auf Auskunft bzw. auf Einsicht jeweils eine doppelte Grenze setzen:¹⁴⁷ Zum einen muss die Auskunft bzw. die Einsicht zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein; es muss mithin ein *sachlicher Zusammenhang* bestehen zwischen den Informationen, auf die sich das Auskunfts- bzw. Einsichtsbegehren bezieht, und der Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte des Aktionärs. Ein solcher Zusammenhang liegt in der Regel dann vor, wenn die Information zur Ausübung des Stimmrechts bei Wahlen erforderlich ist.¹⁴⁸ Die Personalpolitik des Unternehmens kann Gegenstand eines Begehrens sein.¹⁴⁹ Ein Aktionär, der eine Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung "seines" Unternehmens in dem von Art. 734f OR vorgesehenen Verhältnis wünscht, hat ein Interesse an Informationen über die Rekrutierungsprozesse innerhalb des Unternehmens, über die Kriterien zur Auswahl der Kandidaten sowie über die vom Verwaltungsrat geplanten und bereits getroffenen Fördermassnahmen. Entweder will er in Kenntnis dieser Informationen anlässlich der Generalversammlung bestimmte Mitglieder des Verwaltungsrates wählen oder nicht wählen, oder er will durch diese Wahl oder Nichtwahl mittelbar auf die Zusammensetzung der Geschäftsleitung hinwirken. Der vom Gesetz geforderte sachliche Zusammenhang dürfte deshalb in aller Regel gegeben sein.¹⁵⁰
- 47 Zum andern dürfen durch die Auskunft bzw. die Einsicht keine Geschäftsgeheimnisse und keine anderen *schutzwürdigen Interessen* der Gesellschaft gefährdet werden. Grund für diese Gefahr ist die mangelnde Treuepflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft.¹⁵¹ Deshalb bedarf es einer Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft und dem Informationsinteresse des Aktionärs im Einzelfall.¹⁵² Von vornherein einer Abwägung entzogen sind indes Geheimhaltungspflichten, die der Gesellschaft vertraglich auferlegt sind.¹⁵³ Da es bei Rekrutierungsprozessen stets um einzelne Menschen geht, die im Rahmen dieser Prozesse, zumal bei der Besetzung von Stellen im Management, gründlich "durchleuchtet" werden, dürfte ausserdem das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB) eine Grenze ziehen. Kandidaten könnten sich ausserdem vertraglich davor schützen wollen, dass Informationen über sie preisgegeben werden.¹⁵⁴ Auch abseits dieser Fälle kann die Beurteilung des Spitzenkaders von solchem Gewicht sein, dass sie auch mit Rücksicht auf das Informationsinteresse des Aktionärs eine Ablehnung des Begehrens rechtfertigt.¹⁵⁵ Ein Ausweg könnte die Anonymisierung der Informationen sein, doch wäre diesfalls fraglich, welcher Wert ihnen noch zukäme. Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die Gesellschaft um eine sorgsame Abwägung der widerstreitenden Interessen mit Rücksicht auf den konkreten Einzelfall nicht herumkommen wird. Immerhin dürfte das Interesse des Aktionärs in der Regel überwiegen, soweit es allgemeine (also nicht auf spezifische Personen bezogene) Informationen anbelangt, etwa hinsichtlich der *"gender policy"* des Unternehmens und der Fördermassnahmen desselben.¹⁵⁶

146. Siehe Botschaft 2016, S. 541 f.; siehe zu den Informationsrechten des Aktionärs nach dem neuen Aktienrecht allgemein Müller, S. 27 ff.

147. Im Folgenden wird unterstellt, dass diese Vorschriften bereits geltendes Recht seien, was in Tat und Wahrheit aber erst mit deren Inkrafttreten per 1. Januar 2023 der Fall sein wird.

148. Siehe zum Gesagten Urteil 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003 E. 4.2.1; Böckli, Aktienrecht, § 12 Rz. 152; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40 Rz. 171; BSK-Weber, N. 7 zu Art. 697 OR; vgl. ferner CR CO II-Trigo Trindade, N. 27 zu Art. 697.

149. Böckli, Aktienrecht, § 12 Rz. 151b; BSK-Weber, N. 12 zu Art. 697 OR; siehe auch Botschaft 2016, S. 541.

150. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1027 f.

