

Aktienrecht

Aktienrechtsrevision (01.01.2023) Rechtsprechung und Praxis

Dr. iur. Claudio Weingart
Rechtsanwalt und Notar
claudio.weingart@kunzschmid.ch

Dr. iur. Remo Dolf
Rechtsanwalt
remo.dolf@kunzschmid.ch

Aktienrechtsrevision 2020

Übersicht

- Im Juni 2020 (endlich) Verabschiedung der Aktienrechtsrevision im Parlament → **MODERNISIERUNG / FLEXIBILISIERUNG des Aktienrechts**
- **Aktienrechtsreform** umfasst eine **Vielzahl an Themengebieten** bei **AG** und **GmbH** (z.B. Aktienkapital und Aktien, Aktionärsrechte, Generalversammlungen etc.) und teilweise **Genossenschaft** (neu öffentliche Beurkundung bei Gründung, Art. 830 OR)
- Präsentation versucht, einige Schwerpunkte mit **praktischer Relevanz für AG** (im Kanton Graubünden) zu setzen
- **Praxis HRGR und EHRA** zum neuen Aktienrecht noch offen (vor allem bei Notariatsgeschäften)

Aktienrechtsrevision 2020

Inkrafttreten

Per 1. Januar 2021 in Kraft:

- **Art. 734f OR:** Geschlechterrichtwerte (min. 30% im VR und 20% in GL). Aber: nur für grosse börsenkotierte AG's, lange Übergangsfrist (5 J. VR bis 2026/10 J. GL bis 2031), «Comply or Explain»-Ansatz (Keine [rechtliche] Sanktion!)
- **Art. 964d-f OR:** Transparenzregeln im Rohstoffsektor (Meldepflicht für Zahlungen an staatliche Stellen ab CHF 100K)

Inkrafttreten der übrigen Bestimmungen per 1. Januar 2023 (mit Übergangsfrist von 2 Jahren bis 31.12.2024 für Anpassung von Statuten / Reglementen), revidierte HRegV ebenfalls per 01.01.2023

Aktienrechtsrevision 2020

Pro Memoria-Änderungen

- **1. November 2019: Teilabschaffung der Inhaberaktien (Art. 622 OR)**

Achtung: Übergangsfrist ist per 30. April 2021 abgelaufen!

→ Zwangsumwandlung als Konsequenz. Säumige Inhaberaktionäre müssen ihre Aktionärsstellung über das Gericht beantragen. Galgenfrist bis 31. Oktober 2024, anschliessend fallen die Aktien der Gesellschaft zu (gilt für die Aktien von dem VR unbekannten, ehemaligen Inhaberaktionären).

- **1. Juli 2015 / 1. November 2019: Melde- und Registerführungspflicht (Art. 686 OR / Art. 697 j ff. OR)**

Die Gesellschaft muss ein Aktien- bzw. Anteilsbuch führen, aus dem die Aktionäre bzw. Gesellschafter sowie die wirtschaftlich Berechtigten (UBO) ersichtlich sind. → Achtung: Strafsanktionen bei Nichtbefolgung für VR/GL und Aktionäre (Art. 327 StGB und Art. 327a StGB).

Aktienrechtsrevision 2020

Themen

GV

Zwischendividende
Tagungsort
Virtuelle GV

Aktiengesellschaft

Fremdwährungen
Aktiennennwerte
Liberierung
Kapitaländerungen
Reserven
PS-Scheine und Aktien

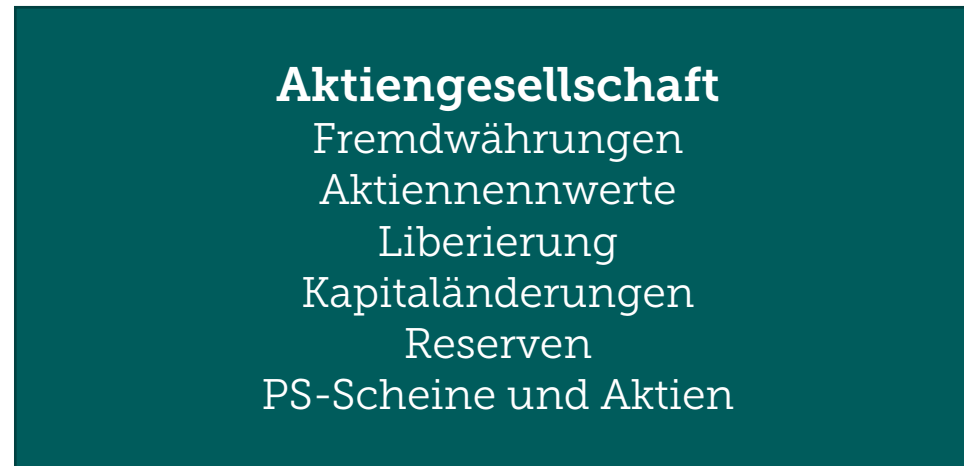
Aktionäre

Auskunftsrechte
Sonderuntersuchung
Schiedsklausel

VR / RS / GL

Zahlungsunfähigkeit
Kapitalverlust
Überschuldung
Bewertungen
Geschlechterquote

Teil 1: Aktiengesellschaft



Grundkapital in Fremdwährung

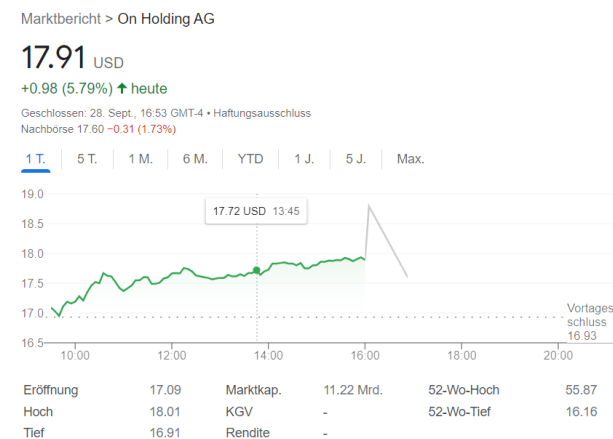
- Seit dem 01.01.2013 ist die Rechnungslegung und Buchhaltung einer Gesellschaft in **einer ausländischen Währung zulässig**, soweit diese für die Geschäftstätigkeit wesentlich (funktional) ist, d.h. die Währung der wesentlichen Geldflüsse der Gesellschaft (Art. 957a Abs. 4 OR).
→ Inkohärenz mit aktienrechtlichen Vorgaben.
- **Art. 621 Abs. 2 OR / Art. 773 Abs. 2 OR:** Aktienkapital und Stammkapital in funktionaler Währung zulässig („in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung“)
 1. Zum Zeitpunkt der Errichtung **Gegenwert von mindestens CHF 100'000** (bei Gründungen Reserven für Währungsschwankungen vorsehen; Umrechnung gemäss Informationen SIX Financial Information)
 2. Zwingende **Kongruenz** von Aktienkapital / Reserven und Rechnungslegung / Buchführung
 3. Bundesrat legt zulässige Währungen fest: Das **Aktienkapital darf neu auch in USD, EUR, GBP oder JPY bestimmt** sein (vgl. Art. 45a HRegV und Anhang 3).
 4. GV kann **Wechsel der Währung** auf Beginn eines Geschäftsjahres beschliessen (Art. 621 Abs. 3 OR, qualifiziertes Mehr erforderlich).
 5. **keine verdeckte Kapitalerhöhung oder -herabsetzung** möglich: Soll das AK im Rahmen eines Währungswechsels auf einen vernünftig erscheinenden Betrag festgelegt werden, ist zusätzlich eine Kapitalerhöhung oder -herabsetzung zu beschliessen.

