

NEWSLETTER

NOVEMBER 2022

Autoren: Bettina Rudin und Urs Suter



Das revidierte Aktienrecht ante portas

Am 1. Januar 2023 tritt das revidierte Aktienrecht in Kraft. Die Revision hatte zum Ziel, das Aktienrecht zu modernisieren und den wirtschaftlichen Bedürfnissen der kommenden Jahre anzupassen. Insbesondere wird das Aktienkapital flexibler ausgestaltet, die Stellung der Minderheitsaktionäre wird gestärkt und Generalversammlungen können künftig virtuell oder schriftlich abgehalten werden. Mit diesem Newsletter werden die wichtigsten Änderungen, die für nicht an der Börse kotierte Aktiengesellschaften von Interesse sind, und der allfällig daraus resultierende Handlungsbedarf aufgezeigt. Auch das Recht der GmbH wird von dieser Reform tangiert.

I. NEUERUNGEN BEIM AKTIENKAPITAL

1. Nennwert grösser als null

Zurzeit beträgt der Mindestnennwert 1 Rappen pro Aktie. Mit der Aktienrechtsrevision wird nun der Nennwert dahingehend flexibilisiert, dass er künftig grösser als null sein muss. Damit können auch Gesellschaften mit einem Aktienkapital von CHF 100'000 beliebig viele Aktien ausgeben.

2. Aktienkapital in Fremdwährung

Mit dem revidierten Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht ist die Rechnungslegung und Buchführung seit 2013 auch in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Währung zulässig. Es ist nur konsequent, dass mit dem revidierten Aktienrecht nun auch das Aktienkapital in Fremdwährung zulässig wird. Dazu müssen die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- (i) Die Fremdwährung ist eine für die Geschäftstätigkeit wesentliche Währung.
- (ii) Das Aktienkapital entspricht einem Gegenwert von mindestens CHF 100'000.
- (iii) Lautet das Aktienkapital auf eine Fremdwährung, müssen Buchführung und Rechnungslegung in derselben Währung erfolgen.

Die zulässigen Fremdwährungen sind USD, GBP, EUR und Yen. Kryptowährungen qualifizieren nicht als zulässige Fremdwährung zur Bestimmung des Aktienkapitals. Zu Steuerzwecken werden der Reingewinn und das Eigenkapital in CHF umgerechnet.

Will eine bestehende Gesellschaft die Währung wechseln, kann dies die Generalversammlung («GV») prospektiv auf den Beginn des künftigen Geschäftsjahres oder retrospektiv auf den Beginn des laufenden Geschäftsjahres beschliessen. Wenn dabei das Aktienkapital auf- oder abgerundet wird, sind die Vorschriften über die Kapitalerhöhung bzw. Kapitalherabsetzung zu beachten. Der Verwaltungsrat

(«VR») passt in der Folge die Statuten an, stellt fest, dass die vorgenannten drei Voraussetzungen für einen Währungswechsel erfüllt sind, und hält den angewandten Umrechnungskurs fest. Die Beschlüsse der GV und des VR müssen öffentlich beurkundet werden.

3. Flexibilisierung und Erleichterungen bei den Kapitalveränderungsverfahren

3.1 Kapitalband

Mit dem Kapitalband kann die GV dem VR in den Statuten die auf maximal fünf Jahre befristete Kompetenz einräumen, das Aktienkapital bis zu 50% zu erhöhen oder um 50% herabzusetzen, ohne dass es dazu weiterer GV-Beschlüsse bedarf. Die GV kann auch nur zu einer Erhöhung oder nur zu einer Herabsetzung um diesen maximalen Betrag ermächtigen. Mit der Herabsetzung darf das Mindestkapital von CHF 100'000 bzw. der Gegenwert in Fremdwährung nicht unterschritten werden. Zu einer Herabsetzung darf allerdings nur ermächtigt werden, wenn die Gesellschaft nicht auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verzichtet hat.