151. Böckli, Aktienrecht, § 12 Rz. 155; BSK-Weber, N. 9 zu Art. 697 OR.

152. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40 Rz. 177; BSK-Weber, N. 9 zu Art. 697 OR.

153. Böckli, Aktienrecht, § 12 Rz. 155a; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40 Rz. 176.

154. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1028.

155. Böckli, Aktienrecht § 12 Rz. 155 *in fine*.

3. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

- 48 Eine Haftung des Verwaltungsrates aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR setzt zunächst eine *Pflichtverletzung* voraus. Die Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) verlangt von den Mitgliedern des Verwaltungsrates Gesetzestreue, zumal bei zwingenden Normen.¹⁵⁷ Art. 734f OR ist zwingendes Recht.¹⁵⁸ Schweigt der Verwaltungsrat hinsichtlich Art. 734f OR vollkommen, so begeht er eine Pflichtverletzung. Eine Pflichtverletzung liegt ebenso vor, wenn der Inhalt des Vergütungsberichts nicht der Wahrheit entspricht; aktives Lügen ist mit der Sorgfaltspflicht nicht vereinbar¹⁵⁹. Eine Pflichtverletzung ist hingegen mangels inhaltlicher Anforderungen ausgeschlossen, wenn der Verwaltungsrat sich im Vergütungsbericht bloss allgemeiner oder standardisierter Aussagen bedient oder sogar seine grundsätzliche ablehnende Haltung zu den Geschlechterraichtwerten zum Ausdruck bringt.^{160 161}
- 49 Die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit bedarf sodann eines *Schadens*. Gelangt die Pflichtverletzung in das Licht der Öffentlichkeit und sinkt in Folge der dadurch beeinträchtigten Reputation der Börsenkurs der Aktie, so könnte man darin einen Schaden erblicken. Allerdings handelt es sich dabei mangels nachteiliger Auswirkung auf das Vermögen der Gesellschaft nicht um einen (direkten) Schaden derselben¹⁶², und ebenso wenig steht den Aktionären ein Anspruch auf Schadenersatz zu, da sie keinen Anspruch auf einen hohen Börsenkurs haben und dem Art. 717 Abs. 1 OR insoweit kein Schutznormcharakter zukommt¹⁶³. Ein direkter Schaden beim Aktionär ist immerhin dann denkbar, wenn sein Investitionsentschluss auf einer unwahren Angabe zu den Geschlechterraichtwerten im Vergütungsbericht beruht und der Aktionäre seine infolge der Pflichtverletzung des Verwaltungsrates erworbenen Aktien zu einem tieferen Preis wieder veräussert. In diesem Falle dürfte ein Anspruch des Aktionärs gegen die Mitglieder des Verwaltungsrates aus Art. 41 OR bestehen.¹⁶⁴ In Verbindung mit Art. 717 Abs. 1 OR entfaltet Art. 734f OR insoweit Schutznormwirkung.^{165 166}
- 50 Zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Schaden muss ein natürlicher und adäquater *Kausalzusammenhang* bestehen.¹⁶⁷ Dem (direkt geschädigten) Aktionär muss der Beweis gelingen,

156. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterraichtwerte, S. 1028. – Vgl. zum Ganzen auch Urteil 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021 E. 5.1 und 5.3, wonach – entgegen verschiedentlich geäusserten Lehrmeinungen – auch Einzelheiten der Geschäftsführung Gegenstand eines Auskunftsbegehrens sein könnten (und nicht bloss Zusammenfassungen). Namentlich seien die Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates *einzel*n offenzulegen (und nicht lediglich als gesamthafte Aufstellung), soweit das Interesse des um Auskunft ersuchenden Aktionärs nicht nur ein abstraktes, theoretisches sei (wenn also etwa Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass die Voraussetzungen der Rückerstattungs- oder Verantwortlichkeitsklage erfüllt seien); das Interesse der Verwaltungsratsmitglieder an ihrer Privatsphäre habe insoweit hinter dasjenige des Aktionärs zurückzutreten.

157. ZK-Bühler, N. 21 zu Art. 717 OR; ders., Business Judgment Rule, S. 37; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 14 N. 38; Vogt/Bänziger, S. 618; BSK-Watter/Roth Pellanda, N. 24 zu Art. 716a OR; vgl. auch Urteil 1B_41/2011 vom 24. März 2011 E. 2.3.1; BGE 110 II 391 E. 2; ZK-Bürgi, N. 6 zu Art. 722 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 Rz. 70; Sethe/Andreotti, S. 138 f.; von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1540.

