

Dieter Gericke / Andreas Müller / Daniel Häusermann / Nina Hagmann*

Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Aktien, Aktienkapital, Gründung und Statutenänderungen
 - 1. Aktienkapital in der funktionalen Währung
 - 2. Willkommene Flexibilisierung bei Nennwertveränderungen
 - 3. Begrenzte «Aufräumaktion» bei den qualifizierten Einlagetatbeständen
 - 4. Kodifizierung der Sacheinlagefähigkeit
 - 5. Statutarische Schiedsklausel
- III. Kapitalveränderungen
 - 1. Kapitalband
 - 1.1 Maximaldauer
 - 1.2 Gläubigerschutz
 - 1.3 Abstimmung mit dem bedingten Kapital
 - 1.4 Ermächtigung des Verwaltungsrates und Verweisung auf allgemeine Bestimmungen
 - 1.5 Keine explizite Regelung des Verhältnisses zum Kauf eigener Aktien
 - 2. Erleichterungen der ordentlichen Kapitalerhöhung
 - 3. Erschwerungen und weitere Änderungen des Kapitalerhöhungsrechts im Allgemeinen
 - 4. Bedingte Kapitalerhöhung
 - 4.1 Nachführungen des Gesetzes
 - 4.2 Beendigung des bedingten Kapitals
 - 5. Kapitalherabsetzungen
- IV. Partizipationskapital
- V. Eigene Aktien, Reserven und Dividenden
 - 1. Aufräumaktion und einige Problempunkte bei den Reserven
 - 2. Gesetzliche Regelung der Zwischendividende
- VI. Rückerstattung von Leistungen
 - 1. Ausweitung des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs
 - 2. Missverhältnis zwischen den Leistungen als einziger Massstab
 - 3. Beweislast und Umfang der Rückerstattung
- VII. Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Aktionäre
 - 1. Geänderte Schwellenwerte
 - 2. Weitere Änderungen beim Einberufungs-, Traktandierungs- und Antragsrecht
 - 3. Änderungen beim Auskunfts- und Einsichtsrecht
 - 4. Sonderprüfung wird zur Sonderuntersuchung
 - 5. Jederzeitige Abberufung der Revisionsstelle
- VIII. Neuerungen bei der Generalversammlung
 - 1. Vertretung in der Generalversammlung
 - 2. Beschränkte Vertraulichkeit der Stimmrechtsweisungen in Publikumsgesellschaften
- IX. Neuerungen in Bezug auf den Verwaltungsrat
- X. Sanierungspflichten
 - 1. Zahlungsfähigkeit als neuer Anknüpfungspunkt
 - 2. Starre Maximalfrist zur Behebung der Überschuldung als Investitions- und Innovationsgefährder?
 - 3. Eingeschränkte Aufwertung
- XI. Umsetzung der VegüV auf Gesetzesstufe
- XII. Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung
- XIII. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit
 - 1. Gesellschaftsschaden: Reaktion auf Bundesgerichtspraxis
 - 2. Verlängerung der Klagefrist nach Entlastungsbeschluss, Verkürzung der Verjährungsfrist und Stillstand während Sonderuntersuchung
 - 3. Klageerhebung auf Beschluss der GV
- XIV. Transparenz bei Rohstoffunternehmen
- XV. Inkrafttreten und Übergangsregelungen
- XVI. Handlungsbedarf für die Gesellschaften

I. Einleitung

Nach einer langen Vorgeschichte, die bereits 2001 begann, verabschiedete das Parlament am 19. Juni 2020 die Aktienrechtsrevision.¹ Ein erster Meilenstein der Revision war der Vorentwurf vom 2. Dezember 2005, welcher neben der Verbesserung der Corporate Governance, Modernisierungen bei der GV und der Erweiterung des Gestaltungsspielraums bezüglich Kapitalstrukturen ein neues Rechnungslegungsrecht sowie Mitsprache bei Vergütungsfragen vorsah.² Aufgrund der kurz darauf zustande gekommenen Volksinitiative gegen die Abzockerei geriet der Gesetzgebungsprozess ins Stocken. Nach Annahme der Volksinitiative wies das Parlament im Sommer 2013 den Entwurf von 2007 an den Bundesrat zurück mit dem Auftrag, auch die VegüV-Bestimmungen

* Dr. iur. Dieter Gericke, LL.M., Dr. iur. Andreas Müller, LL.M., PD Dr. iur. Daniel Häusermann, LL.M., und Nina Hagmann, LL.M., Rechtsanwälte und Rechtsanwältin bei Homburger AG in Zürich.

¹ Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderungen vom 19. Juni 2020 (Referendumsvorlage), BBl 2020, 5573 ff. Auf geänderte OR-Bestimmungen wird mit nOR verwiesen.

² Der Entwurf wurde am 21. Dezember 2007 veröffentlicht (BBl 2007 1605 ff.).

zu integrieren. Im November 2014 veröffentlichte der Bundesrat schliesslich den Vorentwurf und im November 2016 den Entwurf.³ Aufgrund politisch kontroverser Vorschläge wie der Verschärfung der VegüV-Bestimmungen oder der Bestimmungen zur Geschlechtervertretung erlitt die Revision im Parlament beinahe (nochmals) Schiffbruch. Das politisch umstrittenste Thema, eine all-fällige Neuregelung der Konzernverantwortung, wurde schliesslich ausgegliedert und führte zu einem indirekten Gegenvorschlag auf Gesetzesstufe. Die Konzernverantwortungsinitiative wird am 29. November 2020 zur Abstimmung kommen.

Die Aktienrechtsrevision betrifft fast alle Bereiche des Aktienrechts sowie das GmbH- und Genossenschaftsrecht und zahlreiche Nebenerlasse. Schwerpunkte der Reform bilden:

- das Aktienkapital und dessen Veränderung;
- die Corporate Governance privat gehaltener und börsenkotierter Gesellschaften;
- die Überführung der Vorschriften der VegüV ins OR;
- Neuerungen im Bereich der aktienrechtlichen Klagen;
- die Neuregelung des Sanierungsrechts;
- die Geschlechtervertretung in VR und Geschäftsleitung (GL) der meisten Publikumsgesellschaften; sowie
- Offenlegungspflichten für Rohstoffunternehmen.

Der revidierte Gesetzestext enthält *positive Flexibilisierungen* wie das Aktienkapital in der funktionalen (Fremd-)Währung, den Nennwert unter einem Rappen, das Kapitalband, Zirkularbeschlüsse der Aktionäre, rein elektronische VR-Beschlüsse etc. Teils unnötige Überregulierung, Mängel bei der konkreten Umsetzung eigentlich positiver Neuerungen und neue Einschränkungen gegenüber heute trüben das Bild etwas – wobei positiv hervorzuheben ist, dass das Parlament zahlreiche Verbesserungen gegenüber dem Entwurf beschlossen hat. Gewisse Flexibilisierungen des Vorentwurfs oder Entwurfs wurden aber auch wieder gestrichen.

Insgesamt wird die sog. «grosse» *Aktienrechtsrevision* ihrem Namen nicht gerecht: Zwar betrifft die Revision zahl-

reiche Artikel, doch der «grosse Wurf» blieb aus.⁴ Während etliche Länder in den letzten Jahren und Jahrzehnten ihr Aktien- und Gesellschaftsrecht flexibilisierten, ist die Schweiz in weiten Teilen auf dem Stand der 1990er Jahre stehen geblieben. Auch die zahlreichen praktischen Defizite des geltenden Rechts – etwa beim Mindestkapital, bei den Vorzugsaktien, im Recht der GmbH sowie im Fusionsgesetz – wurden nicht angegangen.

Unser Beitrag gibt einen Überblick über die Neuerungen im Aktienrecht und beleuchtet ausgewählte Änderungen näher.⁵ Auf die Neuerungen betreffend die GmbH oder die Genossenschaft sowie die Nebengesetze gehen wir nur vereinzelt ein.

II. Aktien, Aktienkapital, Gründung und Statutenänderungen

Was ist neu?

- *Aktienkapital in Fremdwährung*: Das Aktienkapital kann auch in der funktionalen (Fremd-)Währung der Gesellschaft festgelegt werden (Art. 621 Abs. 2 nOR).
- *Umwandlung von Aktienarten*: Namenaktien können auch ohne statutarische Grundlage in Inhaberaktien umgewandelt werden und umgekehrt (Art. 622 Abs. 3 nOR).
- *Beliebig kleiner Nennwert*: Der Nennwert muss nur grösser als null sein (Art. 622 Abs. 4 nOR).
- *Erleichterte Aktienzusammenlegung*: Für die Zusammenlegung börsenkotierter Aktien genügt ein qualifiziertes Mehr nach Art. 704 Abs. 1 OR statt Einstimmigkeit (Art. 623 Abs. 2 i.V.m. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 nOR).
- *Streichung der Sachübernahme*: Die Bestimmungen zur (beabsichtigten) Sachübernahme werden ersatzlos gestrichen.
- *Definition der Sacheinlagefähigkeit*: Die Sacheinlagefähigkeit wird gesetzlich definiert (Art. 634 Abs. 1 nOR).
- *Statutarische Schiedsklausel*: Die Statuten können eine Schiedsklausel vorsehen (Art. 697n nOR).

Das Parlament hat – nach Widerstand von verschiedenen Seiten – die noch im Entwurf vorgesehene Möglichkeit einer erleichterten Gründung und Statutenänderung ohne öffentliche Beurkundung gestrichen.

³ Vorentwurf vom 28. November 2014 (zit. «Vorentwurf» bzw. «VE-OR»; abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vorentw-d.pdf.download.pdf/vorentw-d.pdf>) und Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf>); Entwurf vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 683 ff. (zit. «Entwurf» bzw. «E-OR») und Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff. (zit. «Botschaft»). Alle in diesem Beitrag zitierten Webseiten wurden zuletzt am 14. August 2020 besucht.

⁴ Vgl. auch PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, Jusletter 10. Februar 2020, Rz. 85.

⁵ Der Beitrag ist eine aktualisierte und überarbeitete Fassung unseres früheren Beitrags, DIETER GERICKE/ANDREAS MÜLLER/DANIEL HÄUSERMANN/NINA HAGMANN, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 1/2017, 25 ff., und behält dessen Aufbau bei.

1. Aktienkapital in der funktionalen Währung

Seit dem Geschäftsjahr 2015 können Gesellschaften ihre Bücher und (gesetzliche) Jahresrechnung statt in Schweizer Franken auch in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Währung (sog. funktionale Währung) führen bzw. erstellen.⁶ Neu kann auch das Aktienkapital in der funktionalen Währung festgelegt werden, sofern dieses im Zeitpunkt der Schaffung oder Umwandlung einem Gegenwert von mindestens CHF 100'000 entspricht⁷ und Buchführung und Rechnungslegung in derselben Währung erfolgen. Der Bundesrat erhält die Kompetenz, die zulässigen Währungen festzulegen.⁸

Sollte das Aktienkapital bei einem Währungswechsel auf- oder abgerundet werden, sind die Vorschriften über die Kapitalerhöhung oder -herabsetzung zu beachten.⁹ Deshalb dürfte es in der Regel effizienter sein, bei einem Wechsel «ungerade» Nennwerte (z.B. EUR 93.641 statt vorher CHF 100) zu schaffen.

2. Willkommene Flexibilisierung bei Nennwertveränderungen

Dank der Möglichkeit, beliebig tiefe positive Nennwerte vorzusehen, werden die Gesellschaften künftig in der Lage sein, auch bei einem Minimalkapital von CHF 100'000 beliebig viele Aktien zu schaffen.¹⁰ Zudem werden Aktiensplits, etwa im Vorfeld eines IPO, vereinfacht.¹¹

Börsenkotierte Aktien können zudem neu mit qualifiziertem Mehr gemäss Art. 704 OR zusammengelegt werden. Dies ermöglicht zum Beispiel das Anheben des Preises von «Penny-Stock». U.E. kann ein Spitzenausgleich in bar oder durch eine Zukaufsmöglichkeit in Aktien erfolgen.