Mit dem Instrument des Kapitalbandes wird die genehmigte Kapitalerhöhung hinfällig, weshalb sie aufgehoben wird. Bestehendes genehmigtes Kapital kann ab 1. Januar 2023 weiter genutzt, aber nicht mehr verlängert oder geändert werden.

3.2 Ordentliche Kapitalerhöhung

Bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung wird das bisherige Verfahren beibehalten, doch wird dem VR neu eine Frist von sechs Monaten (statt drei Monaten) eingeräumt, um die durchgeführte Kapitalerhöhung beim Handelsregisteramt zur Eintragung anzumelden. Zudem wird die Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag nun explizit zulässig.

3.3 Kapitalherabsetzung

Auch das Kapitalherabsetzungsverfahren wird vereinfacht. Es braucht künftig nur noch einen Schuldeneruf (statt drei). Die Gläubiger haben neu nur noch 30 Tage nach Publikation des Schuldenerufes Zeit, um für ihre Forderungen Sicherstellung zu verlangen (bisher zwei Monate). Die Gesellschaft muss die Forderungen der Gläubiger, die Sicherstellung verlangt haben, nur noch in dem Umfang, in dem die bisherige Deckung durch Kapitalherabsetzung vermindert wird, sicherstellen, es sei denn, sie erfüllt die Forderung oder kann nachweisen, dass die Erfüllung der Forderung durch die Herabsetzung nicht gefährdet wird. Für den

Vollzug der Kapitalherabsetzung gilt neu eine Frist von sechs Monaten seit dem GV-Beschluss und auch die Kapitalherabsetzung ist mit Maximalbetrag zulässig.

3.4 Bedingtes Kapital

Beim bedingten Kapital wird insbesondere der Kreis der Bezugsberechtigten von Options- oder Wandelanrechten erweitert. Während bisher Arbeitnehmer und Gläubiger bezugsberechtigt waren, können künftig auch «Dritten» Wandel- oder Optionsrechte gewährt werden.

4. Ausschüttungen

4.1 Zulässigkeit der Ausschüttung des Agios

Der Gesetzgeber stellt nun klar, dass das Agio, welches der gesetzlichen Kapitalreserve zuzuweisen ist, an die Aktionäre zurückbezahlt werden darf, wenn die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven, abzüglich des Betrags allfälliger Verluste, 50% des Aktienkapitals (bzw. 20% des Aktienkapitals bei Holdinggesellschaften) übersteigen.

4.2 Zwischendividenden

Die Ausschüttung von Interimsdividenden wird gesetzlich zulässig. Sie setzt einen GV-Beschluss voraus, der sich auf einen von der Revisionsstelle geprüften Zwischenabschluss stützen muss. Zudem sind die Bestimmungen über die Dividenden einzuhalten. Stimmen alle Aktionäre zu und führt die Ausschüttung einer Zwischendividende nicht zu einer Gefährdung der Forderungen der Gläubiger, kann auf die Prüfung des Zwischenabschlusses, nicht aber auf die Erstellung des Zwischenabschlusses, verzichtet werden.

Hat die Gesellschaft aufgrund eines Opting-Out keine Revisionsstelle, ist keine Prüfung des Zwischenabschlusses erforderlich.

5. Präzisierungen und Erleichterungen bei der Liberierung

5.1 Gesetzliche Definition der Sacheinlage und Abschaffung der (beabsichtigten) Sachübernahme

Eine Sacheinlage muss folgende Kriterien erfüllen, um als Deckung des zu zeichnenden Aktienkapitals zu genügen: Aktivierbarkeit, Übertragbarkeit in das Vermögen der Gesellschaft, Verwertbarkeit durch Übertragung auf Dritte und sofortige Verfügbarkeit

nach dem Handelsregistereintrag bzw. bei Grundstücken ein bedingungsloser Anspruch auf Eintragung im Grundbuch.