Nennwert (Aktien, Stammanteile)

- **Nennwert (Art. 622 Abs. 4 OR, Art. 774 Abs. 1 OR):**
 - Neu muss der Nennwert von Aktien und Stammanteilen **lediglich grösser als Null** sein (unbegrenztes Splitting, Fraktionen von Rappen zulässig). Flexibilität ist besonders bei börsenkotierten Gesellschaften mit einem hohen Unternehmenswert von Vorteil (vgl. Beispiel):
 - **keine Rundung** zulässig; Aktienkapital ist in diesen Fällen in Brüchen anzugeben (bspw. Nennwert von CHF 1/300)

Ei	Lö	Firma
1		On Holding AG
1		(On Holding SA) (On Holding Ltd)

	Aktienkapital(CHF)	Liberierung(CHF)	Aktien-Stückelung
Ei	Lö		
22	33'454'187.50	33'454'187.50	299'998'125 Namenaktien zu CHF 0.10 345'437'500 Namenaktien zu CHF 0.01 (Stimmrechtsaktien)



- **Bisherige Grenze nach Art. 622 Abs. 4 OR (ab 01.05.2001) / Art. 774 Abs. 1 OR:** Der Nennwert der Aktie muss mindestens 1 Rappen betragen. Der Nennwert der Stammanteile muss mindestens 100 Franken betragen

Liberierung

- **Liberierung (Art. 634 OR)**

- Regelung für die **beabsichtigte Sachübernahme als qualifizierte Form der Liberierung** bei der Gründung einer Aktiengesellschaft entfällt nach neuem Recht. Sie gilt neu nicht mehr als qualifizierter Tatbestand bei einer Gründung / Kapitalerhöhung und unterliegt daher nicht mehr der Register- und Statutenpublizität, und auch die Sicherheitsmassnahmen (Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht, Prüfungsbericht) entfallen.
- Liberierung durch Sacheinlagen ist **neu grundsätzlich in Art. 634 OR** geregelt, wobei der zu streichende, bisherige Art. 628 OR teilweise in die neue Regelung überführt sowie inhaltlich ergänzt wird (Kodifizierung der Praxis).
- Bei **Sacheinlage von Grundstücken in mehreren Kantonen**: Nur eine öffentliche Urkunde, welche am Sitz der Gesellschaft errichtet wird, notwendig (Art. 634 Abs. 3 OR)

Art. 634³²⁷

¹ Gegenstände einer Sacheinlage gelten als Deckung, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Sie können als Aktiven bilanziert werden.
2. Sie können in das Vermögen der Gesellschaft übertragen werden.
3. Die Gesellschaft kann nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin frei darüber verfügen oder erhält, im Falle eines Grundstücks, einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch.
4. Sie können durch Übertragung auf Dritte verwertet werden.

² Die Sacheinlage ist schriftlich zu vereinbaren. Der Vertrag ist öffentlich zu beurkunden, wenn dies für die Übertragung des Gegenstandes vorgeschrieben ist.

³ Eine einzige öffentliche Urkunde genügt auch dann, wenn Grundstücke, die Gegenstand der Sacheinlage sind, in verschiedenen Kantonen liegen. Die Urkunde muss durch eine Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft errichtet werden.

⁴ Die Statuten müssen den Gegenstand und dessen Bewertung sowie den Namen des Einlegers und die dafür ausgegebenen Aktien sowie allfällige weitere Gegenleistungen der Gesellschaft angeben. Die Generalversammlung kann die Statutenbestimmungen nach zehn Jahren aufheben.

Liberierung

- **Verrechnungsliberierung (Art. 634a OR):**

Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (Kodifizierung bestehende Praxis)

- Im geltenden im Gesetz ist de lege lata nur der Fall abgebildet, dass im Rahmen einer nachträglichen Leistung auf nicht vollständig liberierte Aktien mit Verrechnung erfüllt wird (aArt. 634a Abs. 2 OR)
- Neu wird die generelle Zulässigkeit einer Liberierung durch Verrechnung mit einer Forderung (auch im Zuge der Gründung einer Gesellschaft) gesetzlich kodifiziert (Art. 634a Abs. 1 OR)
- Neukodifizierung entspricht der geltenden HR-Praxis, wonach im Zuge von Gesellschaftsgründungen mitunter auch eine Verrechnungsliberierung möglich ist (wenn auch selten):
 - Vorleistungen Gründer im Vorfeld der Gründung zulasten der in Gründung befindlichen Gesellschaft
 - Vorleistungen müssen ausgewiesen und bilanzierbar /werthaltig sein.

Liberierung

- **Verrechnungsliberierung (Art. 634a OR):**
Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (neu)
 - In Art. 634a Abs. 2 OR wird (**für Kapitalerhöhungen**) festgehalten, dass die zu verrechnende Forderung gegen die Gesellschaft nicht zwingend **durch Aktiven der Gesellschaft gedeckt** bzw. nicht voll werthaltig sein muss (bislang strittig), was besonders im Kontext einer Sanierung von Bedeutung sein kann (auch wenn keine neue Liquidität zufließt). Buchhalterisch kommt es so zu einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital.
 - Der Betrag der zu verrechnenden Forderung, der Name des Aktionärs und die ihm zukommenden Aktien müssen **neu in den Statuten offengelegt** werden (Art. 634a Abs. 3 OR).

Kapitalerhöhung / Kapitalherabsetzung

- ordentliche Kapitalerhöhung ist vom Verwaltungsrat **innert sechs Monaten** durchzuführen, statt wie bisher innert Dreimonatsfrist (Art. 650 Abs. 3 OR)
- **Streichung genehmigte Kapitalerhöhung** nach bisherigem Recht (Art. 651 ff. OR)
- Neuschaffung **Kapitalband als Instrument für Kapitalveränderungen** (Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung)
- Präzisierung, Systematisierung und Erleichterung der Bestimmungen zur **Kapitalherabsetzung** (mehr dazu in Art. 653j–653r OR)
- «**Harmonika**» ist nun eigenständig in Art. 653q OR unter dem Titel «Gleichzeitige Herabsetzung und Erhöhung des Aktienkapitals» geregelt

Kapitalband (Art. 653s-v OR)

- Neues Institut zur **flexibleren Gestaltung der Eigenkapitalstruktur**. Interessant im Zhg. mit Übernahmen oder Finanzierungen / Investitionen.
- Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, während einer Dauer von längstens fünf Jahren das Aktienkapital **innerhalb einer Bandbreite (Kapitalband)** zu verändern.
- Statuten legen fest, **innerhalb welcher Grenzen** der Verwaltungsrat das Aktienkapital erhöhen und/oder herabsetzen darf.
- Die obere Grenze des Kapitalbands darf das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital höchstens um die Hälfte übersteigen. Die untere Grenze des Kapitalbands darf das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital höchstens um die Hälfte unterschreiten. Das Mindestkapital von CHF 100'000 darf nicht unterschritten werden.

Kapitalband (Art. 653s-v OR)



- Einführung nur über Statutenänderung (qualifizierte Mehrheit der GV), Gestaltungsfreiheit (Erhöhung oder Herabsetzung, kürzere Dauer, Auflagen, Bedingungen)
- Der Verwaltungsrat beschliesst im Rahmen seiner Ermächtigung über die Erhöhung oder die Herabsetzung des Aktienkapitals und erlässt die notwendigen Bestimmungen, soweit sich diese nicht bereits aus dem Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung bzw. den Statuten ergeben. (Kompetenzverschiebung)
- Herabsetzung über ordentliche Kapitalherabsetzung, deklarative Kapitalherabsetzung oder Kapitalschnitt. Erhöhung i.S. einer ordentlichen oder bedingten Kapitalerhöhung möglich. Bestimmungen dazu gelten sinngemäss.
- Herabsetzung im Zuge Kapitalband nur möglich, wenn die Gesellschaft nicht auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verzichtet hat

Reserven (Art. 671 ff. OR)

In Analogie zum gültigen Rechnungslegungsrecht Angleichung der Begrifflichkeiten:

- (1) Gesetzliche Kapitalreserven (Art. 671 OR)
- (2) Gesetzliche Gewinnreserven (Art. 672 OR)
- (3) Freiwillige Gewinnreserven (Art. 673 OR)
- (4) Verlustverrechnung (Art. 674 OR)

Gesetzliche Kapitalreserven

(Art. 671 OR)

Art. 671⁴⁴³

C. Reserven
I. Gesetzliche
Kapitalreserve

¹ Der gesetzlichen Kapitalreserve sind zuzuweisen:

1. der Erlös, der bei der Ausgabe von Aktien über den Nennwert und die Ausgabekosten hinaus erzielt wird;
2. die zurückbehaltene Einzahlung auf ausgefallene Aktien (Art. 681 Abs. 2), soweit für die dafür neu ausgegebenen Aktien kein Mindererlös erzielt wird;
3. weitere durch Inhaber von Beteiligungspapieren geleistete Einlagen und Zuschüsse.