3. Begrenzte «Aufräumaktion» bei den qualifizierten Einlagetatbeständen

Die qualifizierten Gründungs- bzw. Einlagetatbestände werden neu an einem Ort in Art. 634 ff. nOR geregelt, was das Gesetz übersichtlicher macht. Zu begrüssen ist – entgegen einigen kritischen Stimmen – die Streichung

der Bestimmungen zur (beabsichtigten) Sachübernahme.¹² Damit das Damoklesschwert der Nichtigkeit auch wirklich abgehängt wird, darf eine verdeckte Sacheinlage¹³ nur unter den restriktiven Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchsverbots angenommen werden.¹⁴

Weiter wird die Verrechnungsliberierung gesetzlich geregelt, wobei klargestellt wird, dass die zur Verrechnung gebrachten Forderungen nicht werthaltig sein müssen.¹⁵ Diese Klarstellung der bisherigen Praxis ist insbesondere in Sanierungssituationen hilfreich.

Trotz früherer Kritik wird die u.E. unnötige¹⁶ Vorschrift, qualifizierte Einlagetatbestände während zehn Jahren in den Statuten zu erwähnen, beibehalten und sogar noch ausgeweitet, nämlich auf die Verrechnungsliberierung und die Liberierung aus frei verwendbarem Eigenkapital.¹⁷

4. Kodifizierung der Sacheinlagefähigkeit

Die bisher vom EHRA verwendeten Kriterien der Sacheinlagefähigkeit (Aktivierbarkeit, Übertragbarkeit, Verfügbarkeit und Verwertbarkeit) werden in Art. 634 Abs. 1 nOR überführt.¹⁸ Da hiermit keine materielle Änderung verbunden sein soll, wird die heutige Praxis, die viele Vermögensgegenstände als sacheinlagefähig ansieht, welche bei strenger Betrachtung nicht alle Voraussetzungen erfüllen,¹⁹ weitergeführt werden können.

5. Statutarische Schiedsklausel

Die neue gesetzliche Grundlage für eine statutarische Schiedsklausel schafft Rechtssicherheit.²⁰ Die Statuten

⁶ Art. 957a Abs. 4 und Art. 958d Abs. 3 OR.

⁷ Sinkt der Fremdwährungskurs gegenüber dem Schweizer Franken, werden inskünftig Gesellschaften mit einem Aktienkapital von umgerechnet weniger als CHF 100'000 existieren. Dazu kritisch PETER BÖCKLI, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2015, 1 ff., 2 (zit. «Blütenlese»).

⁸ Art. 621 Abs. 2 letzter Satz nOR.

⁹ Botschaft, 483.

¹⁰ Beispielsweise könnte 1 Mrd. Namenaktien zu 0,01 Rappen geschaffen werden.

¹¹ Wie hier FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 4), Rz. 18.

¹² Ebenfalls befürwortend FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 4), Rz. 18. Ablehnend MANUEL MEYER, Die Sacheinlage im Aktienrecht, Diss. Freiburg, Zürich/St. Gallen 2015, N 86 (= SSW 328); BÖCKLI, Blütenlese (FN 7), 140 f.; HANS CASPAR VON DER CRONE/LUCA ANGMANN, Vorschläge zur Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 607 ff., 608 (zit. «Vorschläge»); ähnlich HANS CASPAR VON DER CRONE/LINUS CATHOMAS, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 586 ff., 604 f.

¹³ Dazu eingehend MEYER (FN 12), N 830 ff.

¹⁴ Siehe HANS CASPAR VON DER CRONE/LUCA ANGMANN, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 3 ff., 4 (zit. «Kernfragen»).

¹⁵ Art. 634a Abs. 2 nOR; befürwortend VON DER CRONE/CATHOMAS (FN 12), 605.

¹⁶ Dazu GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 27.

¹⁷ Art. 634 Abs. 4, 634a Abs. 3 und – ohne die Zehnjahresfrist explizit zu erwähnen – Art. 652d Abs. 3 nOR.

¹⁸ Vgl. EHRA, Mitteilung betreffend Sacheinlagen und Sachübernahmen vom 15. August 2001, Ziff. 3. Siehe auch die Kritik zur Kodifizierung in GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 28. Befürwortend hingegen FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 4), Rz. 19.

¹⁹ Vgl. die Beispiele im Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. 3: Andere Prüfungen, Zürich 2009, 8 f. (zit. «HWP 3»).

²⁰ Art. 697n nOR. Befürwortend GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 28; RICHARD G. ALLEMANN, Statutarische Schiedsklauseln in der Aktienrechtsrevision, GesKR 3/2018, 339 ff., 354; ablehnend VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen (FN 14), 19; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Vorschläge (FN 12), 613. Aus-

können den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich der Schiedsklausel frei festlegen und das Schiedsverfahren ausgestalten, auch durch Verweisung auf eine Schiedsordnung.²¹ Dispositiv sind die Gesellschaft, Organe und Aktionäre der Schiedsklausel hinsichtlich sämtlicher aktienrechtlicher Streitigkeiten unterworfen.²² In jedem Fall müssen die Statuten sicherstellen, dass Personen, die von den Rechtswirkungen des Schiedsspruchs direkt betroffen sein können, über die Einleitung und Beendigung des Verfahrens informiert werden und sich bei der Bestellung des Schiedsgerichts und als Intervenienten am Verfahren beteiligen können.²³

Der Sitz des Schiedsgerichts ist zwingend in der Schweiz, und es kommen zwingend die Regeln zur Binnenschiedsgerichtsbarkeit (Art. 353 ff. ZPO) zur Anwendung.²⁴

Die GV kann jederzeit mit qualifiziertem Mehr eine Schiedsklausel einführen.²⁵ Wie bereits früher moniert, ist es im Lichte der Praxis des EGMR zweifelhaft, ob dies für den damit einhergehenden Verzicht auf Verfahrensgarantien nach Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt.²⁶

III. Kapitalveränderungen

Was ist neu?

- *Längere Frist für ordentliche Kapitalerhöhung:* Die Frist für die Umsetzung und Eintragung der ordentlichen Kapitalerhöhung wird von drei auf sechs Monate verlängert (Art. 650 Abs. 3 nOR).
- *Öffnung des bedingten Kapitals:* Der Anwendungsbereich des bedingten Kapitals hat sich in der Rechtspraxis über den bisherigen Wortlaut hinaus stark entwickelt. Dieser Erweiterung wird im revidierten Recht Rechnung getragen (Art. 653 Abs. 1 nOR).
- *Beendigung des bedingten Kapitals:* Der VR erhält die Möglichkeit, das bedingte Kapital zu streichen, wenn es nicht gebraucht wird (Art. 653i Abs. 1 nOR).
- *Kapitalherabsetzung mit Maximalbetrag:* Neben einzelnen Retuschen, namentlich auch Vereinfachungen, kann die Kapitalherabsetzung neu ausdrücklich auch

für einen Maximal- statt einen Festbetrag genehmigt werden (Art. 653n Ziff. 1 nOR).

- *Kapitalband:* Das Kapitalband kombiniert die genehmigte Kapitalerhöhung mit der Möglichkeit einer genehmigten Kapitalherabsetzung (Art. 653s ff. nOR). Die Statuten können den VR ermächtigen, während maximal 5 Jahren das Aktienkapital um bis zu 50 % herabzusetzen oder zu erhöhen, jeweils bezogen auf das bei Einführung des Kapitalbands im Handelsregister eingetragene Aktienkapital. Verschiedene Unzulänglichkeiten der konkreten Umsetzung im Vorentwurf und Entwurf²⁷ wurden vom Nationalrat 2018 behoben. Beim Gläubigerschutz wurde dem Konzept des Kapitalbands aber zu wenig Rechnung getragen, was die vereinfachte Herabsetzung innerhalb des Bands erschwert.

Das Parlament hat im Bereich der Kapitalveränderungen erheblich gewirkt und im Vergleich zum bundesrätlichen Entwurf zahlreiche Verbesserungen und Klärungen eingefügt. Dies dürfte die Praktikabilität der neuen Regelungen und Konzepte wesentlich verbessern und der Verwirklichung ihrer Zielsetzungen dienlich sein. Dennoch verblieb noch eine Anzahl Detailregelungen, welche das Korsett da und dort ohne ersichtlichen Grund enger schnüren.

1. Kapitalband

Neben der Grundsatzfrage, ob «genehmigte Kapitalherabsetzungen» zu erlauben seien, gaben die konzeptionellen Probleme des Entwurfs, namentlich das Verhältnis zum bedingten Kapital, die Dauer der Ermächtigung und der Gläubigerschutz, Anlass zu Diskussionen.²⁸

1.1 Maximaldauer

Der revidierte Gesetzestext sieht im Einklang mit EU-Recht eine Maximaldauer der Ermächtigung von 5 Jahren vor (gegenüber 2 Jahren bei der genehmigten Kapitalerhöhung unter geltendem Recht). Beschliesst die GV während der Ermächtigungsdauer eine Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, so fällt das Kapitalband von Gesetzes wegen dahin.²⁹ Die GV muss daher gleichzeitig ein neues Kapitalband beschliessen, soll der VR weiterhin ermächtigt bleiben.

fürlich zum Thema aus der jüngsten Literatur ALLEMANN, *passim*; HANS-UELI VOGT/VALENTINA HIRSIGER-MEIER/THOMAS HOFER, Statutarische Schiedsklauseln: nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zürich etc. 2019; VALENTINA MEIER, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Diss., Zürich/St. Gallen 2017 (= SSHW 338), N 491 ff.

²¹ Art. 697n Abs. 3 Satz 1 nOR; vgl. Botschaft, 548.

²² Art. 697n Abs. 1 Satz 2 nOR.

²³ Art. 697n Abs. 3 Satz 2 nOR; dazu eingehend VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER (FN 20), N 209 ff.

²⁴ Art. 697n Abs. 1 und 2 nOR.

²⁵ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 14 nOR.

²⁶ Vgl. *Suda v. Tschechische Republik*, 1643/06, 28.10.2010, §§ 48 ff.; dazu THOMAS RITTER, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen von Schiedsgerichten, Diss. Zürich 2015, N 631–633, 639 und 704; ALLEMANN (FN 20), 349 ff.

²⁷ Dazu DIETER GERICKE, Kapitalband: Flexibilität in Harmonie und Dissonanz, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 113 ff., 115 ff. (= SSHW 300) (zit. «Harmonie») sowie GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 28 ff.

²⁸ Vgl. BÖCKLI, Blütenlese (FN 7), 3; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 28 ff.

²⁹ Art. 653v Abs. 1 nOR.

1.2 Gläubigerschutz

Beim Gläubigerschutz führte der Gesetzgebungsprozess vom dreigliedrigen Konzept im Vorentwurf über ein zweigliedriges Konzept im Entwurf (vorgelagerter und konkreter Gläubigerschutz) zum Konzept eines konkreten Schutzes nach Muster der ordentlichen Kapitalherabsetzung. So gelten bei einer Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbands die Bestimmungen zur Sicherstellung von Forderungen, zum Zwischenabschluss und zur Prüfungsbestätigung³⁰ analog.³¹ Art. 653*k* nOR über die Sicherstellung der Forderungen sieht auch einen Schuldenruf vor. Ob ein solcher auch bei der Herabsetzung im Rahmen des Kapitalbands notwendig sein wird, bleibt jedoch unklar. Aufgrund des Grundkonzepts des Kapitalbands (regulärer Gläubigerschutz bei Unterschreitung der Untergrenze des Kapitalbands und gelockerte Anforderungen bei Kapitalveränderungen innerhalb des Kapitalbands) sollte man u.E. davon absehen können.