158. Siehe vorn N. 17.

159. Vgl. Giger, S. 157; Böckli, Aktienrecht, § 18 Rz. 247; ebenso mit Bezug zur Selbstregulierung ZK-Bühler, N. 52 zu Art. 717 OR; BSK-Watter/Roth Pellanda, N. 14a zu Art. 717 OR.

160. Vgl. vorn N. 40 und 44.

161. Siehe zum Ganzen auch Müller/Forrer, Geschlechterraichtwerte, S. 1028 f.

162. Vgl. ZK-Bühler, N. 53 zu Art. 717 OR; Giger, S. 157 ff.

163. Vgl. Giger, S. 158 f.

164. Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 18 Rz. 247 und 311 ff.; ZK-Bühler, N. 54 zu Art. 717 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 Rz. 21. In der Lehre wird die Anspruchsgrundlage bei unmittelbarer Schädigung des Aktionärs bisweilen sowohl in Art. 754 als auch in Art. 41 OR erblickt. Das Bundesgericht prüft solche Ansprüche indes nur als Anwendungsfall von Art. 41 OR (siehe etwa BGE 141 III 112 E. 5.2.1 = Pra 2015 Nr. 96; BGE 132 III 564 E. 3.2.1 = Pra 2007 Nr. 57; BGE 131 III 306 E. 3.1.2).

dass sein Investitionsentschluss mit der unwahren Angabe des Verwaltungsrates zu den Geschlechterrichtwerten im Vergütungsbericht zusammenhängt. Die Annahme, dass die *"gender policy"* im Management eines Unternehmens für die Willensbildung der meisten Anleger nicht wesentlich sein dürfte (im Gegensatz etwa zur Berufserfahrung), liegt nicht fern, sodass dieser Beweis nur selten erfolgreich sein wird. Immerhin ist er nicht ausgeschlossen, zumal in Zeiten von ESG *"diversity"*-Themen immer mehr Gewicht gewinnen.^{168 169}

B. Anspruch auf "Einstellung"?

- 51 Zumindest denkbar wäre ein Anspruch eines bei der Bestellung des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung nicht berücksichtigten Kandidaten auf klageweise "Einstellung" (genauer: auf klageweise Begründung eines Organverhältnisses). Ein solcher Anspruch ist abzulehnen. Er ginge an Gegenstand und Zweck von Art. 734f OR gänzlich vorbei. Diese Norm wird vom Gedanken der Transparenz getragen und sieht für den Fall der Verwirklichung ihres Tatbestandes keine "harten" Rechtsfolgen, sondern nur eine Begründungspflicht vor.¹⁷⁰ *A fortiori* wäre es schlechterdings abwegig, hieraus einen klageweise durchsetzbaren Anspruch der geschilderten Art konstruieren zu wollen. Selbst Art. 5 Abs. 2 GlG schliesst für den Fall der Ablehnung einer Anstellung oder für den Fall der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nach Obligationenrecht einen Rechtsanspruch der diskriminierten Person auf Einstellung aus und gewährt dieser Person lediglich einen Anspruch auf Entschädigung in Geld.

MATERIALIEN

Bericht zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), Bern, 17. September 2015 (zit. Bericht Vernehmlassung VE-OR 2014).

Bertschinger Urs, Vernehmlassung zur «Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)», Vorentwurf vom 28. November 2014, 14. März 2015 (zit. Vernehmlassung).

Botschaft des Bundesrates vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft 2016).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969 ff. (zit. Botschaft Revisionspflicht 2004).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister) vom 6. Dezember 2019, BBl 2020 799 ff. (zit. Botschaft Personenstandsregister 2014).

Erläuternder Bericht des Bundesrates zum Vorentwurf 2014 (zit. Bericht VE-OR 2014).

165. Mit Bezug auf die Selbstregulierung a.M. Giger, S. 141 f. Die von ihm gegen die deliktische Haftung vorgebrachten Argumente vermögen bei Art. 734f OR indes nicht zu verfangen, da diese Norm zwingend ist.

166. Siehe zum Ganzen auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1029.

168. Vgl. auch vorn N. 2.

169. Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1029.