² Die gesetzliche Kapitalreserve darf an die Aktionäre zurückbezahlt werden, wenn die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven, abzüglich des Betrags allfälliger Verluste, die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals übersteigen.

³ Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht (Holdinggesellschaften), dürfen die gesetzliche Kapitalreserve an die Aktionäre zurückbezahlen, wenn die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven 20 Prozent des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals überschreiten.

- Gesetzliche Kapitalreserven = Agio [KER], Zuschüsse
- Neu: teilweise Rückzahlung der KR möglich (Art. 671 Abs. 2 und Abs. 3 OR), wenn Grenze von 50% / 20% des AK überschritten ist.
- Auswirkungen auf Berechnung Überschuldung / Kapitalverlust (!)

Gesetzliche Gewinnreserven

(Art. 672 OR)

Art. 672⁴⁴⁵

II. Gesetzliche Gewinnreserve

¹ Der gesetzlichen Gewinnreserve sind 5 Prozent des Jahresgewinns zu-
zuweisen. Liegt ein Verlustvortrag vor, so ist dieser vor der Zuweisung
an die Reserve zu beseitigen.

² Die gesetzliche Gewinnreserve ist zu äufnen, bis sie zusammen mit
der gesetzlichen Kapitalreserve die Hälfte des im Handelsregister ein-
getragenen Aktienkapitals erreicht. Holdinggesellschaften müssen die
gesetzliche Gewinnreserve äufnen, bis diese zusammen mit der gesetz-
lichen Kapitalreserve 20 Prozent des im Handelsregister eingetragenen
Aktienkapitals erreicht.

³ Für die Ermittlung und Verwendung der gesetzlichen Gewinnreserve
gilt Artikel 671 Absätze 2, 3 und 4 entsprechend.

- Grundsätze der
Reservenbildung unverändert
- Es entfällt die zweite
Zuweisung an die gesetzliche
Reserve (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3
OR).
- Die Bildung der Reserven wird
also vereinfacht.

Freiwillige Gewinnreserven (Art. 673 OR)

- Freiwillige Gewinnreserven dürfen nur gebildet werden, wenn das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung **der Interessen aller Aktionäre** dies rechtfertigt.
- unzulässig ist die Äufnung, wenn sie unternehmensfremden Zwecken, der **«Aushungerung» von Personen mit Minderheitsbeteiligungen** oder einem missbräuchlichen Tiefhalten des Aktienkurses durch tiefe Dividendenausschüttungen dient.

Verlustverrechnung

(Art. 674 OR)

- Verluste müssen in folgender Reihenfolge verrechnet werden mit:
 1. dem Gewinnvortrag;
 2. den freiwilligen Gewinnreserven;
 3. der gesetzlichen Gewinnreserve;
 4. der gesetzlichen Kapitalreserve.
- Anstelle der Verrechnung mit der gesetzlichen Gewinnreserve oder der gesetzlichen Kapitalreserve dürfen verbleibende Verluste auch teilweise oder ganz auf die neue Jahresrechnung vorgetragen werden.
- Grundsatz der Klarheit und Verständlichkeit der Rechnungslegung (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 1 OR). Nicht: Jahresverlust gleichzeitig mit einem Gewinnvortrag in der Eröffnungsbilanz des neuen Geschäftsjahrs ausweisen.

- Das geltende Recht regelt weder die Umwandlung von Aktien in PS-Scheine, noch den umgekehrten Fall.
- **Aktien können neu in Partizipationsscheine** umgewandelt werden
 - Art. 656a Abs. 5 OR: Die Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine bedarf der Zustimmung sämtlicher betroffener Aktionäre (da Entzug Mitwirkungs- und Stimmrechte).
- **Partizipationsscheine können neu in Aktien** umgewandelt werden
 - Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR: Die Umwandlung von Partizipationsscheinen in Aktien bedarf einen Beschluss der Generalversammlung, der mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigt.

Teil 2: Generalversammlung

GV

Zwischendividende
Tagungsort
Virtuelle GV

Aktiengesellschaft

Fremdwährungen
Aktiennennwerte
Liberierung
Kapitaländerungen
Reserven
PS-Scheine und Aktien

Aktionäre

Auskunftsrechte
Sonderuntersuchung
Schiedsklausel

VR / RS / GL

Zahlungsunfähigkeit
Kapitalverlust
Überschuldung
Bewertungen
Geschlechterquote

Zwischendividende (Art. 675a OR)

Art. 675a⁴⁵⁰

II. Zwischen- dividenden

¹ Die Generalversammlung kann gestützt auf einen Zwischenabschluss die Ausrichtung einer Zwischendividende beschliessen.

² Die Revisionsstelle muss den Zwischenabschluss vor dem Beschluss der Generalversammlung prüfen. Keine Prüfung ist erforderlich, wenn die Gesellschaft ihre Jahresrechnung nicht durch eine Revisionsstelle eingeschränkt prüfen lassen muss. Auf die Prüfung kann verzichtet werden, wenn sämtliche Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen und die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden.

³ Die Bestimmungen über die Dividenden finden Anwendung (Art. 660 Abs. 1 und 3, 661, 671–674, 675 Abs. 2, 677, 678, 731 sowie 958e).

Zwischenabschluss (Art. 960 f. OR)

- Zwischenabschluss ist gemäss **Vorschriften zur Jahresrechnung** zu erstellen (Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang).
- **Vereinfachungen oder Verkürzungen** sind zulässig, sofern keine Beeinträchtigung der Darstellung des Geschäftsgangs entsteht. Zudem enthält der Anhang des Zwischenabschlusses die folgenden Angaben:
 1. den Zweck des Zwischenabschlusses;
 2. Vereinfachungen Verkürzungen, Abweichungen im vgl. Jahresrechnung;
 3. weitere Faktoren mit Auswirkungen auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens, insbesondere Ausführungen zur Saisonalität.
- **Pro Memoria:** Ausschüttung einer Dividende / Zwischendividende nicht zulässig bei offenen Covid-19-Überbrückungskrediten (Art. 2 Abs. 2 lit. a Covid-19-SBüG).

Generalversammlung

Modernisierung und Flexibilisierung der möglichen Arten und Formen von Generalversammlungen durch was folgt:

- Einberufung und Teilnahme „**in elektronischer Form**“ (E-Mail) → Statuten
- Definition **Tagungsort** durch den Verwaltungsrat (Art. 701a OR). IdR erfolgt die Generalversammlung physisch an einem Ort.
- Generalversammlung an **ausländischem Tagungsort** (Art. 701b OR) → Statuten (und idR unabhängiger Stimmrechtsvertreter)
- **Rein virtuelle GV ohne Tagungsort** (Art. 701d OR) → Statuten (und idR unabhängiger Stimmrechtsvertreter)
- Durchführung an einem, mehreren oder keinem Ort(en), sofern gleichzeitig eine virtuelle Teilnahme möglich ist (Art. 701a Abs. 3 und 701c OR) → Statuten (**Bestimmung zu hybriden und multilokalen GV**)

Virtuelle Generalversammlung

- Gemäss **Art. 701e OR** hat der Verwaltungsrat bei einer virtuellen GV (wie auch bei multilokalen und hybriden GV) sicherzustellen, dass:
 - die Identität der Teilnehmer feststeht;
 - die Voten in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden;
 - jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann;
 - und das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann.
- **Technische Probleme (Art. 701f OR):** Nicht durchführbare Traktanden/ Beschlüsse sind zu wiederholen und technische Probleme zu protokollieren (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 OR).
 - Multilokale, hybride und rein digitale Generalversammlungen setzen hohe Anforderungen an die Technik, da der korrekte Ablauf und der Meinungsaustausch unter den Aktionären gewährleistet sein muss.
 - Die Verwendung der Technik regelt der Verwaltungsrat und er muss sicherstellen, dass die Identität der Teilnehmer feststeht, die Voten in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden, jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann, und dass Abstimmungsergebnisse nicht verfälscht werden können (Art. 701e OR).