Es ist zu bedauern, dass das Kapitalband und die damit angestrebte Flexibilisierung mit dieser Gläubigerschutzregelung einen Dämpfer erfuhren. Immerhin erfordert die Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands keinen zusätzlichen GV-Beschluss. Ferner ist zu begrüßen, dass der bewährte Deckungstest gilt und nicht wie noch im Entwurf dem VR die Verantwortung für jede «Gefährdung» der Gläubigerforderungen zukommt.³² Die Gläubiger werden überdies dadurch abgesichert, dass nur Gesellschaften, die der ordentlichen oder eingeschränkten Revision unterstehen, auch eine Ermächtigung zur Kapitalherabsetzung vorsehen dürfen.³³

1.3 Abstimmung mit dem bedingtem Kapital

Im Entwurf hätte eine Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital (beispielsweise die Wandelung einer Wandelanleihe) noch dazu geführt, dass die Erhöhungsmöglichkeit im Rahmen des Kapitalbands in diesem Ausmass «mitverbraucht» worden wäre. Dies hätte im Vergleich zum geltenden Recht (die Erhöhungsmöglichkeiten von genehmigtem und bedingtem Kapital bestehen grundsätzlich nebeneinander und sind keine kommunizierenden Röhren) die Flexibilität eingeschränkt, was nicht die Idee des Kapitalbands war. Auch hätte die fehlende Koordination u.U. zu einer übergrossen Herabsetzungsmöglichkeit geführt.³⁴

Der definitive Gesetzestext adressiert diese Probleme, indem der VR angewiesen wird, bei der Anpassung des Aktienkapitals gestützt auf ein neben dem Kapitalband bestehendes bedingtes Kapital die Unter- und Obergrenze des Kapitalbands um den gleichen Betrag nach oben zu verschieben.³⁵ Keine solche Verschiebung findet statt, wenn der VR vom Kapitalband in der Form einer bedingten Kapitalerhöhung Gebrauch macht.³⁶

1.4 Ermächtigung des Verwaltungsrates und Verweisung auf allgemeine Bestimmungen

Art. 653*s* ff. nOR enthalten diverse zusätzliche Regelungen zum Ablauf einer Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung im Rahmen eines Kapitalbands. Wichtig ist insbesondere die in Art. 653*u* Abs. 2 nOR verankerte Ermächtigung an den VR, die «notwendigen Bestimmungen» zu erlassen, soweit diese nicht bereits im Ermächtigungsbeschluss der GV (d.h. in der betreffenden Statutenbestimmung) enthalten sind. M.a.W. hat der VR Gestaltungsfreiheit, etwa was die Art der Liberierung, den Erhöhungs- und Ausgabebetrag usw. anbelangt.

Die allgemeinen Verweisungen auf die Bestimmungen über die ordentliche und die bedingte Kapitalerhöhung sowie die Kapitalherabsetzung, die sinngemäss anzuwenden sind,³⁷ stehen dazu in einem gewissen Spannungsverhältnis. Es kann hier nicht darum gehen, die Gestaltungsfreiheit auszuhebeln, sondern die materiellen Vorschriften mit den nötigen Anpassungen zur Geltung zu bringen, soweit der VR von einer Ausgestaltungsmöglichkeit Gebrauch macht. Sieht er beispielsweise eine Erhöhung aus Eigenkapital vor, so sind die betreffenden Vorschriften (Art. 652*d* OR/nOR) sinngemäss anwendbar. So ist etwa ein geprüfter Zwischenabschluss dann erforderlich, wenn der Bilanzstichtag im Zeitpunkt des Erhöhungsbeschlusses des VR (und nicht der GV wie gemäss Art. 652*d* Abs. 2 Ziff. 2 nOR bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung) mehr als sechs Monate zurückliegt.

1.5 Keine explizite Regelung des Verhältnisses zum Kauf eigener Aktien

Das Gesetz lässt offen, ob im Rahmen des Kapitalbands Aktien auch bloss zurückgenommen bzw. erworben und wieder ausgegeben bzw. verkauft werden können, statt jedes Mal eine formelle Kapitalherabsetzung oder -erhöhung vorzunehmen. Systemlogisch muss ein Erwerb eigener Aktien im Rahmen des Kapitalbands auch ohne ausdrückliche Regelung und ohne Beachtung der

³⁰ Art. 653*k*, 653*l* und 653*m* nOR.

³¹ Art. 653*u* Abs. 3 nOR.

³² Art. 653*w* Abs. 2 E-OR. Dazu LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, 211 ff., 229 f. sowie DIETER GERICKE, Das Kapitalband (Art. 653*s*–653*x* OR), GesKR Sondernummer 2008, 38 ff., 40 f. (zit. «Kapitalband»).

³³ Art. 653*s* Abs. 4 nOR.

³⁴ Vgl. zur ganzen Problematik GERICKE, Harmonie (FN 27); OLIVIER BAUM, Kapitalband und bedingtes Kapital im Entwurf zur

Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2017, 47 ff., 49 ff.; sowie VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen (FN 14), 10, und GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 29.

³⁵ Art. 653*g* Abs. 2 i.V.m. Art. 653*v* Abs. 2 nOR.

³⁶ Art. 653*g* Abs. 2 a.E. i.V.m. Art. 653*t* Abs. 1 Ziff. 9 und Art. 653*v* Abs. 2 nOR.

³⁷ Art. 653*u* Abs. 3 und 5 nOR.

10%-Regel zulässig sein. Eine formelle Herabsetzung des Kapitals und damit der Ausschüttungssperren und Grenzwerte für den Kapitalverlust gefährdet die Gläubiger nämlich stärker; zudem beinhaltet eine Ermächtigung zur Kapitalherabsetzung *a maiore minus* auch die Ermächtigung zum Rückkauf von Aktien zur späteren Wiederveräußerung oder Vernichtung.³⁸ Allerdings muss die Wiederveräußerung oder Vernichtung (durch Herabsetzung) der Aktien, welche 10% übersteigen, u.E. innert zwei Jahren erfolgen,³⁹ auch wenn die Ermächtigung noch länger laufen würde.

2. Erleichterungen der ordentlichen Kapitalerhöhung

Im Recht der ordentlichen Kapitalerhöhung sind verschiedene Erleichterungen vorgesehen:

- Die bereits heute zulässige ordentliche Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag wird kodifiziert (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 nOR).
- Für die Durchführung und Eintragung im Handelsregister können neu maximal sechs statt drei Monate beansprucht werden (Art. 650 Abs. 3 nOR).
- Geplante Sachübernahmen nach erfolgter Kapitalerhöhung sind nicht mehr vom Erhöhungsbeschluss abzudecken und offenzulegen. Dafür sind neu die Verrechnungsliberierung sowie die Erhöhung aus Eigenkapital offenzulegen (vgl. oben Ziff. II.3).

Keine Gnade fand im Parlament die im Entwurf noch vorgesehene Abschaffung der Beurkundungspflicht von Barkapitalerhöhungen in einfachen Verhältnissen.⁴⁰

3. Erschwerungen und weitere Änderungen des Kapitalerhöhungsrechts im Allgemeinen

- Die zusätzlichen Anforderungen bei der Liberierung⁴¹ werden künftig auch Kapitalerhöhungen belasten.
- Werden Bezugsrechte aufgehoben, so bezieht sich das Sachlichkeitsgebot neu ausdrücklich auch auf die Festsetzung des Ausgabebetrags,⁴² was u.E. bereits heute der Fall ist.
- Alle Bestimmungen des geltenden Rechts, welche Dokumente dem Handelsregister einzureichen sind (sog. «Belege»), werden gestrichen oder in Unschär-

fe gezogen.⁴³ Was auf den ersten Blick wie eine Erleichterung aussieht, ist keine. Vielmehr regelt neu ausschliesslich die HRegV, und damit der Bundesrat statt der Gesetzgeber, welche Belege dem Handelsregister einzureichen sind und damit öffentlich zugänglich werden.⁴⁴ Diese Gesetzesdelegation, die sich nur auf den sehr unspezifischen Art. 929 Abs. 1 OR stützen kann, scheint uns bedenklich, auch weil sämtliche Handelsregisterbelege öffentlich zugänglich sind.⁴⁵

4. Bedingte Kapitalerhöhung

4.1 Nachführungen des Gesetzes

Das Recht der bedingten Kapitalerhöhung erfährt verschiedene Verbesserungen. Dabei wurde insbesondere auch der Nationalrat⁴⁶ aktiv und führte den Gesetzeswortlaut in diversen Punkten an die gelebte Rechtspraxis heran, wodurch die Rechtssicherheit massgeblich verbessert wird:

- Der Kreis der möglichen Empfänger von Optionen oder Wandelrechten wird in Art. 653 Abs. 1 nOR geöffnet. So können Rechte auf den Bezug von Aktien nicht nur Gläubigern von Anleihe- und ähnlichen Obligationen sowie Arbeitnehmern, sondern ausdrücklich auch Aktionären, Mitgliedern des VR oder Dritten eingeräumt werden. Der Gesetzeswortlaut trägt damit der schon seit langem gelebten Praxis Rechnung, in welcher z.B. eine Universität, deren Technologie einer Gesellschaft zur Verfügung gestellt wird, in teilweiser Abgeltung Optionsrechte erhält, oder VR-Mitglieder ebenfalls Begünstigte eines Aktienbeteiligungsplans sein können.
- Neben Rechten auf den Bezug von Aktien anerkennt das Gesetz neu ausdrücklich auch die Unterlegung von Wandel- und Erwerbspflichten mit bedingtem Kapital (Art. 653 Abs. 3 nOR). Auch dies bedeutet eine Nachführung der bereits seit Jahren gelebten Rechtspraxis im Zusammenhang mit Pflichtwandelanleihen und ähnlichen Konstrukten.
- Die von der Lehre gestützte Praxis, wonach für den Entzug des Vorwegzeichnungsrechts für zu «angemessenen Konditionen» platzierte Wandelanleihen keine besonderen zusätzlichen Gründe vorliegen müssen, wird explizit verankert (Art. 653c Abs. 3 Ziff. 2 nOR). «Angemessen» wird in der Regel eine Platzierung sein, welche die Marktbedingungen oder -usancen bzw. die konkrete Situation der Emittentin reflektiert. So werden beispielsweise Zinsfuss und Ausgabepreis u.a. von der Bonität der Emittentin und

³⁸ Ebenso PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, SJZ 2008, 333 ff., 334, 343; GERICKE, Harmonie (FN 27), 129; GERICKE, Kapitalband (FN 32), 42; THOMAS WERLEN/STEFAN SULZER, Erwerb eigener Aktien, in: Vogt/Stupp/Dubs (Hrsg.), Liber Amicorum für Rolf Watter, Zürich 2008, 493 ff., 509 f.

³⁹ Art. 659 Abs. 3 zweiter Satz nOR.

⁴⁰ Vgl. Art. 650 Abs. 4 E-OR. Siehe auch Ziffer II. oben.

⁴¹ Siehe Ziffer II.3 und 4 oben.

⁴² Art. 652b Abs. 4 nOR.

⁴³ Z.B. wird die Aufzählung der einzureichenden Belege in Art. 652g Abs. 3 OR gestrichen.

⁴⁴ Botschaft, 492.

⁴⁵ Art. 930 OR.

⁴⁶ Fahne 16.077 Entwurf 1 Sommersession 2018 Nationalrat N1 D, S. 31 ff.

der Volatilität der zugrundeliegenden kotierten Aktien abhängig sein.

- Die Erklärung zur Ausübung von Wandel- oder Optionsrechten kann neu in beliebiger Form erfolgen (und nicht mehr wie zurzeit zwingend schriftlich; Art. 653e Abs. 1 nOR). Der Verweis auf die Statutenbestimmung und einen allfälligen Prospekt ist jedoch nach wie vor erforderlich, was uns überflüssig und bei automatisierten Abläufen wenig praktikabel scheint. Jedenfalls kann dies u.E. keine Gültigkeitsvoraussetzung für die Ausübungserklärung sein.
- Anders als die Bareinzahlung bei einer Optionsausübung muss die Verrechnung bei der Wandelung nicht mehr «bei einem Bankinstitut» erfolgen.⁴⁷

4.2 Beendigung des bedingten Kapitals

Nicht nur wenn gestützt auf bedingtes Kapital ausgegebene Rechte erloschen sind, sondern auch wenn gar keine solchen ausgegeben wurden⁴⁸, kann der VR die Statutenbestimmung über das bedingte Kapital löschen. Dabei hat das Parlament im Vergleich zum Entwurf mit dem Wort «kann» klargestellt, dass keine Löschungspflicht besteht. Anders als die Botschaft zu insinuiert scheint,⁴⁹ besteht auch keine Pflicht, eine bedingte Kapitalerhöhung durchzuführen. Das bedingte Kapital wurde 1991 als Ersatz für die früher üblichen sog. Vorratsaktien eingeführt und soll entsprechend als Vorrat dienen: So kann der VR mit der Ausgabe etwa einer Wandelanleihe zuwarten, bis ein entsprechendes Bedürfnis entsteht oder günstige Verhältnisse vorliegen.

5. Kapitalherabsetzungen

Das Kapitalherabsetzungsrecht wird in die Artikel 653j ff. nOR verschoben und weitgehend neu geschrieben. Inhaltlich geben die Bestimmungen im Grossen und Ganzen die heutige Rechtslage wieder. Die Revision enthält jedoch auch ein paar wichtige, positiv zu beurteilende Änderungen:

- Die GV kann eine Kapitalherabsetzung bis zu einem Maximalbetrag beschliessen (Art. 653n Ziff. 1 nOR), damit der konkrete Herabsetzungsbetrag zum Beispiel dem Ergebnis eines Aktienrückkaufs angepasst werden kann.⁵⁰ Da die Kapitalherabsetzung neu innert 6 Monaten seit dem GV-Beschluss zu vollziehen

ist (Art. 653j Abs. 4 nOR), wird diese zusätzliche Flexibilität nicht immer nutzbar sein.