170. Siehe vorn N. 19 und 36.

European Women on Boards (Hrsg.), Gender Diversity Index 2021, <https://europeanwomenonboards.eu/wp-content/uploads/2022/01/2021-Gender-Diversity-Index.pdf>, besucht am 4.3.2022 (zit. Gender Diversity Index 2021).

guido schilling ag, schillingreport 2022, Medienmitteilung vom 4. März 2022, https://www.schillingreport.ch/content/uploads/sites/2/2022/02/Medienmitteilung_2022.pdf, besucht am 4.3.2022 (zit. Medienmitteilung Schilling-Report 2022).

Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 13. März 2015.

von der Crone Hans Caspar, Vernehmlassungseingabe zur Revision des Aktienrechts, 13. März 2015 (zit. Vernehmlassung).

LITERATURVERZEICHNIS

Bertschinger Urs, Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, GesKR 2/2012, S. 294 ff. (zit. Delegation).

Böckli Peter, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2015, S. 1 ff. (zit. Blütenlese).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. Aktienrecht).

Bühler Christoph B., «Business Judgment Rule»: Massstab für die richterliche Beurteilung unternehmerischen Ermessens im Aktienrecht, in: Müller Matthias P. A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, S. 29 ff.

Bühler Christoph B., Ausserrechtliche Regulierungstendenzen in der Corporate Governance, Empfehlungen der Stimmrechtsberater, Best Practice und Vorwirkung der Aktienrechtsrevision, EF 1-2/2016, S. 12 ff.

Bühler Christoph B., Entwicklung der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative, SJZ 2015, S. 349 ff. (zit. Corporate Governance).

Bühler Christoph B., Zürcher Kommentar, Art. 698-726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft. Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018.

Burg Benedict / von der Crone Hans Caspar, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung, SZW 1/2012, S. 59 ff.

Bürgi Friedrich Wolfhart, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–738 OR, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1969.

Chaudet François, Responsabilité civile et principaux devoirs des réviseurs, La responsabilité de l'organe de révision dans la SA (1^{ère} partie), ST 4/2000, S. 306 ff.

Dekker Stephan, in: Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), Aktienrecht Kommentar (Orell Füssli), Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Zürich 2016.

Druey Jean Nicolas/ Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Dubs Dieter / Truffer Roland, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016.

- Duc Nicolas, Nouvel (?) avant-projet de révision du droit de la société anonyme, Jusletter vom 19. Oktober 2015.
- Forstmoser Peter / Kleibold Thorsten, Berichterstattung des Abschlussprüfers über wichtige Prüfungssachverhalte, EF 9/2016, S. 614 ff.
- Forstmoser Peter / Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.
- Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur / Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Frei Nula, Gleichheits- und Repräsentationsverständnisse im verfassungsrechtlichen Diskurs um "Frauenquoten", ZSR 139/2020, S. 173 ff.
- Fried Jesse M., Will Nasdaq's Diversity Rules Harm Investors? 12 Harvard Business Law Review, art. 1, 2021, S. 1 ff.
- Gerhard Frank, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.
- Friederici Katharina, Die neue Quotenregelung im schweizerischen Aktienrecht: Unsinn oder Zeitgeist?, GesKR 1/2022, S. 92 ff.
- Giger Gion, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Grundlagen sowie Anpassungsbedarf in den Bereichen Aktionärsrechte und Unternehmensleitung bei Publikumsgesellschaften, Diss., Zürich 2003.
- Grosz Mirina, Frauenquoten im Aktienrecht?, Die Verfassungsmässigkeit der Vorgabe zur Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung gemäss Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, ZBl 116/2015, S. 511 ff.
- Habersack Mathias, in: Goette Wulf / Habersack Mathias / Kalss Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, 5. Aufl., München 2019.
- Hofstetter Karl, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, ST 2015, S. 171 ff. (zit. Swiss Code).
- Hofstetter Karl, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, Grundlagenbericht zur Revision, Zürich 2014 (zit. Grundlagenbericht).
- Homburger Eric, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 707–726 OR, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1997.
- Junod Valérie, «Comply or explain»: la solution au dilemma des quotas?, SZW 5/2015, S. 478 ff. (zit. dilemma).
- Junod Valérie, Quotas féminins dans le CO: Que penser de la volte-face du Conseil fédéral?, GesKR 3/2015, S. 381 ff. (zit. quotas).
- Knobloch Stefan, in: Watter Rolf / Vogt Hans-Ueli, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), 1. Aufl., Basel 2015.
- Kunz Peter V., Schweizer Wirtschaftsrecht im 21. Jahrhundert: Ausblick(e) zwischen Hoffen und Bangen, AJP 3/2015, S. 411 ff.
- Lütolf Daniel, Das Kollisionsrecht der internationalen Unternehmensübername, Diss. Zürich 2020.