Universalversammlung

Zustimmung zu einem Antrag

Universalversammlung

- Universalversammlungen sind nach wie vor zulässig (Art. 701 Abs. 1 und 2 OR), VSS hierfür ist die Teilnahme aller Aktionäre

Zustimmung zu einem Antrag

- GV-Beschlüsse können neu nun auch im schriftlichen Zirkularverfahren (Originalunterschrift der Aktionäre erforderlich) oder in elektronischer Form gefasst werden (keine Notwendigkeit der Teilnahme aller Aktionäre);
- **Voraussetzung:** Kein Aktionär verlangt die mündliche Beratung (Art. 701 Abs. 3 OR, Einstimmigkeit zum Zirkulationsverfahren erforderlich).

Art. 701⁵³¹

¹ Die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien können, falls kein Widerspruch erhoben wird, eine Generalversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften abhalten.

² In dieser Versammlung kann über alle in den Geschäftskreis der Generalversammlung fallenden Gegenstände gültig verhandelt und Beschluss gefasst werden, solange die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien daran teilnehmen.

³ Eine Generalversammlung kann ebenfalls ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften abgehalten werden, wenn die Beschlüsse auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen, sofern nicht ein Aktionär oder dessen Vertreter die mündliche Beratung verlangt.

Exkurs: GV und Notariatswesen

Ausgangslage

- Multilokale, hybride und rein virtuelle Generalversammlungen sowie schriftliche GV-Beschlüsse sind gemäss revidiertem Aktienrecht zulässig.
- Auch beurkundungspflichtige Beschlüsse können generell so gemäss verfügbarer Literatur gefasst werden.

Herausforderung / Schwierigkeit

- Öffentliche Beurkundung richtet sich weiterhin nach den kantonalen Beurkundungsvorschriften.
- Erfordernis der Unmittelbarkeit gemäss Vorgaben von Art. 23 (sowie Art. 33 ff. Notariatsgesetz-GR)

Art. 23 Unmittelbarkeit

¹ Die Notariatsperson darf nur Tatsachen oder Vorgänge festhalten, welche sie selber wahrgenommen hat. Sie muss Beglaubigungsformeln und öffentliche Urkunden gemäss ihren Wahrnehmungen unmissverständlich abfassen.

² Die Notariatsperson kann den Wechsel- oder Checkprotest durch eine Hilfskraft entgegennehmen lassen.

De lege lata

Beurteilung

- Unmittelbarkeit für eine Vorgangsbeurkundung **vorhanden oder nicht vorhanden** bei multilokalen, hybriden und rein virtuellen Generalversammlungen sowie schriftlichen GV-Beschlüssen?
 1. Multilokale GV mit Restversammlung: Wahrscheinlich Ja.
 2. Rein virtuelle GV: Offen - wahrscheinlich derzeit Nein (Botschaft scheint Zulässigkeit zu indizieren).
 3. Schriftliche GV: Wahrscheinlich Rest-Auszählungsversammlung erforderlich.
 4. Hybride GV mit Restversammlung: Wahrscheinlich Ja.
 5. GV mit ausländischem Tagungsort: Art. 25 HRegV (ausländische öffentliche Urkunde mit Apostille)

De lege ferenda

Justizreform 3

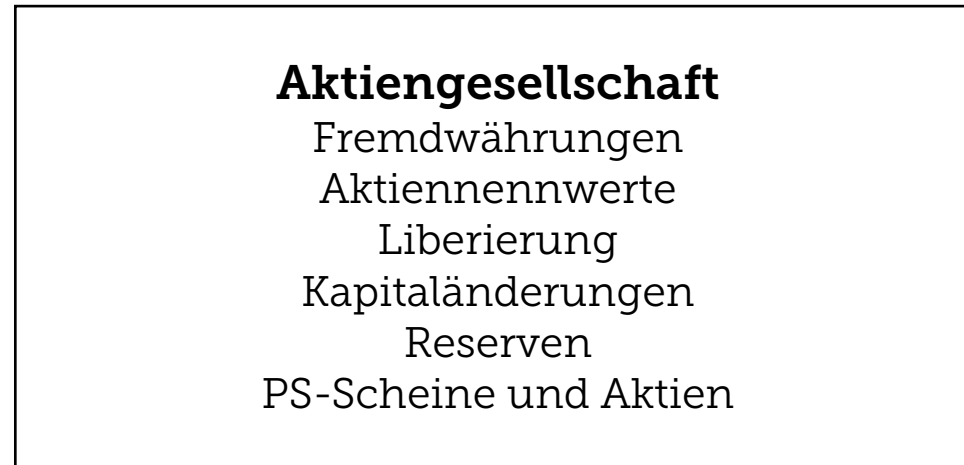
- Änderungen am Notariatsgesetz gemäss Botschaft
- Materiell betreffend GV v.a. Änderungen an Art. 33 und 35 NotG
- Beschlussfassung Grosser Rat am 14.06.2022
- Vgl. Beilagen

Auszug Botschaft (S. 1033):

Art. 35 NotG regelt die Voraussetzungen für die Beurkundung von Beschlüssen von Versammlungen oder Sitzungen. Dabei hat die Notariatsperson an der Versammlung oder an der Sitzung teilzunehmen und das Protokoll als öffentliche Urkunde zu erstellen. Wie den Ausführungen zu Art. 33 NotG entnommen werden kann, wird mit der Aktienrechtsrevision die Möglichkeit geschaffen, auch Beschlüsse virtueller Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen zu beurkunden. Für diese Fälle soll wie auch für Zirkularbeschlüsse die physische Präsenz der Notariatsperson nicht mehr vorgeschrieben werden.

Abs. 1 und Abs. 1bis: Zu diesem Zweck wird Art. 35 Abs. 1 NotG umformuliert und durch einen weiteren Absatz ergänzt. Diese Neuerung soll es ermöglichen, auf schriftlichem Weg oder unter Verwendung elektronischer Mittel gefasste Beschlüsse von Versammlungen oder Sitzungen zu beurkunden, wenn das Bundesrecht diese Form der Beschlussfassung zulässt. Die Teilnahme der Notariatsperson kann in diesen Fällen gemäss den Vorgaben des Obligationenrechts auf elektronische oder schriftliche Weise sichergestellt werden.

Teil 3: VR / RS / GL



Zahlungsunfähigkeit Sanierung (Art. 725 ff. OR)

- **Kodifizierung der bisherigen Praxis**, aufgeteilt auf vier Normen:

- | | |
|-----------------|------------------------------|
| 1. Art. 725 OR | Drohende Zahlungsunfähigkeit |
| 2. Art. 725a OR | Kapitalverlust |
| 3. Art. 725b OR | Überschuldung |
| 4. Art. 725c OR | Aufwertung von Grundstücken |

Drohende Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 OR)

- Neuer Begriff der „**drohende Zahlungsunfähigkeit**“ (Illiquidität):
 - Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt nicht schon dann vor, wenn eine Gesellschaft einmalig nicht fristgerecht bezahlen kann – vielmehr müssten sich «die Hinweise darauf verdichten, dass die Zahlungsverpflichtungen [...] nicht erfüllt werden können, sei es als Folge einzelner Ereignisse oder aufgrund struktureller Veränderungen im unternehmerischen Umfeld»
- Der **Verwaltungsrat hat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen** (Liquiditätsplanung).
- Im Fall der **drohenden Zahlungsunfähigkeit** (~ Planung für 6 Monate) hat er (zusammen mit der Revisionsstelle) mit der gebotenen Eile (analog Praxis Konkursaufschub) sicherstellende Massnahmen zu ergreifen.

Kapitalverlust (Art. 725a OR)

Neu:

- Kapitalverlust gemäss letzter Jahresrechnung: Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten decken nicht mehr die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve.
- Damit ist geklärt, dass zum Aktienkapital nur, aber immerhin, die gesperrten gesetzlichen Reserven mitzuzählen sind (Berechnung nach Art. 671 OR erforderlich, Implikationen bei KER).
- Verwaltungsrat muss nicht zwingend eine Generalversammlung einberufen, sondern kann die im Rahmen der Geschäftsführung ihm zustehenden Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts auch selbständig ergreifen.

Opting-out-Konstellationen:

- Letzte Jahresrechnung (vor Genehmigung durch GV) unterliegt **zwingend der eingeschränkten Revision**. VR ernennt den zugelassenen Revisor (!)