- Statt wie bisher drei genügt neu eine Veröffentlichung des Schuldendrucks; zudem müssen Gläubiger die Sicherstellung innert 30 Tagen statt zwei Monaten verlangen (Art. 653k Abs. 1 und 2 nOR).
- Der Anspruch auf Sicherstellung ist in jedem Fall auf den Betrag der Reduktion der Deckung durch die Kapitalherabsetzung beschränkt (Art. 653k Abs. 2 OR). Wie bei der Fusion besteht ein Anspruch auf Sicherstellung zudem nur noch dann, wenn nicht anderweitig nachgewiesen wird, dass die Erfüllung der Gläubigerforderungen durch die Kapitalherabsetzung nicht gefährdet wird. Ähnlich wie in Art. 25 Abs. 2 FusG wird dieser Nachweis vermutungsweise durch die Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten erbracht, wonach alle Forderungen trotz der Herabsetzung voll gedeckt sind.⁵¹ Diese vom Parlament eingefügte Vermutungsregelung erhöht die Rechtssicherheit wesentlich.

IV. Partizipationskapital

Was ist neu?

- *Börsenkotiertes Partizipationskapital:* Partizipationskapital, das sich aus börsenkotierten Partizipations-scheinen (PS) zusammensetzt, darf maximal das Zehnfache (statt wie bisher das Doppelte) des Aktienkapitals betragen (Art. 656b Abs. 1 nOR).

Die bisherige Obergrenze gilt weiterhin für nicht börsenkotiertes Partizipationskapital.⁵² Sollte eine Gesellschaft sowohl über börsenkotiertes als auch nicht börsenkotiertes Partizipationskapital verfügen, kann das Partizipationskapital nach dem Wortlaut von Art. 656b Abs. 1 nOR maximal das Zwölfwache des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals betragen: der börsenkotierte Anteil bis zum Zehnfachen und der nicht kotierte Anteil bis zum Doppelten.⁵³

Weitere Änderungen gibt es bei der Berechnung verschiedener Grenz- und Schwellenwerte, wenn ein Partizipationskapital vorhanden ist. Die Schwellenwerte für Rückkäufe von Anteilscheinen⁵⁴ sind für Aktien und PS,⁵⁵ jene für die Einleitung einer Sonderuntersuchung, die Auflösungsklage und die Meldung des wirtschaftlich Berechtigten nach Art. 697j OR für Aktionäre und

⁴⁷ So derzeit Art. 653e Abs. 2 OR.

⁴⁸ Art. 653i Abs. 1 Ziff. 2 nOR.

⁴⁹ Botschaft, 504.

⁵⁰ Unter geltendem Recht umstritten, vgl. URS KÄGI, Revision des Kapitalherabsetzungsrechts: Geplante Änderung im Entwurf des Bundesrates und bestehender Revisionsbedarf, GesKR Online-Beitrag 1/2008 (Langversion des Beitrags in GesKR Sondernummer 2008, Die grosse Aktienrechtsrevision, 23 ff.), 11, mit weiteren Hinweisen.

⁵¹ Art. 653k Abs. 3 und Art. 653m nOR.

⁵² Art. 656b Abs. 1 Satz 2 nOR.

⁵³ Der Text wurde von der RK-N vorgeschlagen (FN 46), S. 49. Die Materialien liefern soweit ersichtlich keine Anhaltspunkte zur Auslegung der Bestimmung.

⁵⁴ Art. 659 Abs. 2 und 3 nOR.

⁵⁵ Art. 656b Abs. 5 nOR. Dazu kritisch BÖCKLI, Blütenlese (FN 7), 3.

Partizipanten je separat zu berechnen.⁵⁶ Letzteres kann bei Gesellschaften mit vergleichsweise tiefem Partizipationskapital widersinnige Meldepflichten auslösen. Hat eine Gesellschaft ein Aktienkapital von CHF 100'000 und ein Partizipationskapital von CHF 10'000, wäre ein Partizipant mit PS im Nennwert von CHF 2'500 (d.h. 2,3 % des Gesamtkapitals, keine Stimmrechte) nach Art. 697j OR meldepflichtig.

V. Eigene Aktien, Reserven und Dividenden

Was ist neu?

- *Erwerb eigener Aktien bei Auflösungsklage:* Gesellschaften dürfen auch im Zusammenhang mit einer Auflösungsklage bis zu 20 % eigene Aktien erwerben (Art. 659 Abs. 3 nOR).
- *Ruhen der Stimmrechte eigener Aktien bei Effektenleihe und Repo-Geschäften:* Es wird geklärt, dass die Mitwirkungsrechte auch dann ruhen, wenn die Gesellschaft eigene Aktien überträgt und deren Rückgabe vereinbart (Art. 659a Abs. 2 nOR).
- *Neuregelung der Reserven:* Die Vorschriften zu den Reserven werden modernisiert und an das neue Rechnungslegungsrecht angeglichen (Art. 671 ff. nOR).
- *Zwischendividenden:* Zwischendividenden werden gesetzlich geregelt (Art. 675a nOR).

Erfreulicherweise hat das Parlament die im Entwurf von 2016 vorgesehene erschwerte Rückzahlung gesetzlicher Reserven gestrichen.⁵⁷

1. Aufräumaktion und einige Problem- punkte bei den Reserven

Die wenigen nach der Revision des Rechnungslegungsrechts verbliebenen Bestimmungen zum Geschäftsbericht werden an geeignetere Orte verschoben bzw. aufgehoben.⁵⁸

Die Bestimmungen betreffend Reserven werden, soweit nötig, ans neue Rechnungslegungsrecht angepasst.⁵⁹ Namentlich wird neu auch hier zwischen der Kapitalreserve («Reserve aus Kapitaleinlagen») und (gesetzlichen und freiwilligen) Gewinnreserven unterschieden.⁶⁰ Gesetzliche Gewinn- oder Kapitalreserven sind wie nach bisheriger Praxis ausschüttbar, soweit sie – nach Abzug allfälliger Verluste – 50 % des Aktienkapitals (bzw. 20 % bei Holdinggesellschaften) übersteigen.⁶¹ Bei der gesetzlichen Gewinnreserve wird die bisherige zweistufige Zuweisungsvorschrift durch eine einstufige ersetzt (5 % des Jahresgewinns, bis 50 % bzw. bei Holdinggesellschaften 20 % des Aktienkapitals erreicht sind).⁶²

Trotz früherer Kritik dürfen freiwillige Gewinnreserven «nur gebildet werden, wenn das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre dies rechtfertigt.»⁶³

2. Gesetzliche Regelung der Zwischen- dividende

Art. 675a nOR sieht vor, dass die GV gestützt auf einen Zwischenabschluss – und unter Einhaltung der Bestimmungen über die Dividenden – die Ausrichtung einer «Zwischendividende» beschliessen kann. Gesellschaften, die der ordentlichen oder der eingeschränkten Revision unterliegen, müssen den Zwischenabschluss prüfen lassen; auf die Prüfung kann jedoch verzichtet werden, wenn sämtliche Aktionäre der Zwischendividende zustimmen und die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden.⁶⁴ Dividenden aus laufendem Gewinn, der nicht in einer Zwischenbilanz bilanziert ist, werden weiterhin unzulässig sein, wenn man der überwiegenden Lehre folgt.⁶⁵

Die Klarstellung, dass eine «Zwischendividende», die auf einem Zwischenabschluss beruht und von einer ausserordentlichen GV beschlossen wird, zulässig ist, ist zu

wertung) wird wie Art. 671b OR (Aufwertungsreserve) in Art. 725c nOR überführt (siehe dazu Ziffer X.3 unten).

⁵⁹ Vgl. etwa die Aufhebung von Art. 671a (Reserve für eigene Aktien). Siehe auch Botschaft, 522 f.

⁶⁰ Art. 671 ff. nOR. Ebenso Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR.

⁶¹ Art. 671 Abs. 2 und 3 sowie Art. 672 Abs. 2 nOR; zur heutigen Praxis siehe BGE 140 III 533, E. 6.2.2. Der Einschub «abzüglich des Betrags allfälliger Verluste» in Art. 671 Abs. 2 OR wurde von der RK-N vorgeschlagen (Fahne 16.077 Entwurf 1 Sommersession 2018 Nationalrat N1 D, S. 59). U.E. ist dies – entsprechend der heutigen Praxis – so zu verstehen, dass die gesetzlichen Kapitalreserven, auch wenn sie zusammen mit den gesetzlichen Gewinnreserven die Hälfte des Aktienkapitals übersteigen, nur soweit zurückbezahlt werden dürfen, als kein Verlustvortrag besteht, der die freien Reserven und den Gewinnvortrag übersteigt.

⁶² Art. 672 Abs. 1 und 2 nOR; vgl. heute Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR.

⁶³ Art. 673 Abs. 2 nOR. Kritik bei GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 33.

⁶⁴ Art. 675a Abs. 2 nOR.

⁶⁵ Siehe statt vieler HWP 3 (FN 18), 401.

⁵⁶ Art. 656b Abs. 4 nOR; zur Begründung siehe Botschaft, 519. Zur heutigen, teils umstrittenen Rechtslage siehe die Nachweise bei GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 32 FN 62.

⁵⁷ Art. 677a E-OR. Siehe dazu die Kritik bei GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 33. Das fiskalische Motiv hinter dieser Vorschrift, nämlich die verrechnungssteuerfreie Rückzahlung von Kapitalreserven zu erschweren, ist durch die Steuerreform und AHV-Finanzierung (STAF) von 2019 grösstenteils hinfällig geworden, welche die steuerbefreite Ausschüttung von Kapitaleinlagereerven eingeschränkt hat (Art. 20 Abs. 4–7 DBG; Art. 7b Abs. 2–5 StHG; Art. 4a Abs. 4 und Art. 5 Abs. 1^{ter}–1^{sexies} VStG).

⁵⁸ Art. 663b^{bis} OR (Offenlegung der Vergütungen) und Art. 663c Abs. 3 OR (Offenlegung der Beteiligungen der Unternehmensleitung) werden durch Art. 734 ff. nOR ersetzt. Art. 663c Abs. 1 und 2 (Offenlegung der Beteiligungen bedeutender Aktionäre) wird aufgehoben, da die Bestimmung durch die börsenrechtliche Meldepflicht obsolet geworden ist (Botschaft, 521 f.). Art. 670 OR (Auf-

begrüssen. Es ist erfreulich, dass das Parlament die im Entwurf vorgesehenen weiteren Restriktionen (statutarische Grundlage, Prüfung des Zwischenabschlusses in jedem Fall) nicht übernommen hat⁶⁶ und sogar eine Verzichtsmöglichkeit auf die Prüfung eingeführt hat. Die Voraussetzung für einen Verzicht, nämlich dass die Forderungen der Gläubiger nicht «gefährdet» werden, entstammt einem von der Einigungskonferenz unterstützten Kompromissvorschlag.⁶⁷ Zur Auslegung dieses Kriteriums liefern die Materialien keine Hinweise; u.E. bedeutet «Nicht-Gefährdung», dass die Aktiven der Gesellschaft die Forderungen der Gläubiger auch nach Entrichtung der «Zwischendividende» decken. Dies ergibt sich bereits aus den allgemeinen Dividendenvoraussetzungen.⁶⁸

VI. Rückerstattung von Leistungen

Was ist neu?

- *Erweiterter Geltungsbereich:* Der persönliche und sachliche Geltungsbereich der Rückerstattungspflicht wird erweitert (Art. 678 Abs. 1 nOR).
- *Keine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage:* Die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft wird für die Beurteilung der Rückerstattungspflicht nicht mehr berücksichtigt (Art. 678 Abs. 2 nOR).
- *GV-Beschluss zur Klageeinleitung:* Die GV kann die Gesellschaft dazu verpflichten, eine Klage auf Rückerstattung einzuleiten (Art. 678 Abs. 5 nOR), womit das Prozesskostenrisiko faktisch auf die Gesellschaft übertragen werden kann.
- *Anpassung an Regelungen des allgemeinen Obligationenrechts:* Die Beweislastverteilung sowie die Verjährungsfristen (relativ: 3 Jahre, absolut: 10 Jahre) werden den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts angepasst (Art. 678 Abs. 3 nOR und Art. 678a nOR).⁶⁹

Das Parlament hat die im Entwurf vorgeschlagene Aktivlegitimation zur Rückerstattungsklage der Gläubiger bei Konzernverhältnissen erfreulicherweise gestrichen.⁷⁰

1. Ausweitung des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs

Bereits heute können bestimmte Leistungen an Aktionäre und Mitglieder des VR sowie diesen nahestehende Personen zurückgefordert werden. Art. 678 Abs. 1 nOR sieht nunmehr vor, dass nebst den vorgenannten Personen neu auch materielle und faktische Organe der Rückerstattungspflicht unterliegen.