Die Bestimmungen betreffend (beabsichtigte) Sachübernahme von Aktionären oder ihnen nahestehenden Personen wurden ersatzlos gestrichen, was infolge der damit einhergehenden Rechtsunsicherheiten zu begrüssen ist. Die (beabsichtigte) Sachübernahme stellt somit künftig keinen qualifizierten Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungstatbestand mehr dar und muss nicht mehr in den Statuten offengelegt werden.

5.2 Klarstellung betreffend Verrechnungslibrierung

Bis jetzt wurde in der Lehre kontrovers diskutiert, ob eine Verrechnungslibrierung mit Forderungen zulässig ist, die nicht oder nicht vollständig durch Aktiven der Gesellschaft gedeckt sind. Der Gesetzgeber hat nun klargestellt, dass die Verrechnung mit nicht werthaltigen Forderungen zulässig ist. Damit bleibt ein wichtiges Sanierungsinstrument weiterhin zulässig. Neu müssen die Statuten aber den Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung, den Namen des Aktionärs und die ihm zukommenden Aktien offenlegen.

II. STÄRKUNG DER AKTIONÄRS- UND MINDERHEITENRECHTE

Eines der Hauptziele der Aktienrechtsreform ist die Stärkung der Rechte der Aktionäre. Insbesondere die Schwellenwerte zur Geltendmachung der Mitwirkungs- und Kontrollrechte werden wie folgt gesenkt.

Mitwirkungs- und Kontrollrecht	Geltendes Recht für alle Gesellschaften	Neues Recht für nicht kotierte Gesellschaften
Recht auf Einberufung einer GV	10% des Aktienkapitals	10% des Aktienkapitals oder der Stimmen
Traktandierungsrecht	Nennwert von CHF 1 Mio. oder 10% des Aktienkapitals	5% des Aktienkapitals oder der Stimmen

Auskunftsrecht ausserhalb der GV	- - -	10% des Aktienkapitals oder der Stimmen
Einsichtsrecht in Geschäftsbücher und Akten	Kein Schwellenwert	5% des Aktienkapitals oder der Stimmen (neu hat nur noch der VR allein die Kompetenz, über ein Einsichtsbegehren zu entscheiden).
Sonderuntersuchung (bisher Sonderprüfung)	10% des Aktienkapitals oder Nennwert von CHF 2 Mio.	10% des Aktienkapitals oder der Stimmen
Auflösungsklage	10% des Aktienkapitals	10% des Aktienkapitals oder der Stimmen

Neu präzisiert das Gesetz, dass der VR innert angemessener Frist, spätestens aber innert 60 Tagen, einem Begehren um Einberufung einer GV zu entsprechen hat.

Auf Auskunfts- und Einsichtsbegehren hat der VR innert 4 Monaten zu antworten. Die Antwort auf ein Auskunftsbegehren ist spätestens an der nächsten GV zur Einsicht für die Aktionäre aufzulegen. Der VR kann wie bisher die Auskunft bzw. Einsicht verweigern, wenn Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden.

Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Sonderuntersuchung werden gelockert, indem nicht mehr glaubhaft gemacht werden muss, dass infolge Verletzung von Gesetz oder Statuten durch die Gründer oder Organe ein Schaden eingetreten ist. Es reicht die Glaubhaftmachung, dass die Verletzung von Gesetz oder Statuten geeignet ist, die Gesellschaft oder die Aktionäre zu schädigen.