Meier-Hayoz Arthur /Forstmoser Peter /Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018.

Müller Andreas / Oser David, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), OR Kommentar (Orell Füssli), Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Matthias P. A., Informationsrechte des Aktionärs: Würdigung des Entwurfs für ein neues Aktienrecht, ex ante 2019, S. 27 ff.

Müller Matthias P. A. / Forrer Lucas, Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht, AJP 2019, S. 1015 ff. (zit. Geschlechterrichtwerte).

Müller Matthias P. A. / Forrer Lucas, Keine Frauenquote, aber Erklärungspflicht, NZZ vom 29. Juni 2020, S. 11 (zit. Frauenquote).

Müller Roland / Lipp Lorenz / Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

Nay Martin / Rüfenacht Beat / Steiner Andreas, Erfahrungen mit der neuen Berichterstattung über Key Audit Matters, EF 10/2017, S. 694 ff.

Painter Richard W., Board Diversity: A Response to Professor Fried, Stanford Journal of Law, Business & Finance, Vol. 27:1, S. 174 ff.

Pfiffner Daniel, Revisionsstelle und Corporate Governance: Stellung, Aufgaben, Haftung und Qualitätsmerkmale des Abschlussprüfers in der Schweiz, in Deutschland, in der Europäischen Union und in den Vereinigten Staaten, Diss., Zürich/St. Gallen 2008.

Poggio Karin / Zihler Florian, Weiterer Meilenstein in der Aktienrechtsrevision, EF 1–2/2016, S. 79 ff.

Riout Christian, Gender Diversity in der Unternehmensführung, Diss., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Diversity).

Riout Christian, Geschlechterrichtwerte für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Erläuterung und Analyse des bundesrätlichen Vorschlags im Rahmen der aktuellen Aktienrechtsrevision, Jusletter vom 12. März 2018 (zit. Geschlechterrichtwerte).

Ruprecht Roland / Gwerder Ruth, Key Audit Matters und erweiterte Berichterstattung, EF 12/2017, S. 950 ff.

Schärer Heinz, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Schenker Urs, Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema, SZW 5/2015, S. 469 ff.

Schneider Roman / Wagner Alexander F. / Wenk Bernasconi Christoph, Der Verwaltungsrat zwischen Regulierung und Marktdisziplin, EF 9/2016, S. 670 ff.

Sethe Rolf / Andreotti Fabio, Compliance und Verantwortlichkeit, in: Peter R. Isler/Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, S. 87 ff.

Stojanovic Jasna, Die Zersplitterung der Gläsernen Decke? Die Gleichstellung der Geschlechter durch gesetzliche Massnahmen, Die vorgesehene Quotenregelung für börsenkotierte Grossunternehmen in der aktuellen Aktienrechtsrevision: Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, in: Canapa Damiano / Landolt Robin / Müller Nicola (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung, Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, Zürich/St. Gallen 2018, S. 165 ff.

Trigo Trindade Rita, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Code des obligations II – Commentaire romand, 2. Aufl., Basel 2017.

Ueberschlag Jakob, Geschlechtsspezifische Quotenregelung im Rahmen der geplanten Aktienrechtsrevision, AJP 6/2015, S. 907 ff.

Vogt Hans-Ueli / Bänziger Michael, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, GesKR 4/2012, S. 607 ff.

Vogt Hans-Ueli, Freiheit und Zwang im Aktienrecht, NZZ vom 20. Januar 2015, S. 21.

von der Crone Hans Caspar / Angstmann Luca, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 1/2017, S. 2 ff.

von der Crone Hans Caspar / Brugger Daniel, Salärgovernance, SZW 3/2014, S. 241 ff.

von der Crone Hans Caspar / Daeniker Daniel, Aktienrecht und Finanzmarktregulierung – wohin geht die Reise?, SJZ 20/2016, S. 457 ff.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Watter Rolf / Maizar Karim, in: Watter Rolf / Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), 1. Aufl., Basel 2015.