Der sachliche Geltungsbereich der Rückerstattungspflicht erfasst nebst Dividenden, Tantiemen, anderen Gewinnanteilen, Vergütungen, Bauzinsen und gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven auch «andere Leistungen [...], wenn [...] diese ungerechtfertigt bezogen» wurden.⁷¹ Dieser Auffangtatbestand verdeutlicht, dass jedwelche Leistung, die ohne Rechtsgrund an die betreffende Person geflossen ist, rückerstattungspflichtig ist.⁷² Gemäss Botschaft wird damit insbesondere auch die «ungerechtfertigte Leistung unzulässiger oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässiger Vergütungen» erfasst.⁷³ Damit werden insbesondere unzulässige Vergütungen in Publikumsgesellschaften⁷⁴ der Rückerstattungspflicht unterstellt.

2. Missverhältnis zwischen den Leistungen als einziger Massstab

Zusätzlich zu den vorgenannten sind auch sämtliche Leistungen⁷⁵ zurückzuerstatten, bei denen «ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht».⁷⁶ Art. 678 Abs. 2 nOR verzichtet damit auf das heute zusätzlich vorausgesetzte und in der Lehre verschiedentlich kritisierte Element des offensichtlichen Missverhältnisses der Leistung zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft.⁷⁷ Damit soll u.a. der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die Sorgfalts- und Treuepflichten des VR sowie das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre immer zu beachten sind und auch eine wirtschaftlich gute Situation der Gesellschaft ein Missverhältnis nicht zu rechtfertigen vermag.⁷⁸

⁶⁶ Siehe die Kritik bei GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 33.

⁶⁷ Vgl. AB 2020 N 982 f.

⁶⁸ Art. 675 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 675a Abs. 3 nOR.

⁶⁹ Im Falle einer gleichzeitigen strafbaren Handlung soll eine gegebenenfalls längere strafrechtliche Verjährungsfrist zu berücksichtigen sein (Art. 678a Abs. 2 nOR).

⁷⁰ Art. 678 Abs. 4 E-OR. Siehe dazu die Kritik bei GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 35 f.

⁷¹ Art. 678 Abs. 1 nOR.

⁷² Statt vieler siehe HANS CASPAR VON DER CRONE/CORINA MOSCHEN, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs, in: Portmann/Heiss/Isler/Thouvenin (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/St. Gallen 2020, 479 ff., 482.

⁷³ Botschaft, 528.

⁷⁴ Vgl. Art. 735a, 735c und 735d nOR.

⁷⁵ Davon umfasst werden sollen nicht nur erhaltene Vermögenswerte, sondern auch sämtliche anderweitigen Rechtsgeschäfte einer rückerstattungspflichtigen Person mit der Gesellschaft; Botschaft, 528 f.

⁷⁶ Wie unter geltendem Recht soll auch weiterhin nur derjenige Teil der Leistung zurückerstattet werden müssen, der im offensichtlichen Missverhältnis steht. Eine Rückabwicklung des Rechtsgeschäftes soll gestützt auf Art. 678 nOR nicht verlangt werden können. Vgl. Botschaft, 528.

⁷⁷ Art. 678 Abs. 2 OR.

⁷⁸ Botschaft, 529.

3. Beweislast und Umfang der Rückerstattung

Nach Kritik in der Vernehmlassung verzichtet Art. 678 nOR, wie bereits der Entwurf, auf den Nachweis des guten Glaubens durch die rückerstattungspflichtige Person.⁷⁹ Der Umfang und die Beweislast der Rückforderungspflicht werden neu durch einen Verweis auf Art. 64 OR geregelt. Damit gelangt das allgemeine Bereicherungsrecht zur Festlegung der Rückerstattungspflicht zur Anwendung. Die rückerstattungspflichtige Person kann somit einredeweise vorbringen, dass sie nicht mehr bereichert sei und sich der Bereicherung in gutem Glauben entäussert habe und dabei nicht mit der Rückerstattung rechnen müssen.⁸⁰ Obschon, im Gegensatz zum geltenden Recht⁸¹, für die Rückerstattungspflicht auf das Vorliegen der Bösgläubigkeit verzichtet wird, wird neu für die allfällige Beschränkung der Rückerstattungspflicht auf den guten Glauben abgestellt.⁸²

VII. Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Aktionäre

Was ist neu?

- *Senkung der Schwellenwerte:* Die Schwellenwerte für viele Minderheitenrechte werden geändert und teils deutlich gesenkt (vgl. Tabelle 1).

- *Auskunftsrecht ausserhalb der GV:* In privaten Gesellschaften erhalten Aktionäre mit 5 % des Kapitals oder der Stimmen ein Recht auf Auskünfte ausserhalb der GV (Art. 697 Abs. 2 nOR).
- *Umbenennung der Sonderprüfung:* Die Sonderprüfung heisst neu «Sonderuntersuchung» (Art. 697c ff. nOR).
- *Abberufung der Revisionsstelle:* Die Revisionsstelle kann vor Ende ihrer Amtsdauer nur noch aus wichtigen Gründen abberufen werden (Art. 730a Abs. 4 nOR).

1. Geänderte Schwellenwerte

Viele Schwellenwerte für die Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Aktionäre werden gesenkt, wobei fast immer zwischen börsenkotierten und privaten Gesellschaften differenziert wird (vgl. Tabelle 1).⁸⁴ Die neuen, vom Parlament gegenüber dem Entwurf teilweise erhöhten Schwellen beziehen sich immer auf das Aktienkapital oder die Stimmen. Diese Besserstellung der Stimmrechtsaktionäre dürfte in der Praxis jedoch kaum eine Rolle spielen, da die Stimmrechtsaktionäre eine Gesellschaft typischerweise beherrschen. Wichtiger scheint, dass neu auch die Inhaber von mindestens 5 % des Partizipationskapitals auf Einleitung einer Sonderuntersuchung klagen können.

Tabelle 1: Schwellenwerte der Minderheitenrechte⁸³

Recht auf ...	Geltendes Recht alle Gesellschaften	Neues Recht	
		börsenkotierte Gesellschaften	nicht börsenkotierte Gesellschaften
Einberufung einer GV	10 % des Aktienkapitals	5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen	10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen
Traktandierung	Nennwerte von CHF 1 Mio. (oder 10 % des Aktien- kapitals)	0,5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen oder des PS-Kapitals	5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen oder des PS-Kapitals
Auskünfte ausserhalb der GV	–	–	10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen
Einsicht in die Geschäftsbücher	keine Schwelle	5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen	
Sonderuntersuchung	10 % des Aktienkapitals oder Nennwerte von CHF 2 Mio.	5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen	10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen
Auflösungsklage	10 % des Aktienkapitals	10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen	

⁷⁹ Anders noch Art. 678 Abs. 3 VE-OR.

⁸⁰ Art. 64 OR.

⁸¹ Art. 678 Abs. 1 OR.

⁸² Ebenso von der CRONE/MOSCHEN (FN 72), 485 f.

⁸³ Siehe Art. 699 Abs. 3, 697b Abs. 1 und Art. 736 Ziff. 4 OR bzw. Art. 699 Abs. 3, 699b Abs. 1, 697 Abs. 2, 697d Abs. 1 und 736 Abs. 1 Ziff. 4 nOR.

⁸⁴ Zur Kritik hierzu siehe GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 35, m.w.H.

2. Weitere Änderungen beim Einberufungs-, Traktandierungs- und Antragsrecht

Der VR ist verpflichtet, eine GV innert angemessener Frist, längstens aber innert 60 Tagen ab Eingang eines entsprechenden Gesuchs einzuberufen.⁸⁵ Verfasst der Antragsteller eine kurze Begründung des vorgeschlagenen Traktandums oder Antrags, so muss diese in die GV-Einladung aufgenommen werden.⁸⁶

3. Änderungen beim Auskunfts- und Einsichtsrecht

In nicht börsenkotierten Gesellschaften können Aktionäre, die zusammen 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, vom VR schriftlich Auskünfte verlangen, die dann innerhalb von 4 Monaten zu beantworten sind.⁸⁷ Zudem ist der VR verpflichtet, Auskunftsverweigerungen (an oder ausserhalb der GV) schriftlich zu begründen.⁸⁸

Das Auskunftsrecht steht weiterhin unter dem Vorbehalt überwiegender Gesellschaftsinteressen.⁸⁹ Die Botschaft postuliert hier umfangreiche Auskunftsansprüche der Aktionäre, für welche der Vorbehalt überwiegender Geheimhaltungsinteressen nicht gälte,⁹⁰ ohne dass dies im geltenden oder im neuen Recht eine Stütze findet.

Für das Einsichtsrecht der Aktionäre in Geschäftsbücher und -akten börsenkotierter oder privater Gesellschaften gilt nun ebenfalls ein Schwellenwert von 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen sowie eine Viermonatsfrist.⁹¹ Neu ist der VR ausschliesslich zuständig, eine Einsicht zu genehmigen.⁹² Für die Informationsklage nach einer Verweigerung von Auskünften oder Einsicht wird eine 30-tägige Verwirkungsfrist eingeführt.⁹³

4. Sonderprüfung wird zur Sonderuntersuchung

Die Sonderprüfung wird – laut Botschaft wegen angeblicher Assoziationen mit der Tätigkeit der Revisionsstelle – in «Sonderuntersuchung» umbenannt.⁹⁴

Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Einleitung einer Sonderuntersuchung werden gelockert. Bei börsenkotierten Gesellschaften wird der Schwellenwert von 10 % auf 5 % gesenkt.⁹⁵ Zudem muss nicht mehr ein bereits eingetretener Schaden glaubhaft gemacht werden, sondern es genügt, dass eine Verletzung von Gesetz oder Statuten hierzu geeignet ist.⁹⁶ Diese Änderungen könnten die Sonderuntersuchung für aktivistische Aktionäre zu einem attraktiven Druckmittel machen. Entgegen dem Entwurf kann das Gericht die Kosten der Sonderuntersuchung bei besonderen Umständen wie nach bisherigem Recht den Geschstellern auferlegen.⁹⁷

5. Jederzeitige Abberufung der Revisionsstelle

Heute kann die GV die Revisionsstelle jederzeit ohne Angabe von Gründen mit sofortiger Wirkung abberufen. Neu ist dies – trotz Kritik an dieser Änderung – nur noch aus wichtigen Gründen möglich.⁹⁸ Die Gründe für die Abberufung sind im Anhang zur Jahresrechnung offenzulegen.⁹⁹ Da die neue Regelung in der Botschaft mit dem Minderheiten- und Gläubigerschutz begründet wurde, gelten Abberufungsgründe, die keinen Bezug zum Minderheiten- und Gläubigerschutz haben (z.B. wenn der ganze Konzern die Revisionsfirma wechselt, wenn die Gesellschaft verkauft wurde oder wenn die Revisionsstelle zu teuer geworden ist), ohne Weiteres als «wichtige Gründe» im Sinne des Gesetzes.¹⁰⁰

⁸⁵ Art. 699 Abs. 3 und 5 nOR. Heute wird die Ansicht vertreten, der VR müsse die Vorbereitung der GV unverzüglich an die Hand nehmen, siehe BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 15.

⁸⁶ Art. 699b Abs. 3 nOR. Bisher besteht dieses Recht nach überwiegender Ansicht nicht. Siehe die Hinweise bei KARIM MAZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Diss. Zürich 2012, 240 (= SSHW 308), der selbst eine andere Ansicht vertritt.

⁸⁷ Art. 697 Abs. 2 und 3 nOR.

⁸⁸ Art. 697 Abs. 4 nOR.

⁸⁹ Art. 697 Abs. 4 nOR.

⁹⁰ Botschaft, 541; vgl. den – gegenüber dem Entwurf unveränderten – Art. 697 Abs. 4 nOR.