III. FLEXIBILISIERUNGEN BEI DER GV

1. Vereinfachung der Einberufung der GV und der Bekanntgabe des Geschäfts- und Revisionsberichts

Die Einberufung der GV und die Bekanntgabe von Geschäfts- und Revisionsbericht richten sich nach der in den Statuten festgelegten Form der Mitteilungen der Gesellschaft an ihre Aktionäre. Mit einer entsprechenden statutarischen Grundlage kann die Einberufung zur GV nur noch elektronisch erfolgen und es reicht, mindestens 20 Tage vor der ordentlichen GV den Geschäftsbericht und Revisionsbericht elektronisch zugänglich zu machen, z.B. durch Aufschaltung auf einer Website. Ein Aktionär kann die rechtzeitige physische Zustellung dieser Unterlagen nur noch verlangen, wenn sie nicht elektronisch zugänglich sind. Die Pflicht zur physischen Auflage dieser Unterlagen zur Einsicht am Sitz der Gesellschaft vor der GV entfällt gänzlich.

2. Universalversammlung künftig ohne physische Präsenz zulässig

Universalversammlungen, d.h. Versammlungen, bei denen die Vorschriften über die Einberufung nicht eingehalten werden müssen, können künftig auch ohne physische Präsenz aller Aktionäre oder ihrer Vertreter abgehalten werden. Damit können GV-Beschlüsse schriftlich (auf dem Zirkularweg) oder in elektronischer Form gefasst werden, sofern nicht ein Aktionär oder dessen Vertreter mündliche Beratung verlangt. Bei einem kleinen Aktionärskreis und bei Routinetraktanden dürfte diese Form der GV geeignet sein.

3. Die virtuelle GV wird möglich

Vorausgesetzt die Statuten sehen dies vor, kann eine GV virtuell, d.h. mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden. In diesem Fall muss der VR in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnen. Die Statuten von Gesellschaften, deren Aktien nicht börsenkotiert sind, können auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichten.

Auch kann eine sogenannt «hybride» GV durchgeführt werden mit einem Tagungsort, es aber Aktionären, die nicht physisch anwesend sein können, ermöglicht wird, ihre Rechte elektronisch auszuüben.

In beiden Fällen muss der VR die gesetzlich definierten Voraussetzungen für eine technisch einwandfreie Durchführung der GV erfüllen. Sollten während der GV technische Probleme die ordnungsgemässe Durchführung der GV verunmöglichen, muss die GV wiederholt werden, wobei diejenigen Beschlüsse, die vor dem Auftritt der technischen Probleme gefasst wurden, gültig bleiben.

4. Flexibilisierungen betreffend Tagungsort

4.1 Tagungsort im Ausland

Die Möglichkeit, die GV an einem Tagungsort im Ausland abzuhalten, wird nun im Gesetz verankert. Dies bedingt zum einen eine statutarische Grundlage, zum anderen muss der VR in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnen. Bei nicht an der Börse kotierten Gesellschaften kann auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden, wenn alle Aktionäre damit einverstanden sind.

Bei einem alleinigen Tagungsort im Ausland gilt es zu beachten, dass allfällige notariell zu beurkundende Beschlüsse aufgrund des Territorialitätsprinzips von einer am Tagungsort zuständigen Person beurkundet werden müssen. Die Anerkennung einer solchen im Ausland errichteten Urkunde durch das Handelsregister bedarf der Beachtung einiger Formalitäten, weshalb in einer solchen Konstellation die simultane Abhaltung der GV auch an einem Tagungsort in der Schweiz empfohlen wird (siehe dazu nahfolgend Ziff. 4.2).

4.2 Multilokale GV

Die Abhaltung der GV simultan an verschiedenen Tagungsorten wird nun gesetzlich zulässig. Die multilokale GV bedingt, dass die Stimmen der Teilnehmer unmittelbar in Bild und Ton an alle Tagungsorte übertragen werden. Eine statutarische Grundlage braucht es dazu nicht.

Bei beurkundungspflichtigen Beschlüssen muss ein zuständiger Notar an einem der Tagungsorte anwesend sein.

Liegt mindestens einer der Tagungsorte in der Schweiz, handelt es sich formell nicht um eine GV mit Tagungsort im Ausland, weshalb sie ohne entsprechende statutarische Grundlage abgehalten werden kann.