Überschuldung (Art. 725b OR)

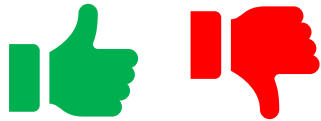
- Definition der **Überschuldung bleibt unverändert**: Fremdkapital der Gesellschaft wird durch Aktiven nicht gedeckt.
- **Massnahmen** (unverändert):
 - Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und/oder Veräusserungswerten durch Revisionsstelle oder zugelassenen Revisor
 - gegebenenfalls Anzeige der Überschuldung an den Richter und Konkurseröffnung
 - Abwenden der Überschuldensanzeige durch Rangrücktritt:
Darlehensschuld + verfallene und zukünftige Zinsen.
- **Frist**: Die Überschuldungsanzeige beim Gericht muss spätestens 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse erfolgen (Art. 725b Abs. 4 OR; angemessene Frist bei begründeter Aussicht auf Aufhebung der Überschuldung).

Sanierung durch Aufwertung (Art. 725c OR)

- Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen, deren wirklicher Wert über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten gestiegen ist, bis höchstens zu diesem Wert.
Wirklicher Wert = innerer Wert = gutachterlich objektivierter Wert.
- Der Aufwertungsbetrag ist unter der gesetzlichen Gewinnreserve gesondert als Aufwertungsreserve auszuweisen.
- **Schriftliche Bestätigung** Revisionsstelle/ zugelassener Revisor, dass die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten sind.
- Die **Aufwertungsreserve** kann nur durch Umwandlung in Aktien sowie durch Wertberichtigung oder Veräußerung der aufgewerteten Aktiven aufgelöst werden.

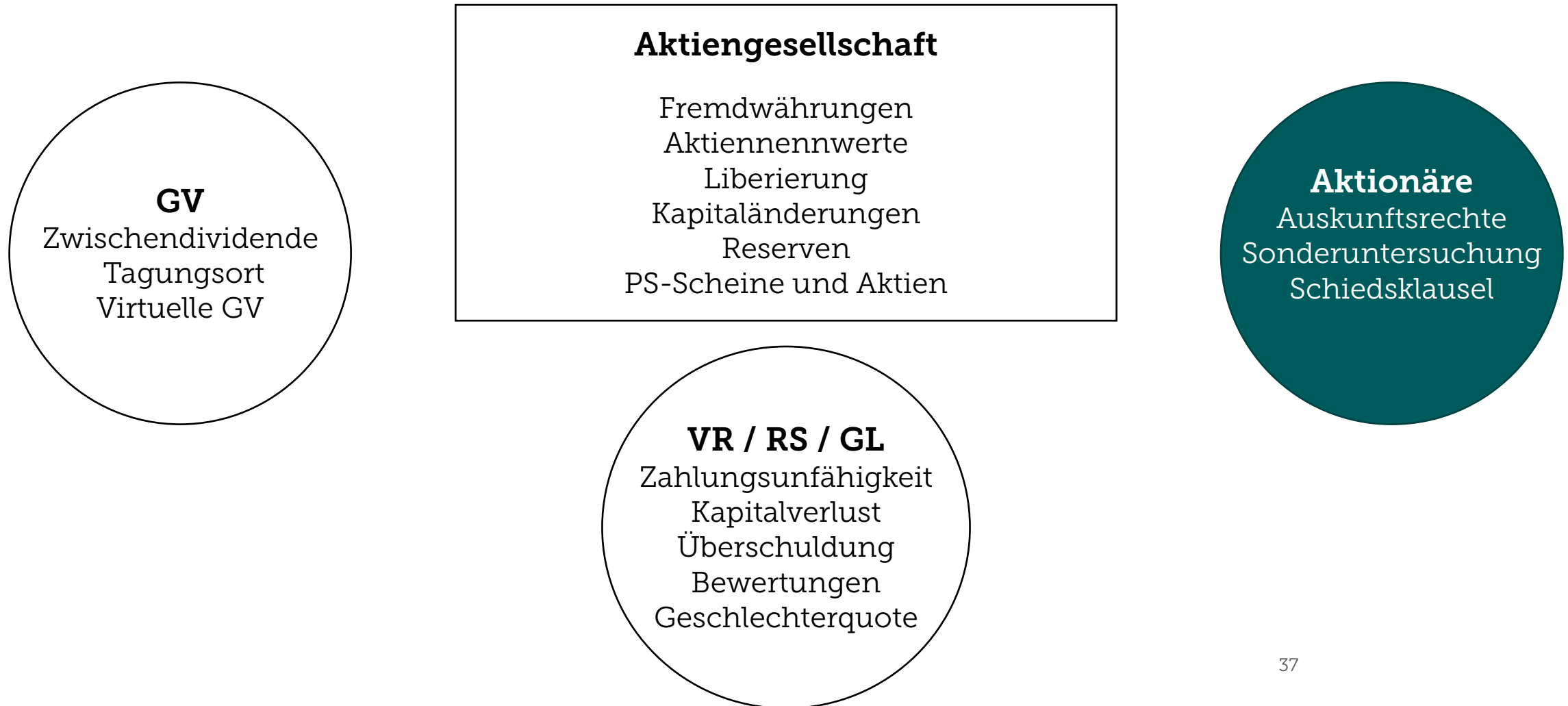
Weitere Neuerungen

- Physische, schriftliche, hybride und virtuelle Verwaltungsratssitzungen analog GV (Art. 713 OR)
- Keine Unterschrift mehr nötig bei elektronischen Zirkularbeschlüssen.
→ Beschlussfassung per E-Mail (ohne gescannte Unterschriften / qualifizierte elektronische Signatur) oder per Chat möglich (**WhatsApp, Signal**)?



- Keine statutarische Ermächtigung zur Delegation der Geschäftsführung an die Geschäftsleitung mehr nötig (Art. 716 OR)
- Interessenkonflikte VR/GL: umfassende Informationspflicht (Art. 717a OR)