⁹¹ Art. 697a Abs. 1 und 2 nOR.

⁹² Art. 697a Abs. 2 nOR.

⁹³ Art. 697b nOR. Bisher gibt es keine Verwirkungsfrist und wird ein rechtsmissbräuchliches Zuwarten nur zurückhaltend angenommen. Siehe Urteil des Bundesgerichts 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 3 (kein Rechtsmissbrauch bei Klage nach 6 Monaten).

⁹⁴ Botschaft, 543. Siehe die Kritik bei BRUNO TRINGANIELLO/GARRY-PHILIPPE OBERTIN, Vereinfachte Sonderprüfung – Führt die kommende Aktienrechtsrevision zu vermehrten Verantwortlichkeitsklagen?, TREX 2015, 332 ff., 333, und GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 37.

⁹⁵ Siehe Tabelle 1 oben.

⁹⁶ Art. 697d Abs. 3 nOR. Dazu kritisch wegen möglicher Verantwortlichkeitsrisiken der Organe TRINGANIELLO/OBERTIN (FN 94), 334.

⁹⁷ Art. 697b^{bis} nOR; heute Art. 697g Abs. 1 Satz 2 OR.

⁹⁸ Art. 730a Abs. 4 nOR; siehe die Kritik bei GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 37.

⁹⁹ Art. 959c Abs. 2 Ziff. 14 nOR. Kritisch FORSTMOSE/KÜCHLER (FN 4), Rz. 48.

¹⁰⁰ Siehe Botschaft, 583. Wegen des unterschiedlichen Schutzzwecks bedeuten «wichtige Gründe» hier nicht wie im Miet- oder Arbeitsrecht (vgl. Art. 266g Abs. 1 und Art. 337 Abs. 2 OR), dass eine Weiterführung des Revisionsmandats unzumutbar ist.

VIII. Neuerungen bei der Generalversammlung

Die Revision bezweckt, die Corporate Governance auch bei nicht kotierten Gesellschaften zu verbessern und die GV durch Zulassung elektronischer Mittel zu modernisieren.¹⁰¹ Diese Stossrichtung ist im Grundsatz zu begrüßen. Leider bringt die Revision auch einige unnötige bürokratische Anforderungen und Einschränkungen mit sich, die insbesondere für KMU und kleinere kotierte Gesellschaften zu Mehraufwand und -kosten führen werden.¹⁰²

Was ist neu?

- *Dekotierung neu GV-Kompetenz:* Die GV muss mit Zweidrittelmehrheit über die Dekotierung von Beteiligungspapieren entscheiden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 8 i.V.m. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 12 nOR).
- *Einschränkungen bezüglich statutarischer Ausgestaltungsmöglichkeiten der Stimmrechtsvertretung:* Die Gestaltungsfreiheit betr. Regelung der Vertretung wird eingeschränkt (Art. 698b und 689d nOR).
- *Modernisierung der Bekanntmachung des Geschäftsberichts:* Die Aufschaltung auf einer Website oder anderweitige elektronische Zugänglichmachung genügt; die zwingende Auflage am Sitz der Gesellschaft entfällt (Art. 699a nOR).¹⁰³ Ebenfalls müssen die Aktionäre nicht mehr zwingend in schriftlicher Form darüber informiert werden; damit sind rein elektronische GV-Einladungen möglich.¹⁰⁴
- *Erhöhte Anforderungen an die Anträge an die GV:*
 - Anträge des VR von kotierten Gesellschaften müssen kurz begründet werden; Aktionäre können ihre Anträge ebenfalls kurz begründen (Art. 700 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 sowie Art. 699b Abs. 3 nOR).
 - Anträge müssen den Grundsatz der Einheit der Materie wahren (Art. 700 Abs. 3 nOR).
 - Der VR muss der GV alle Informationen vorlegen, die für die Beschlussfassung von Bedeutung sind. Falls die Einladung eine summarische Begründung enthält (bzw. enthalten muss), muss die weiterführende Information nur elektronisch zugänglich gemacht werden (Art. 700 Abs. 3 und 4 nOR).
- *GV-Beschlüsse auf dem Zirkularweg:* Sofern kein Aktionär (bzw. dessen Vertreter) Widerspruch erhebt, können GV-Beschlüsse auf dem Zirkularweg schriftlich oder elektronisch gefasst werden (Art. 701 Abs. 3 nOR).
- *Virtuelle GV möglich:* Neu kann eine GV auch rein virtuell, d.h. ohne physischen Tagungsort, durchgeführt werden, sofern die Statuten dies vorsehen und der VR (bei kotierten Gesellschaften zwingend¹⁰⁵) einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet (Art. 701d nOR).
- Ferner wird die geltende Rechtslage kodifiziert, wonach eine GV parallel an mehreren Tagungsorten oder im Ausland abgehalten (wobei letzteres neu einer mit Zweidrittelmehrheit eingeführten statutarischen Grundlage bedarf) und elektronische Mittel zur Ausübung der Aktionärsrechte verwendet werden können (Art. 701a–c, 701e und 701f sowie Art. 704 Abs. 1 Ziff. 11 nOR).
- *Beschränkte Vertraulichkeit der Stimmrechtsweisungen:* Der unabhängige Stimmrechtsvertreter einer kotierten Gesellschaft muss die Weisungen der einzelnen Aktionäre bis zum Beginn der GV vertraulich behandeln; er darf der Gesellschaft frühestens drei Werktage vor der GV allgemeine Auskunft über die eingegangenen Weisungen erteilen (Art. 689c Abs. 5 nOR).
- *Zugang zum GV-Protokoll:* Das Protokoll der GV (bei kotierten Gesellschaften unter Angabe der genauen Stimmenverhältnisse) muss den Aktionären kotierter Gesellschaften zwingend innerhalb von 15 Tagen und den Aktionären nicht kotierter Gesellschaften auf Verlangen innerhalb von 30 Tagen nach der GV zugänglich gemacht werden (Art. 702 Abs. 4 und 5 nOR).
- *Äusserungsrecht der GL:* Neu sind sowohl die VR als auch GL-Mitglieder teilnahmeberechtigt (Art. 691 Abs. 2^{bis} nOR). Allerdings kann eine Universalversammlung weiterhin ohne Teilnahme des VR und der GL gültig durchgeführt werden und Beschlüsse fassen.¹⁰⁶ Neben dem VR ist neu auch die GL berechtigt, sich an der GV zu äussern (anders als der VR nicht jedoch Anträge zu stellen) (Art. 702a Abs. 1 nOR).
- *Stichentscheid des VR-Präsidenten in der GV:* Die Einführung einer Statutenbestimmung, wonach der VR-Präsident in der GV (soweit zulässig¹⁰⁷) den Stichentscheid hat, bedarf neu der Zweidrittelmehrheit (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 10 nOR).

¹⁰¹ Botschaft, 402.

¹⁰² Vgl. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 39.

¹⁰³ Sind der Geschäftsbericht und die Revisionsberichte nicht elektronisch zugänglich, kann jeder Aktionär vor der GV und während eines Jahres danach deren Zustellung verlangen.

¹⁰⁴ Vgl. die Streichung von Art. 696 Abs. 2 OR.

¹⁰⁵ Die Statuten nicht kotierter Gesellschaften können bestimmen, dass auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden kann. Die Einführung einer solchen Statutenbestimmung bedarf der Zweidrittelmehrheit (Art. 701d Abs. 2 und Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 nOR).

¹⁰⁶ Vgl. Botschaft, 562 f., und Art. 701 Abs. 1 und implizit Art. 702a Abs. 1 nOR.

¹⁰⁷ Vgl. dazu BGE 143 III 120; MARKUS VISCHER, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 1/2017, 81 ff.; ANDREAS SCHNEUWLY/MEINRAD VETTER, Der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung ist unzulässig, GesKR 3/2017, 266 ff.

Folgende früheren Revisionsvorschläge wurden nicht umgesetzt:

- Verbot der Organstimmrechtsvertretung auch für nicht kotierte Gesellschaften;¹⁰⁸
- Änderung des (dispositiven) Mehrheitserfordernisses für die Beschlussfassung von der Mehrheit der vertretenen zur Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei Enthaltungen zwingend als nicht abgegebene Stimmen gegolten hätten;¹⁰⁹
- Nominee-Modell oder anderweitige Neuregelung der Dispoaktien-Thematik;¹¹⁰
- Bonus-/Malus-Dividende für aktive/passive Aktionäre;¹¹¹
- Loyalitätsaktien;¹¹²
- Elektronisches Aktionärsforum bei kotierten Gesellschaften.¹¹³

Wir begrüßen, dass der Bundesrat bzw. das Parlament diese Punkte nicht umgesetzt hat. Zudem ging das Parlament in zahlreichen Detailpunkten auf die Kritik am Entwurf¹¹⁴ ein und nahm Verbesserungen vor. Die Stimmrechtsberater (*proxy advisors*) wurden ebenfalls nicht reguliert, weder direkt noch indirekt über die betroffenen Gesellschaften.¹¹⁵

1. Vertretung in der Generalversammlung

Die Statuten kotierter Gesellschaften können die Vertretung nicht mehr auf andere Aktionäre einschränken.¹¹⁶ Bei nicht kotierten Gesellschaften können die Statuten diese Einschränkung weiterhin vorsehen; allerdings muss der VR dann auf Verlangen eines Aktionärs einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter oder einen Organstimmrechtsvertreter bezeichnen und dies den Aktionären spätestens zehn Tage vor der GV mitteilen. Kommt

der VR dieser Pflicht nicht nach, kann sich der Aktionär durch einen beliebigen Dritten vertreten lassen.¹¹⁷

Der Organstimmrechtsvertreter muss die Stimmrechte weisungsgemäss ausüben; neu muss er sich – gleich wie der unabhängige Stimmrechtsvertreter – der Stimme enthalten, wenn er keine Weisungen erhalten hat.¹¹⁸ Allgemeine Weisungen oder Auffangweisungen gelten allerdings als Weisungen, sodass bei entsprechender Ausgestaltung des Vollmachts- und Weisungsformulars diese Situation kaum je eintreten wird.¹¹⁹

Kann der Depotvertreter bei einer nicht kotierten Gesellschaft keine Weisungen einholen und liegt auch keine allgemeine Weisung vor, muss er sich neu der Stimme enthalten, statt gemäss den Anträgen des VR zu stimmen.¹²⁰ Aufgrund der geringen praktischen Bedeutung der Depotvertretung bei nicht kotierten Gesellschaften wird diese Änderung kaum praktische Auswirkungen haben.

2. Beschränkte Vertraulichkeit der Stimmrechtsweisungen in Publikumsgesellschaften

Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates und dann der Ständerat erfüllten den schweizerischen Stimmrechtsberatern (*proxy advisors*) in Art. 689c Abs. 5 nOR einen schon länger gehegten Wunsch, die Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter für vertraulich zu erklären.¹²¹ Die Bestimmung war im Parlament umstritten; die endgültige Fassung ist ein von der Einigungskonferenz unterstützter Kompromissvorschlag.¹²²

Neu muss der unabhängige Stimmrechtsvertreter einer kotierten Gesellschaft die Weisungen der einzelnen Aktionäre (nicht aber die Tatsache der Bevollmächtigung) bis zum Beginn der GV sowohl gegenüber Dritten (nicht aber Hilfspersonen des unabhängigen Stimmrechtsvertreters) als auch gegenüber der «Gesellschaft» vertraulich behandeln.¹²³ Die Geheimhaltungspflicht gegenüber der Gesellschaft erstreckt sich nach der *ratio legis* auf den VR und die Personen, die mit der «Werbung» um Stimmen betraut sind (z.B. Investor Relations); nicht erfasst sind z.B. das von der Gesellschaft selbst geführte Aktien-

¹⁰⁸ Art. 689b Abs. 2 E-OR.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 703 Abs. 2 und 3 sowie Art. 704 Abs. 1 E-OR und Botschaft, 563 f.

¹¹⁰ Vgl. auch Botschaft, 440 ff. Das Nominee-Modell war bereits im Vorentwurf nicht mehr erhalten (vgl. ANDREAS MÜLLER/DAVID OSER, *VegüV – Quo Vadis?*, GesKR 1/2015, 98 ff., 101).

¹¹¹ Vgl. auch Botschaft, 424.