4.3 Weitere Neuerungen rund um die GV

Wenn die Statuten von nicht-kotierten Gesellschaften vorsehen, dass sich ein Aktionär nur durch einen anderen Aktionär vertreten lassen kann, bleibt dies zwar zulässig, doch muss der VR auf Verlangen eines Aktionärs einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter oder einen Organstimmrechtsvertreter bezeichnen. Es gilt zu überlegen, ob eine solche Bestimmung noch zweckmässig ist und – falls dem so ist – sollten die Modalitäten zur Bezeichnung eines Vertreters in den Statuten geregelt werden.

Das GV-Protokoll muss den Aktionären von nicht-kotierten Gesellschaften auf Verlangen innert 30 Tagen nach der GV zugänglich gemacht werden.

IV. NEUES BEIM VR UND BEI DER REVISIONSSTELLE

1. Einzelwahl des VRs

Das Gesetz sieht nun auch bei nicht kotierten Gesellschaften die Einzelwahl der Verwaltungsräte vor. Der Vorsitzende kann aber mit Zustimmung aller vertretenen Aktionäre dennoch eine Globalwahl anordnen oder die Statuten sehen die Globalwahl vor.

2. Beschlussfassung auch elektronisch ohne Unterschrift zulässig

Das Gesetz definiert nun klar, in welcher Weise der VR seine Beschlüsse fassen kann. Unter anderem sind virtuelle bzw. hybride Sitzungen analog zur virtuellen bzw. hybriden GV (siehe dazu vorne III.3) zulässig. Zirkularbeschlüsse können neu auch auf elektronischem Weg ohne Unterschrift, z.B. via E-Mail, gefasst werden, sofern nicht ein VR-Mitglied die mündliche Beratung verlangt.

3. Delegation der Geschäftsführung ohne statutarische Grundlage zulässig

Umgekehrt wie bisher braucht es künftig keine statutarische Grundlage mehr für die Delegation der Geschäftsführung an eine Geschäftsleitung. Hingegen braucht es bei einer Delegation der Geschäftsführung nach wie vor das Organisationsreglement, das die Geschäftsführung ordnet und festlegt, wer wofür zuständig ist und wer an wen rapportiert.

4. Pflicht zur unverzüglichen Orientierung über Interessenkonflikte

VR-Mitglieder und Mitglieder der Geschäftsleitung müssen künftig den VR unverzüglich über sie betreffende Interessenkonflikte informieren. Der VR hat die

Massnahmen zu ergreifen, welche zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft notwendig sind.

5. Abwahl der Revisionsstelle nur noch aus wichtigem Grund

Die Revisionsstelle kann nur noch aus wichtigem Grund abgewählt werden und der Grund muss im Anhang zur Jahresrechnung offengelegt werden. Damit sollen die Minderheitsaktionäre besser geschützt werden.

V. PRÄZISIERUNGEN BEI FINANZIELLER SCHIEFLAGE

1. Ergänzung des Frühwarnsystems bei finanziellen Krisen

In Ergänzung der Handlungspflichten des VRs bei Kapitalverlust und Überschuldung sieht das Gesetz neu explizit die Pflicht des VRs vor, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen und bei drohender Zahlungsunfähigkeit die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Diese fundamentale Pflicht ist grundsätzlich nicht neu, ergibt sie sich doch implizit bereits aus den Sorgfaltspflichten des VRs.

2. Klarstellungen im Fall einer Überschuldung

Die Regelungen der vom VR bei einer Überschuldung zu treffenden Massnahmen bleiben im Kern unverändert. Grundsätzlich muss er den Richter benachrichtigen, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht und die geprüften Zwischenabschlüsse eine Überschuldung ausweisen.

Von einer Benachrichtigung des Richters kann abgesehen werden, wenn von einzelnen Gläubigern eine Rangrücktrittserklärung im Ausmass der Überschuldung vorliegt. Nun wird klargestellt, dass im Falle von Verantwortlichkeitsklagen gegen Organpersonen die mit einem Rangrücktritt belegten Forderungen nicht in die Berechnung des Schadens einzubeziehen sind.