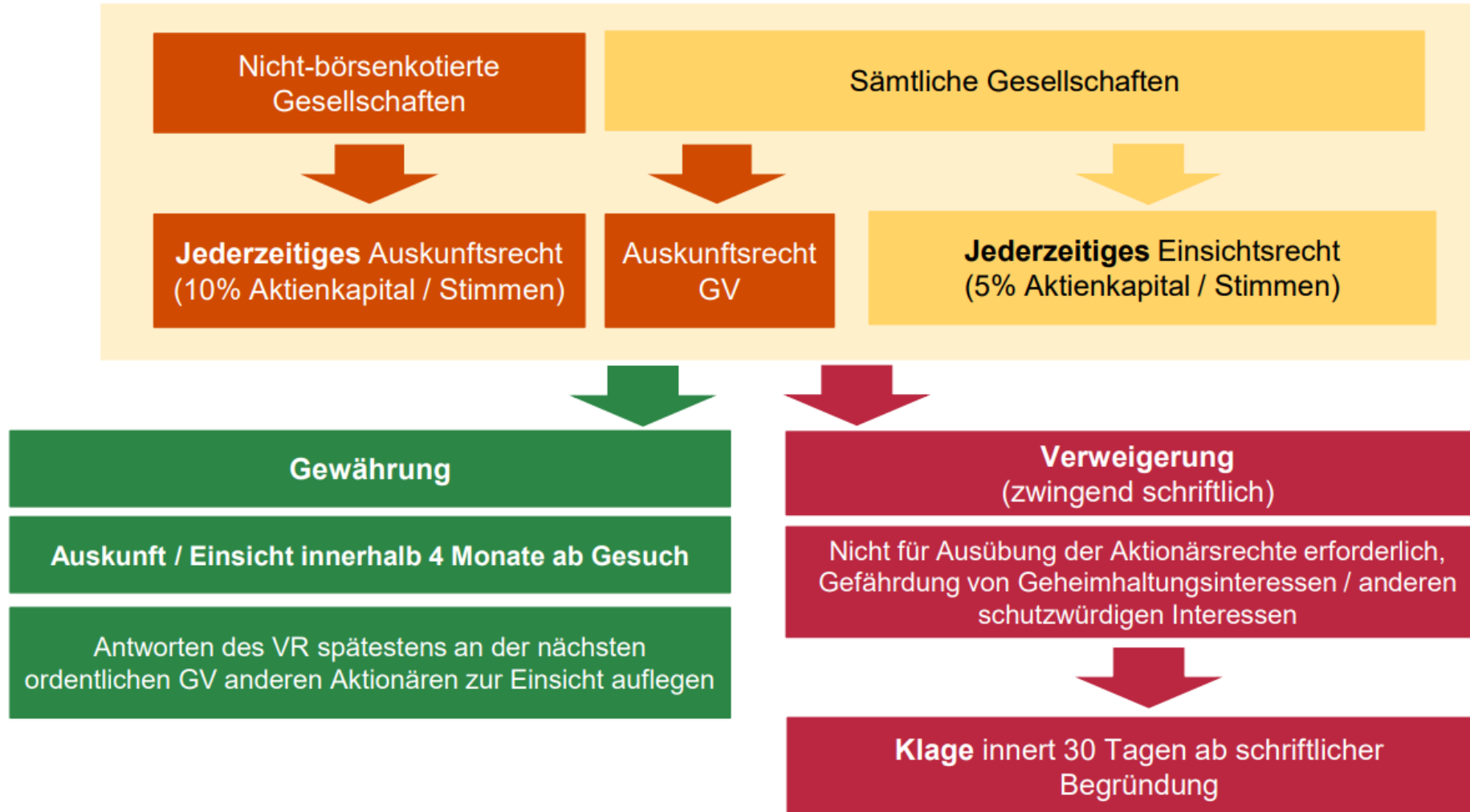
Teil 4: Aktionärsrechte



Einberufung / Traktandierung

- Recht zur **Einberufung** einer Generalversammlung
 - bei nicht börsenkotierten Gesellschaften eine Beteiligung von 10% des Aktienkapitals oder der Stimmen (Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 OR),
 - bei Publikumsaktiengesellschaften nunmehr 5% des Aktienkapitals oder der Stimmen zur Einberufung berechtigen (Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1 OR).
- Recht zur **Traktandierung** von Verhandlungsgegenständen / Aufnahme von Anträgen zu traktandierten Verhandlungsgegenständen in die Einberufung
 - bei Publikumsgesellschaften Beteiligung von 0.5% des Aktienkapitals oder der Stimmen (Art. 699b Abs. 1 Ziff. 1 OR)
 - 5% des Aktienkapitals oder der Stimmen bei nicht börsenkotierten Gesellschaften (Art. 699b Abs. 1 Ziff. 2 OR).
- Das Recht, in der GV **Anträge im Rahmen der traktandierten Gegenstände** stellen zu können, bleibt wie bisher Individualrecht (Art. 699b Abs. 5 OR).

Auskunft und Einsicht



Auskunft vom
Verwaltungsrat
(Art. 697 OR)

Einsicht in
Geschäftsbücher und
Akten
(Art. 697a und b OR)

Weiteres

- Sonderprüfung heisst neu **Sonderuntersuchung** (Art. 697c ff. OR). Keine wesentlichen materiellen Änderungen bei nicht kotierten Gesellschaften. Erleichterung vor Gericht beim Nachweis des Schädigungspotenzials (Präventivcharakter).
- Statutarischen **Schiedsklausel** für gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten möglich (Art. 697n OR).
- Verkürzung der **(relativen) Verjährungsfrist** für Verantwortlichkeitsklagen von fünf auf drei Jahren (Stillstand während Sonderuntersuchung).
- GV-Beschlüsse mit qualifiziertem Mehr (2/3 der vertretenen Stimmen und Mehrheit Aktiennennwerte) → u.a. Kapitalband, Verrechnungsliberierung, Wechsel Währung Aktienkapital, GV im Ausland, Schiedsklausel

Zusammenfassung Aktienrechtsrevision

- Höhere Flexibilität des Aktienkapitals (Fremdwährung) und der Kapitalstruktur (Kapitalband)
- Liberalisierung der Ausschüttungen (Zwischendividenden)
- Weitere Virtualisierung / Digitalisierung (virtuelle GV/VR-Sitzungen)
- Neuerungen Sanierungsrecht (drohende Zahlungsunfähigkeit)
- Massvolle Stärkung der Aktionärsrechte (Sonderuntersuchung, Auskunft und Einsicht)

Hinweise zur kommenden Praxis Aktienrechtsrevision

- Die kommende Praxis des **Eidgenössischen Handelsregisteramtes (EHRA)** zum neuen Aktienrecht ist noch pendent und wird voraussichtlich in der Reprax 04/2022 im Oktober/November 2022 erscheinen (abrufbar via Swisslex).
- **Aktualisierte Musterstatuten für Aktiengesellschaften** gemäss Aktienrechtsreform werden voraussichtlich durch die Handelsregisterämter Zürich und St. Gallen im November 2022 publiziert (keine neuen Musterstatuten durch EHRA)
- Das **Handelsregister Graubünden** (Arno Lombardini) wird voraussichtlich anfangs Januar 2023 auf der Homepage ein Merkblatt mit Hinweisen zu den Änderungen im Aktienrecht und zur neuen Praxis des HRGR zugänglich machen (z.B. erforderliche Änderungen bei Gründungsurkunden von Aktiengesellschaften)

Unterlagen / Literatur zur Aktienrechtsrevision

- **Materialien via Webseite des Bundesamtes für Justiz:** [Revision des Aktienrechts \(admin.ch\)](#)
- **Revidiertes Aktienrecht 2020 – Synopse:** [Aktienrechtsrevision_2020_Synopse_final_KGZgciW.pdf \(pestalozzilaw.com\)](#)
- **Der bernische Notar, Nr. 3 September 2022:** Karin Poggio, Neues Aktienrecht tritt am 1.1.2023 in Kraft (BN 2022 453 ff.), Relevanz für Notariatspraxis
- **Jusletter 19. September 2022:** Peter Nobel, Aktienrecht heute (Übersicht über die Gesetzesänderungen gemäss Aktienrechtsreform)

Aktuelle Rechtsprechung / Praxis

THEMEN

- Inhaberaktien / Melde- und Registerführungspflicht
- Mantelhandel (Ausblick)
- Rechtsprechung des Bundesgerichts
BGE 148 III 69, Urteil 4A_496/2021 vom 03.12.2021

Inhaberaktien

PRO MEMORIA

- Das Bundesgesetz vom 21.06.2019 zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke **trat am 01.11.2019 in Kraft.**
- Inhaberaktien sind ab diesem Zeitpunkt nur noch zulässig, wenn die Aktiengesellschaft (AG) **Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert** oder die **Inhaberaktien als Bucheffekten** im Sinne des Bucheffektengesetzes vom 03.10.2008 ausgestaltet hat (Art. 622 Abs. 1bis Obligationenrecht).
- Nach Ablauf von 18 Monaten nach Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1bis OR, d. h. **per 01.05.2021, von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt.** wurden unzulässige Inhaberaktien
- Die Umwandlung wirkt **gegenüber jeder Person**, unabhängig von allfälligen anderslautenden Statutenbestimmungen oder Handelsregistereinträgen und unabhängig davon, ob Aktientitel ausgegeben worden sind oder nicht.

Inhaberaktien

AKTUELLER STAND (HRGR)

- Gemäss Rücksprache mit dem Handelsregister Graubünden (Arno Lombardini) gibt es derzeit keine Gesellschaften mit gesetzlich zulässigen Inhaberaktien im Kanton Graubünden und nur eine Gesellschaft mit Inhaber-Partizipationsscheinen (GKB) im Kanton Graubünden
- Die Anzahl der Aktiengesellschaften, die von Amtes wegen per 1. Mai 2021 gemäss Art. 4 Abs. 2 UeB eingetragen wurden (Umwandlung von unzulässigen Inhaberaktien von Gesetzes wegen), beläuft sich **gemäss Handelsregister Graubünden im Kanton Graubünden auf 345.**
- Eine grössere Zahl dieser Gesellschaften dürfte zwischenzeitlich die Statuten bereits nachgeführt haben.....

Melde- und Registerführungspflicht

Art. 697j⁴⁴⁷

K. Meldepflicht
des Aktionärs
I. Meldung der
an Aktien
wirtschaftlich
berechtigten
Person

¹ Wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft, deren Beteiligungsrechte nicht an einer Börse kotiert sind, erwirbt und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmrechte erreicht oder überschreitet, muss der Gesellschaft innert Monatsfrist den Vor- und den Nachnamen und die Adresse der natürlichen Person melden, für die er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechtigte Person).