¹¹² Vgl. Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats (RK-S) vom 7. November 2018 (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2018/mm-rk-s-2018-11-07.aspx>), das noch hängige Postulat Nr. 18.4092 der RK-S vom 16. Oktober 2018 (Auswirkungen von «Loyalitätsaktien») und Entscheid der Einigungskonferenz, auf die Einführung von Loyalitätsaktien zum jetzigen Zeitpunkt zu verzichten. Vgl. auch CHRISTOPH BURCKHARDT, *Loyalitätsaktien im Rahmen der Aktienrechtsrevision*, in: Müller/Forrer/Zuur (Hrsg.), *Das Aktienrecht im Wandel*, FS zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 367 ff.

¹¹³ Vgl. auch Botschaft, 427 f.

¹¹⁴ Vgl. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 37 ff.

¹¹⁵ Vgl. aber die von beiden Räten angenommene Motion Nr. 19.4122 vom 23. September 2019 «Stimmrechtsberater und börsennotierte Aktiengesellschaften. Interessenkonflikte offenlegen und vermeiden.»

¹¹⁶ Art. 689b Abs. 1 nOR.

¹¹⁷ Art. 689d nOR.

¹¹⁸ Art. 689b Abs. 3 nOR.

¹¹⁹ Vgl. zur identischen Rechtslage beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausführlich Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 9 N 23 ff.

¹²⁰ Art. 689e Abs. 2 nOR.

¹²¹ Vgl. zum Ganzen ausführlich DANIEL M. HÄUSERMANN, *Ein Stimmgeheimnis für die Publikumsgesellschaft*, in: Müller/Forrer/Zuur (Hrsg.), *Das Aktienrecht im Wandel*, FS zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 278 ff., und DERS., *Vertraulichkeit der Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter*, GesKR Online-Beitrag = GesKR 3/2020 (im Erscheinen).

¹²² Vgl. AB 2020 N 982 f.

¹²³ Art. 689c Abs. 5 Satz 1 nOR.

register oder Personen, die das GV-Abstimmungssystem vorbereiten, solange die vorgenannten Personen keinen Zugriff darauf haben. Es bleibt den Gesellschaften zudem unbenommen, direkt oder via *proxy solicitors* mit den Aktionären in Kontakt zu treten und auf diesem Wege zu versuchen, ihr (beabsichtigtes) Stimmverhalten in Erfahrung zu bringen.

Der unabhängige Stimmrechtsvertreter darf (und muss auf Verlangen) der Gesellschaft vor Beginn der GV allgemeine Auskunft über die eingegangenen Weisungen erteilen, d.h. eine «Wasserstandsmeldung» betr. Ja- und Nein-Stimmen sowie Enthaltungen je Traktandum.¹²⁴ Diese Auskunft darf frühestens drei Werktage vor der GV erteilt werden; der unabhängige Stimmrechtsvertreter muss diesfalls anlässlich der GV erklären, welche Informationen er der Gesellschaft übermittelt hat.¹²⁵ Ab dem Zeitpunkt der GV muss er unbeschränkt Auskunft geben.

IX. Neuerungen in Bezug auf den Verwaltungsrat

Die Revision soll die Corporate Governance auf VR-Ebene verbessern und für die Beschlussfassung moderne Kommunikations- und Entscheidungsformen zulassen.

Was ist neu?

- *Einzelwahl auch von Verwaltungsräten nicht kotierter Gesellschaften:* Neu sind auch die Verwaltungsräte privat gehaltener (statt nur der kotierten) Gesellschaften einzeln zu wählen. Die Statuten können allerdings eine andere Regelung vorsehen oder der Vorsitzende kann mit Zustimmung aller vertretenen Aktionäre auf die Einzelwahl verzichten (Art. 710 Abs. 2 Satz 2 nOR).
- *Elektronische Beschlussfassung:* Der VR kann Zirkularbeschlüsse rein elektronisch (d.h. z.B. per E-Mail, SMS / WhatsApp oder DocuSign, und damit ohne qualifizierte elektronische Signatur) fassen (Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 nOR).
- *Regelung des Vorgehens bei Interessenkonflikten:* Art. 717a nOR hält ausdrücklich fest, dass der VR unverzüglich und vollständig über Interessenkonflikte zu informieren ist und der VR die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft erforderlichen Massnahmen ergreifen muss.

Das Parlament hat damit von zahlreichen «Verschlimm-besserungen» des Entwurfs (wie z.B. Einschränkungen

betr. Delegation der Geschäftsführung¹²⁶ oder zwingende (positive) Zustimmung aller Verwaltungsräte zur Beschlussfassung mittels Zirkularbeschluss) Abstand genommen.¹²⁷ Dies ist zu begrüssen.

Fasst der VR seine Beschlüsse unter Verwendung elektronischer Mittel, kamen gemäss Entwurf die Art. 701c–e betr. GV zur Anwendung; damit hätten z.B. Routine-Sitzungen per Telefon- oder Videokonferenz neu einer Statutengrundlage bedurft.¹²⁸ Gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 nOR kommen die Art. 701c–e nur noch «sinngemäss» zur Anwendung. Art. 701d nOR, welcher die Anforderungen an die sog. virtuelle GV regelt, findet u.E. somit keine Anwendung auf VR-Sitzungen. Die Pflicht zur Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters passt von vornherein nicht, und aufgrund der Kompetenz des VR, seine eigene Beschlussfassung z.B. im Organisationsreglement zu regeln,¹²⁹ kann für «virtuelle» VR-Sitzungen auch keine Statutengrundlage erforderlich sein.¹³⁰

X. Sanierungspflichten

Was ist neu?

- *Liquiditätsbezogene Sicht:* Die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft muss sowohl bezüglich Liquidität als auch Kapital beurteilt werden; Massnahmen müssen im Falle drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust oder Überschuldung ergriffen werden (Art. 725, 725a und 725b nOR).
- *Starre Maximalfrist für Überschuldungsanzeige:* Eine Überschuldungsanzeige muss spätestens 90 Tage nach Vorliegen des Zwischenabschlusses eingereicht werden, unabhängig von aussichtsreichen, zeitnahen Sanierungsmassnahmen (Art. 725b Abs. 4 nOR).

¹²⁶ Neu kann die Geschäftsleitung an einzelne Mitglieder oder Dritte übertragen werden, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen (Art. 716b Abs. 1 nOR); eine Statutengrundlage ist anders als im geltenden Recht nicht mehr erforderlich.

¹²⁷ Vgl. die Kritik in GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 40.

¹²⁸ Vgl. die Kritik in JOEL FISCHER/JONAS BORNHAUSER, Elektronische Board Portale, GesKR 4/2016, 425 ff., 431, und GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 40.

¹²⁹ Vgl. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 713 N 6a.

¹³⁰ Auch in den Materialien finden sich keinerlei Anzeichen für eine derartige Verschärfung. Vielmehr wurde der Gesetzeswortlaut nach der Kritik bewusst angepasst. G.L.M. LUCAS FORRER/MATTHIAS MÜLLER/FLORES ZUUR, Das Aktienrecht im Wandel der Digitalisierung, in: Müller/Forrer/Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, FS zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 1 ff.

¹²⁴ Art. 689c Abs. 5 Satz 2 nOR.

¹²⁵ Art. 689c Abs. 5 Satz 3 nOR.

1. Zahlungsfähigkeit als neuer Anknüpfungspunkt

Mit Art. 725 nOR wird neu und zusätzlich zu den kapitalbezogenen Elementen des Sanierungsrechts (Kapitalverlust und Überschuldung) auf die Liquiditätslage der Gesellschaft abgestellt. Der VR hat die Pflicht, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen¹³¹ und hat im Falle drohender Zahlungsunfähigkeit Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu ergreifen. Soweit erforderlich ist der VR verpflichtet, weitere Sanierungsmassnahmen zu treffen bzw. solche der GV zu beantragen.¹³²

Anders als noch im Entwurf werden die vom VR zu tätigen Vorkehrungen in Art. 725 nOR nicht weiter definiert, ebenso wenig auf welchen Zeitraum für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft abzustellen ist.¹³³ Die Praxis dazu wird sich erst noch herausbilden müssen.

Der neu eingeführte Fokus auf die Liquidität der Gesellschaft sowie die weitgehende Flexibilität bezüglich der zu ergreifenden Massnahmen sind grundsätzlich zu begrüssen. Hingegen ist es bedauerlich, dass gemäss dem Wortlaut des Art. 725 nOR trotz Kritik liquiditätsseitig einzig auf die drohende Zahlungsunfähigkeit abgestellt wird und die Fortführungsfähigkeit (*going concern*) ausser Acht gelassen wird. Zahlungsunfähigkeit droht in der Praxis gerade bei ungewissen Geschäftsaussichten oder risikoreicher Geschäftstätigkeit häufig. Ein Abstellen einzig auf die Zahlungsfähigkeit birgt das Risiko, dass solche Tätigkeiten und Innovationen verhindert werden oder faktisch eine Überfinanzierung verlangt wird.¹³⁴

2. Starre Maximalfrist zur Behebung der Überschuldung als Investitions- und Innovationsgefährder?

Wie bereits nach geltendem Recht, jedoch anders als noch im Entwurf vorgeschlagen,¹³⁵ liegt ein Kapitalverlust vor, wenn die Hälfte der Summe aus Aktienkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr durch Netto-Aktiven gedeckt ist.¹³⁶ Bei Vorliegen eines Kapitalverlusts ist der

VR verpflichtet, der Situation angemessene Massnahmen zu ergreifen oder der GV solche zu beantragen.¹³⁷

Die Voraussetzungen einer Überschuldung bleiben grundsätzlich unverändert. Neu kann jedoch ausdrücklich auf die Erstellung einer Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten verzichtet werden, wenn «die Annahme der Fortführung gegeben und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist.»¹³⁸

Das Zeitfenster, um die Überschuldung zu beheben, wird neu auf eine maximale Frist von 90 Tagen beschränkt.¹³⁹ Dies ist zu bedauern. Nach dem Wortlaut dieser Regelung müssten auf jeden Fall nach 90 Tagen, unter Umständen aber schon früher,¹⁴⁰ sämtliche Sanierungsanstrengungen eingestellt und die Bilanz deponiert werden, und zwar ungeachtet absehbarer zeitnaher Sanierungserfolge.¹⁴¹ Es ist nicht sicher, ob diese Folge beabsichtigt ist; jedenfalls hätte es zur Rechtssicherheit beigetragen, wenn die 90-Tages-Frist explizit als *safe harbor* ausgestaltet worden wäre, der dem VR Zeit und Sicherheit gibt, sich um eine Sanierung zu bemühen.

3. Eingeschränkte Aufwertung

Die bisherigen Regelungen der Art. 670 und 671b OR betreffend Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen werden neu systematisch zusammen mit dem Kapitalverlust und der Überschuldung geregelt.¹⁴² Die Chance, auch weitere Bilanzpositionen aufzunehmen, die aktivierungsfähige stille Reserven aufweisen können, wurde bedauernswerterweise nicht wahrgenommen.¹⁴³ Somit bleibt Branchen, welche typischerweise keine oder kaum Grundstücke oder Beteiligungen, dafür aber andere aktivierungsfähige Bilanzpositionen wie z.B. immaterielle Werte besitzen, die Möglichkeit der Aufwertung zur Behebung eines Kapitalverlustes faktisch weiterhin verwehrt.

¹³¹ Art. 725 Abs. 1 nOR.

¹³² Art. 725 Abs. 2 nOR.

¹³³ Art. 725 nOR erwähnt einzig die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung explizit. Dies dürfte einzig dann zum Zuge kommen, wenn die vom VR bzw. der GV getroffenen Massnahmen zur Sicherung der Zahlungsfähigkeit nicht greifen.

¹³⁴ Siehe auch GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 41.

¹³⁵ Nach Art. 725a Abs. 1 E-OR hätte ein Kapitalverlust bereits vorgelegen, wenn die Netto-Aktiven zwei Drittel der Summe aus Aktienkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt hätten.

¹³⁶ Art. 725a Abs. 1 nOR; vgl. heute Art. 725 Abs. 1 OR.

¹³⁷ Die einzige, ausdrücklich vorgesehene Massnahme besteht in der Pflicht für Gesellschaften, die keine Revisionsstelle haben, die Jahresrechnung eingeschränkt prüfen zu lassen.

¹³⁸ Art. 725b Abs. 1 nOR.

¹³⁹ Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 nOR. Der Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR wird formell aufgehoben. Faktisch wird der Konkursaufschub jedoch ins SchKG übertragen, indem die provisorische Nachlassstundung von bisher vier Monaten um maximal weitere vier Monate verlängert werden kann; Art. 293a Abs. 2 nSchKG.