Der Gang zum Richter muss auch dann nicht angetreten werden, solange eine begründete, d.h. realistische und plausible Chance besteht, die Überschuldung zu beheben, und die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden. Neu wird nun klargestellt, dass der VR für die Sanierung maximal 90 Tage Zeit hat seit Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse.

Trotz dieser Klarstellungen geht der VR bei Sanierungsbemühungen weiterhin ein persönliches Haftungsrisiko ein.

VI. BESTEHT HANDLUNGSBEDARF FÜR BESTEHENDE GESELLSCHAFTEN?

Das revidierte Recht wird am 1. Januar 2023 auf bestehende Gesellschaften anwendbar. Es besteht eine zweijährige Übergangsfrist bis 31. Dezember 2024, um Statuten und Reglemente an das revidierte Recht anzupassen. Entgegen der letzten Aktienrechtsreform von 1991 enthält das revidierte Aktienrecht jedoch keine Bestimmungen, die zwingend eine Statutenänderung erfordern. Dennoch wird empfohlen, die Statuten und insbesondere das Organisationsreglement zu überprüfen, um allenfalls von den gebotenen Flexibilisierungen und neuen Möglichkeiten Gebrauch machen zu können und nicht mehr gesetzeskonforme Bestimmungen anzupassen.

Zu denken ist dabei insbesondere an die statutarische Regelung der Form der Mitteilungen der Gesellschaft an ihre Aktionäre, um eine rein elektronische Einberufung zur GV zu ermöglichen, und die Schaffung einer statutarischen Grundlage für eine virtuelle GV. Will die nicht-kotierte Gesellschaft bei der virtuellen GV auf einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter verzichten, ist dies in den Statuten zu verankern. Soll an der Globalwahl des VRs festgehalten werden, braucht dies eine statutarische Grundlage. Auch die Einführung eines Kapitalbandes braucht eine statutarische Grundlage.

Für ausländisch beherrschte Gesellschaften kann das Aktienkapital in Fremdwährung und/oder ein Tagungsort im Ausland für die Abhaltung der GV zweckmässig sein. Beides kann mittels entsprechender Statutenänderung eingeführt werden.

Neu werden statutarische Schiedsklauseln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zulässig, welche ein Schiedsgericht in der Schweiz vorsehen. Diesfalls können die Statuten die Einzelheiten des Schiedsverfahrens regeln.

Angesichts der nun im Gesetz explizit genannten Pflicht des VRs, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen, empfiehlt sich die in den Reglementen enthaltenen Prozesse der Liquiditätspla-

nung und -kontrolle auf ihre Tauglichkeit hin zu überprüfen. Ebenso sollten im Organisationsreglement bei Bedarf die neuen Möglichkeiten zur Abhaltung von VR-Sitzungen abgebildet werden.

VII. DIE WICHTIGSTEN ÄNDERUNGEN BEI DER GMBH

Die Aktienrechtsreform tangiert auch die GmbH. Insbesondere wird auch bei der GmbH das Stammkapital in Fremdwährung zulässig und der Nennwert der Stammanteile muss künftig nur noch grösser als null sein. Zwischendividenden werden bei der GmbH analog zur AG zulässig (siehe vorn I.4.2). Die Regeln des Aktienrechts bei einer finanziellen Schieflage gelten bei der GmbH entsprechend (siehe dazu vorn Ziff. V.). Deshalb empfiehlt es sich auch bei der GmbH, die Statuten und Reglemente im Hinblick auf die neuen Möglichkeiten zu überprüfen.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:



Bettina Rudin

Partnerin

bettina.rudin@suterhowald.ch



Urs Suter

Partner

urs.suter@suterhowald.ch

Suter Howald Rechtsanwälte

Räffelstrasse 26 | Postfach | CH-8021 Zürich