² Ist der Aktionär eine juristische Person oder Personengesellschaft, so muss als wirtschaftlich berechtigte Person jede natürliche Person gemeldet werden, die den Aktionär in sinngemässer Anwendung von Artikel 963 Absatz 2 kontrolliert. Gibt es keine solche Person, so muss der Aktionär dies der Gesellschaft melden.

Art. 697l⁴⁴⁹

II. Verzeichnis
der wirtschaftlich
berechtigten
Personen

¹ Die Gesellschaft führt ein Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen.

² Dieses Verzeichnis enthält den Vor- und den Nachnamen sowie die Adresse der wirtschaftlich berechtigten Personen.

III. Nicht-
einhaltung der
Meldepflichten⁴⁵¹

Art. 697m⁴⁵⁰

¹ Solange der Aktionär seinen Meldepflichten nicht nachgekommen ist, ruhen die Mitgliedschaftsrechte, die mit den Aktien verbunden sind, deren Erwerb gemeldet werden muss.

² Die Vermögensrechte, die mit solchen Aktien verbunden sind, kann der Aktionär erst geltend machen, wenn er seinen Meldepflichten nachgekommen ist.

³ Kommt der Aktionär seinen Meldepflichten nicht innert eines Monats nach dem Erwerb der Aktien nach, so sind die Vermögensrechte verwirkt. Holt er die Meldung zu einem späteren Zeitpunkt nach, so kann er die ab diesem Zeitpunkt entstehenden Vermögensrechte geltend machen.

⁴ Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben.

Melde- und Registerführungspflicht

Art. 327⁴²⁶

Verletzung der
Pflichten zur
Meldung der an
Aktien oder
Stammanteilen
wirtschaftlich
berechtigten
Person

Wer vorsätzlich den Pflichten nach Artikel 697j Absätze 1–4 oder Artikel 790a Absätze 1–4 des Obligationenrechts (OR)⁴²⁷ zur Meldung der an den Aktien oder Stammanteilen wirtschaftlich berechtigten Person nicht nachkommt, wird mit Busse bestraft.

Art. 327a⁴²⁸

Verletzung der
gesellschafts-
rechtlichen
Pflichten zur
Führung von
Verzeichnissen

Mit Busse wird bestraft, wer vorsätzlich eines der folgenden Verzeichnisse nicht vorschriftsgemäss führt oder die damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Pflichten verletzt:

- a. bei einer Aktiengesellschaft: das Aktienbuch nach Artikel 686 Absätze 1–3 und 5 OR⁴²⁹ oder das Verzeichnis über die an Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen nach Artikel 697i OR;
- b. bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung: das Anteilbuch nach Artikel 790 Absätze 1–3 und 5 OR oder das Verzeichnis der an Stammanteilen wirtschaftlich berechtigten Personen nach Artikel 790a Absatz 5 OR in Verbindung mit Artikel 697i OR;
- c. bei einer Genossenschaft: das Verzeichnis der Genossenschafter nach Artikel 837 Absätze 1 und 2 OR;

Empfehlungen

1. Überprüfung der **Statuten von Sitz- oder Domizilgesellschaften und weiteren Gesellschaften** von Klienten mit ehemaligen Inhaberaktien auf den Nachvollzug der gesetzlichen Umwandlung in Namenaktien (per 01.05.2021).
2. Die Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften, deren Aktien umgewandelt worden sind, müssen bei der **nächsten Statutenänderung** die Statuten an die Umwandlung anpassen (Art. 5 der Übergangsbestimmungen).
3. Überprüfung der **Aktionäre der betreuten Aktiengesellschaften** und gegebenenfalls Erstellung bzw. Nachführung des Aktienbuchs (vor allem bei qualifizierten Beteiligungen über 25%; Art. 697j OR).
4. Überprüfung des **Verzeichnisses der wirtschaftlich berechtigten Personen** der betreuten Aktiengesellschaften und gegebenenfalls Erstellung bzw. Nachführung des Verzeichnisses (Art. 697l OR). Eventuell weitere Abklärungen bei juristischer Person oder Personengesellschaft als Aktionär erforderlich („**Durchgriff durch die ganze Struktur, UBO im Bank- und Compliance-Sinn**“).

Mantelhandel

DEFINITION / BESCHREIBUNG

- Ein Mantelhandel liegt vor, wenn die **Mehrheit der Beteiligungsrechte einer liquidationsreifen Kapitalgesellschaft verkauft wird**.
- Der Handwechsel einer Mehrheit kann auch dann vorliegen, wenn eine oder mehrere Transaktionen erfolgen, die zu einem Wechsel oder zu einem neuen Entstehen einer Anteilsmehrheit führen (unabhängig davon, ob **Dritte** oder **bisherige Minderheitsaktionäre** die Mehrheit an der Gesellschaft übernehmen).
- Das Bundesgericht definiert die Mantelgesellschaft in einer jahrzehntealten, mehr oder weniger gleichbleibenden Rechtsprechung (BGer 4C.19/2001 vom 25. Mai 2001; BGE 123 III 473, E. 5c); 80 I 60 E. 2a); 80 I 30 E. 1; 67 I 36 f.; 65 I 139 E. 3; 64 II 361, E. 1; 55 I 134 ff.) als «**eine wirtschaftlich vollständig liquidierte und von den Beteiligten aufgebene, juristisch aber noch nicht aufgelöste Gesellschaft**».

Mantelhandel

KOMMENDE GESETZGEBUNG

- Politischer Druck **für eine gesetzliches Verbot von Mantelhandel-Aktivitäten** entstand zufolge missbräuchlicher Konkurse (Auflösung ohne zivilrechtliche Liquidation, Schädigung von Gläubigern etc.).
- Botschaft vom 26. Juni 2019 zum Bundesgesetz über **die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses** (Änderung SchKG, OR, StGB etc.), BBl 2019 5193 und neu BBl 2022 702.
- **Stand:** Botschaft und Entwurf des Bundesrates liegen vor und sind vom National- und Ständerat bereinigt worden (leichte Entschärfung «Überschuldung»). Referendumsfrist ist am 07.07.2022 ohne Referendum abgelaufen.
- **Planung:** Ausführungsbestimmungen pendent (mit Vernehmlassung ab 2023)/ Bundesrat bestimmt Inkrafttreten (Planung ca. anfangs 2024)
- **Infos:** <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/konkursmissbrauch.html>

Mantelhandel (Update)

Art. 684a

III. Bei überschuldeten Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven

¹ Hat eine Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit und keine verwertbaren Aktiven mehr und ist sie überschuldet, so ist die Übertragung von Aktien nichtig.

² Hat das Handelsregisteramt im Zusammenhang mit einer Anmeldung einen begründeten Verdacht auf eine solche Aktienübertragung, so fordert es die Gesellschaft auf, ihre aktuelle unterzeichnete und, falls die Gesellschaft eine Revisionsstelle hat, geprüfte Jahresrechnung einzureichen. Kommt die Gesellschaft der Aufforderung nicht nach oder bestätigt die Jahresrechnung den Verdacht, so verweigert das Handelsregisteramt die beantragte Eintragung.

Mantelhandel (Fazit/Empfehlungen)

1. Mantelhandel ist schon länger gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts **rechtswidrig** und damit zusammenhängende Transaktionen **nichtig** (Verletzung Löschungspflicht, Umgehung Gründungsvorschriften)
2. Kommende Gesetzgebung **kodifiziert in rev. Art. 684a OR** die bisherige Praxis des Bundesgerichts (ändert materiell aber nichts)
3. **Keine anwaltliche und/oder notarielle Mitwirkung** bei der Übertragung von «Leeren Hüllen» bzw. wirtschaftlich faktisch vollständig liquidierten Gesellschaften (Haftungsrisiko zufolge Nichtigkeit)
4. Anwaltliche und/oder notarielle Sorgfaltspflicht indiziert **Prüfung der aktuellen / letzten Jahresrechnung bei Verdachtsmomenten** (tiefer Kaufpreis i.V.m. Umfirmierung, Sitzverlegung, Statutenrevision und Austausch Verwaltungsrat)

Regeste:

Art. 731b Abs. 1 OR; Art. 699 Abs. 2 OR; Art. 710 Abs. 1 OR; nicht durchgeführte Generalversammlung; Ende des Verwaltungsratsmandats.

Das Amt des Verwaltungsrats endet mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres, wenn keine Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde. Eine stillschweigende Verlängerung greift nicht Platz (E. 3).

Vollständiges Urteil:

Urteil des Bundesgerichts 4A_496/2021 vom 03.12.2021

BGE 148 III 69 (Sachverhalt)

Gemäss Entscheidbesprechung von Daniel M. Häusermann / Matthias P. A. Müller, Ende der Amtszeit des nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrates, BGE 148 III 69 (Urteil 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021), GesKR 2/2022

- Die 2017 gegründete A. AG ist ein Joint Venture der B. AG (51 %) und zweier chinesischer Geschäftsleute, C. und D. mit zusammen 49 %. Gemäss Statuten der A. AG beträgt die Amtsdauer des Verwaltungsrates ein Jahr und endet am Tag und mit dem Ende der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Letztmals wurden an einer ausserordentlichen Generalversammlung im April 2019 vier Verwaltungsräte gewählt. Zwei von ihnen traten im September 2019 zurück. Unter den verbleibenden zwei Verwaltungsräten befand sich C.
- Eine ordentliche Generalversammlung wurde gemäss Behauptung der B. AG bis zum Frühjahr 2021 nie durchgeführt. Nachdem die B. AG von der A. AG erfolglos die Einberufung der ordentlichen Generalversammlungen für die Geschäftsjahre 2018 und 2019 verlangt hatte, gelangte die B. AG am 21. Mai 2021 an das Handelsgericht Zürich. Die B. AG verlangte im Wesentlichen die Einsetzung eines Sachwalters mit dem Auftrag, eine Generalversammlung einzuberufen und durchzuführen und dabei die Wahl des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle zu traktandieren.

BGE 148 III 69 (Vorinstanzen)

- Mit Urteil vom 13. August 2021 hiess der Einzelrichter des Handelsgerichts Zürich das Gesuch der B. AG gut. Der Richter hielt fest, die Amtszeit der im April 2019 gewählten Verwaltungsratsmitglieder sei am 31. Dezember 2019 abgelaufen und ihr Verwaltungsratsmandat habe unter Berücksichtigung von Art. 699 Abs. 2 OR spätestens sechs Monate später, d.h. am 30. Juni 2020, geendet. Seither verfüge die A. AG über keinen ordnungsgemäss besetzten Verwaltungsrat mehr, weshalb sie an einem Organisationmangel i.S.v. Art. 731b OR leide.
- Vor Bundesgericht verlangte die A. AG im Hauptstandpunkt die Aufhebung des Urteils des Handelsgerichts sowie die Abweisung des Gesuchs der B. AG. Ihrer Ansicht nach lag kein Organisationsmangel vor, weil die Amtszeit der Verwaltungsratsmitglieder nicht am 30. Juni 2020 geendet, sondern sich stillschweigend verlängert habe.

BGE 148 III 69 (Erwägungen)

3.3 Im Anschluss an die zitierten Urteile ist die hier zu entscheidende Frage im Sinne desjenigen Teils der Lehre zu beantworten, der bei unterlassener Generalversammlung oder unterbliebener Wahl des Verwaltungsrates die Fortdauer bzw. eine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats ausschliesst. Genauso wie eine Statutenbestimmung, die zur Vermeidung einer allfälligen Blockadesituation im Aktionariat eine automatische Wiederwahl der Verwaltungsräte vorsieht, dem unübertragbaren Recht der Generalversammlung, die Mitglieder des Verwaltungsrates zu wählen (**Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR**), widerspricht, genauso würde diese unentziehbare Kompetenz der Generalversammlung unterlaufen, wenn der Verwaltungsrat sein Mandat durch Nichteinberufung der Generalversammlung verlängern könnte. Dies wäre umso stossender, wenn die Wahl nicht bloss vergessen, sondern mit dem Ziel, das Amt zu behalten, verhindert wird. In **BGE 140 III 349** hat das Bundesgericht grossen Wert darauf gelegt, dass der Willenskundgebung der Generalversammlung Rechnung getragen wird, indem das Amt endet, wenn die Wahl wegen einer Pattsituation nicht zustande kommt (E. 2.6). Im gleichen Sinne muss gefordert werden, dass die Generalversammlung ihr Wahlrecht durch explizite Willenskundgebung wahrnehmen kann, und somit eine Fortsetzung des Verwaltungsratsmandats nur bei positiver Willensäusserung greift. Wie der vorliegende Fall aufzeigt, können andernfalls die Aktionäre ihr Wahlrecht nicht ausüben, wenn der Verwaltungsrat sich weigert, eine Generalversammlung einzuberufen, bzw. sie müssen den Gang zum Gericht nehmen, sofern sie die erforderliche Beteiligung aufweisen (**Art. 699 Abs. 4 OR**).

3.5 Zusammenfassend ist somit festzuhalten: Das Amt des Verwaltungsrates endet mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres, wenn keine Generalversammlung nach **Art. 699 Abs. 2 OR** durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde.

BGE 148 III 69 (Konsequenzen)

1. Sehen die Statuten eine einjährige Amtsdauer bis zum Ende der nächsten ordentlichen Generalversammlung vor, so endet das Amt des Verwaltungsrates **sechs Monate nach Ende des betreffenden Geschäftsjahres (vgl. Art. 699 Abs. 2 OR)**, wenn bis dann keine Generalversammlung durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde
2. Ab diesem Zeitpunkt ist der Verwaltungsrat **nicht ordnungsgemäss** besetzt, weshalb die Gesellschaft an einem **Organisationsmangel** leidet (**Art. 731b OR**). Ein Verwaltungsratsmitglied, das nach Ablauf der Amtszeit weiter waltet, handelt **als faktisches Organ**.
3. Der vom Bundesgericht nach Ablauf der Sechsmonatsfrist nach Art. 699 Abs. 2 OR festgestellte Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR lässt sich nur dadurch beheben, dass eine Generalversammlung stattfindet, die einen Verwaltungsrat wählt.
4. **Fragen:** Wer beruft eine solche Generalversammlung ein? OR 699 (Universalversammlung, VR, nötigenfalls Revisionsstelle, ev. Gericht). Nichtigkeit Einberufung durch faktischen VR? Nichtigkeit GV-Beschlüsse bei ungültiger Einberufung?
5. **Achtung:** Art. 699 Abs. 2 OR könnte den Status als reine Ordnungsvorschrift verloren haben....

BGE 148 III 69 (Aufsatz GesKR)

Im referierten Entscheid geht das Bundesgericht nicht auf die etablierte Praxis in Zusammenhang mit Art. 699 Abs. 2 OR ein. Vielmehr hat es entgegen der herrschenden Lehre entschieden, dass eine Verletzung von Art. 699 Abs. 2 OR sehr wohl schwerwiegende Konsequenzen hat, und zwar für alle Gesellschaften, welche die Frist von Art. 699 Abs. 2 OR verpassen. Damit hat das Bundesgericht das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. So sehr die Aktionäre in der Lage sein müssen, sich gegen einen Verwaltungsrat zu wehren, der sich an sein Amt klammert, so sehr darf Art. 699 Abs. 2 OR nicht zur Falle für Gesellschaften, Aktionäre und Verwaltungsräte in nicht streitigen Situationen werden. Die diesbezügliche Bemerkung des Bundesgerichts, eine unliebsame Konsequenz einer regelwidrigen Situation möge dieselbe nicht zu legitimieren,⁷¹ überzeugt dabei nicht, da damit noch nicht gesagt ist, dass die vom Bundesgericht angeordnete Konsequenz sinnvoll ist. Vielmehr wird der referierte Entscheid in aller Regel zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen. Umgekehrt ist es in pathologischen Fällen wie jenem, der dem referierten Entscheid zugrunde lag, gar nicht nötig, ein Auslaufen der Amtszeit des Verwaltungsrats mit Ablauf der Sechsmonatsfrist anzunehmen, um zum gewünschten Resultat zu gelangen.⁷²

VIELEN DANK !
FRAGEN ?