¹⁴⁰ Die Überschuldung muss «...innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüssen (sic!)» behoben werden können (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 nOR). Kritisch zur 90-Tage-Frist auch PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe?, SJZ 2017, 81.

¹⁴¹ Siehe auch GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 41.

¹⁴² Art. 725c nOR.

¹⁴³ GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 41.

XI. Umsetzung der VegüV auf Gesetzesstufe

Art. 95 Abs. 3 BV verpflichtet den Bundesrat, die in der Bundesverfassung aufgestellten Grundsätze zur Corporate Governance und Vergütung von VR und GL¹⁴⁴ gesetzlich zu regeln. Ein zentrales Anliegen der Aktienrechtsrevision war, die als Übergangsregelung erlassene VegüV auf Gesetzesstufe umzusetzen. Nachdem der Bundesrat im Vorentwurf noch zahlreiche Verschärfungen vorgeschlagen hatte, die weit über die VegüV-Bestimmungen wie auch die Grundsätze von Art. 95 Abs. 3 BV hinausgingen,¹⁴⁵ beschränkte sich der Bundesrat nach erheblicher Kritik gemäss eigener Aussage auf eine Überführung der VegüV ins OR.¹⁴⁶ Das nOR weist gegenüber der VegüV dennoch einige Verschärfungen auf.

Was ist neu?

Externe Mandate

- *Externe Mandate erfassen neu auch GL-Mandate:* Die Statuten müssen neu die Anzahl der Tätigkeiten von VR- und GL-Mitgliedern «in vergleichbaren Funktionen» (statt «in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen») regeln. Damit sind neu auch Mandate in der GL anderer Unternehmen erfasst. Dafür sind nur noch Mandate in Unternehmen mit wirtschaftlichem Zweck erfasst (Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 nOR).¹⁴⁷
- *Offenlegung im Vergütungsbericht:* Sämtliche externen Mandate müssen neu im Vergütungsbericht offengelegt werden (Art. 734e nOR).¹⁴⁸

Say on Pay und Zusatzbetrag

- *Konsultativabstimmung bei prospektiver Genehmigung der variablen Vergütung:* Gesellschaften, welche die variable Vergütung prospektiv genehmigen lassen, müssen neu der GV den Vergütungsbericht im Folgejahr zur Konsultativabstimmung unterbreiten (Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 nOR). Die Mehrheit der Gesellschaften, einschliesslich mit zwei Ausnahmen sämtliche betroffenen SMI- und SMIM-Gesellschaft-

ten, unterbreiten ihren Aktionären bereits jetzt den Vergütungsbericht zur Konsultativabstimmung.¹⁴⁹

- *Kein Zusatzbetrag für Beförderungen innerhalb der GL:* Nach h.L. und Praxis steht der Zusatzbetrag unter der VegüV gleichermaßen für *externe und interne* Kandidaten zur Verfügung.¹⁵⁰ Interne Berufungen umfassen sowohl «Neu»-Ernennungen in die GL (ein Länderverantwortlicher wird zum Divisionsleiter und damit neu zum GL-Mitglied befördert) als auch Beförderungen *innerhalb* der GL (der CFO wird zum CEO befördert). Auch bei GL-internen Berufungen erhöht sich aufgrund der neuen Funktion und Verantwortung in der Regel die Vergütung. Für blosse Lohnerhöhungen oder sonstige Umgehungen steht der Zusatzbetrag hingegen nicht zur Verfügung.¹⁵¹

Gemäss Art. 735a Abs. 1 nOR kann eine Gesellschaft, welche ein GL-Mitglied bspw. zum CEO befördert und in der Folge wegen der damit in aller Regel verbundenen Lohnerhöhung der von der GV bereits genehmigte Gesamtbetrag nicht mehr ausreicht, neu *nicht* mehr auf den Zusatzbetrag zurückgreifen.¹⁵² Entgegen der von Art. 95 Abs. 3 BV geforderten «nachhaltigen Unternehmensführung» werden damit GL-interne Beförderungen unter Umständen erheblich erschwert. Es sollte aber möglich sein, von der GV jährlich einen «Zusatz»betrag für allfällige GL-interne Beförderungen genehmigen zu lassen.

Zulässigkeit von Vergütungen

- *Ersatzzahlungen für verfallene Ansprüche weiterhin zulässig:* Art. 735c Abs. 1 Ziff. 4 nOR hält ausdrücklich fest, dass Ersatzzahlungen (*replacement awards*) für Vergütungsansprüche, die einem zukünftigen GL- oder VR-Mitglied gegenüber dem bisherigen Arbeit- oder Auftraggeber zugestanden hätten, wenn es nicht das Unternehmen gewechselt hätte, zulässig sind, sofern sie «einen nachweisbaren finanziellen Nachteil kompensieren».¹⁵³
- *Antrittsprämien (sign-on bonuses oder golden hellos) nicht mehr zulässig:* Zahlungen im Zusammenhang mit der Verpflichtung eines zukünftigen GL-Mit-

¹⁴⁴ Die VegüV bzw. die entsprechenden Bestimmungen des nOR beziehen sich in der Regel auch auf Mitglieder des Beirats. Mangels Praxisrelevanz geht dieser Beitrag nicht näher darauf ein.

¹⁴⁵ Vgl. dazu ausführlich MÜLLER/OSER (FN 110), *passim*.

¹⁴⁶ Medienmitteilung des EJPD vom 4. Dezember 2015. Vgl. auch Botschaft, 402 und 426.

¹⁴⁷ Vgl. dazu Praxiskommentar VegüV-LAMBERT/OSER, Art. 12 N 238 f.

¹⁴⁸ Derzeit sind gemäss der SIX-Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance, Anhang, Ziff. 3.2 und 4.2, im Corporate Governance-Bericht Tätigkeiten in bedeutenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, dauernde Funktionen für Interessengruppen sowie amtliche Funktionen und politische Ämter offenzulegen.

¹⁴⁹ Gemäss einer Studie von Hostettler & Company (Weekly Update on Compensation Trends and Say-on-Pay, Stand 15. Juni 2020) tun dies 61 % von 221 untersuchten Unternehmen. Alle betroffenen SMI-Unternehmen und – mit Ausnahme von Baloise und Temenos – alle betroffenen schweizerischen SMIM-Unternehmen (Stand 2020) lassen konsultativ über den Vergütungsbericht abstimmen. Vgl. auch die Empfehlung im Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (Version 2014), N 38, 5. Lemma.

¹⁵⁰ Vgl. BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 19 N 48; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 19 N 34 f.; WATTER/VON BÜREN, VegüV: Erste Erfahrungen, GesKR 3/2014, 302 ff., 310.

¹⁵¹ Vgl. BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 19 N 48; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 19 N 36. So auch die Botschaft, 595.

¹⁵² Vgl. auch Botschaft, 595.

¹⁵³ Solche Zahlungen sind auch unter der VegüV zulässig, vgl. Praxiskommentar VegüV-OSER/MÜLLER, Art. 20 N 123 ff. und 184.

glieds, sich an den neuen Arbeitgeber zu binden und andere potenzielle Stellenangebote auszuschlagen, sind hingegen künftig verboten (Art. 735c Abs. 1 Ziff. 5 nOR *e contrario*).¹⁵⁴ Bei Stellenantritt garantierte Boni und andere (ansonsten zulässige) garantierte Zahlungen bleiben zulässig.¹⁵⁵

- **Zulässigkeit von Karenzentschädigungen für nachvertragliche Konkurrenzverbote bestätigt:** Karenzentschädigungen werden ausdrücklich für zulässig erklärt, wenn das nachvertragliche Konkurrenzverbot «geschäftsmässig begründet» und die Gesamthöhe der Karenzentschädigung auf den Durchschnitt der Gesamtvergütung der letzten drei Jahre begrenzt ist (Art. 735c Abs. 1 Ziff. 2 nOR). Die Dauer des Konkurrenzverbots kann im Rahmen von Art. 340a Abs. 1 OR bzw. dem anwendbaren Recht beliebig festgesetzt werden und insbesondere ein Jahr übersteigen.
- **Umfassendes Verbot der Kontrollwechselzahlungen:** Das Verbot der sog. Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe ist nicht länger auf konzerninterne Transaktionen beschränkt, sondern erfasst jegliche M&A-Transaktionen (Art. 735c Abs. 1 Ziff. 6 nOR).
- **Verbot der unzulässigen Zahlungen auch für frühere Mitglieder und nahestehende Personen:** Die von Art. 735c nOR für unzulässig erklärten Zahlungen sind neu auch dann unzulässig, wenn sie an frühere Mitglieder des VR oder der GL oder an ihnen nahestehende Personen ausgerichtet werden (Art. 735c Abs. 1 Ingress nOR).

Insbesondere für nahestehende Personen muss diese Bestimmung mittels teleologischer Reduktion auf ihren Sinn und Zweck beschränkt werden: Die VegüV bzw. das nOR wollen *indirekte* unzulässige Zahlungen an VR- und GL-Mitglieder verbieten, d.h. missbräuchliche Zahlungen an nahestehende Personen, die wirtschaftlich dem VR- oder GL-Mitglied zukommen.¹⁵⁶ Genuine, von der Position des VR- oder GL-Mitglieds unabhängige Zahlungen an eine nahestehende Personen müssen hingegen auch dann zulässig bleiben, wenn sie z.B. eine Abgangentschädigung darstellen. Beispielsweise bleiben Sonderzahlungen im Kündigungsfall im Rahmen eines Sozialplans an eine Arbeitnehmerin einer Gesellschaft zulässig, selbst wenn sie einem VR- oder GL-Mitglied dieser Gesellschaft nahe steht.¹⁵⁷

Strafbarkeit

- **Widerhandlungen auch ohne Kenntnis der Rechtswidrigkeit strafbar:** Unter der VegüV machen sich VR- und GL-Mitglieder nur strafbar, wenn sie «wider besseres Wissen» handeln, d.h. mit «sichere[m] Wissen (Gewissheit) in Bezug auf die Unzulässigkeit der ausgerichteten oder bezogenen Vergütungen».¹⁵⁸ Dieser Zusatz fehlt in Art. 154 nStGB. Neu handelt somit auch strafbar, wer rechtsirrtümlich von der Zulässigkeit einer Zahlung ausgeht. Eventualvorsätzliche Handlungen sind hingegen gemäss ausdrücklicher Bestimmung nicht strafbar.¹⁵⁹

XII. Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung

Was ist neu?

- **Comply or explain bei Untervertretung eines Geschlechts:** Sofern in kotierten Gesellschaften, welche die KMU-Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR überschreiten, nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 % im VR bzw. zu 20 % in der GL vertreten ist, muss der Vergütungsbericht die Gründe für die Untervertretung und die Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts darlegen (Art. 734f nOR).¹⁶⁰

Anders als in einigen anderen Jurisdiktionen zieht die Untervertretung keine weiteren Sanktionen nach sich.¹⁶¹

XIII. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Was ist neu?

- **Gesellschaftsschaden:** Mit Rangrücktritt versehene Forderungen werden vom Gesellschaftsschaden ausgeklammert (Art. 757 Abs. 4 nOR).
- **Wirkungen des Entlastungsbeschlusses:** Die Frist für die Klageeinreichung durch Aktionäre, die einem

¹⁵⁸ Bundesamt für Justiz, Entwurf zur VegüV – Zusatzbericht, 8. Oktober 2013, 15; vgl. Art. 24 VegüV.

¹⁵⁹ Vgl. auch Praxiskommentar VegüV-RICHERS, Art. 24 N 130.

¹⁶⁰ Weiterführend MATTHIAS MÜLLER/LUCAS FORRER, Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht, AJP 2019, 1015 ff., mit Hinweisen auf einschlägige Literatur in FN 1 und 2. Offen ist, wie die Vorschrift zu handhaben sein wird, falls der Gesetzgeber in Zukunft ein drittes Geschlecht einführt. Ein Bericht des Bundesrates ist aufgrund eines Postulats (Nr. 17.4121) derzeit in Ausarbeitung.

¹⁶¹ Vgl. z.B. Deutschland, Frankreich und Norwegen, die Sanktionen vorsehen (Prinzip des leeren Stuhls, keine Vergütung des gesamten Aufsichtsrats, Auflösung des Unternehmens als *ultima ratio*). Vgl. auch den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Massnahmen (COM/2012/0614 final).

¹⁵⁴ Vgl. auch Botschaft, 597, und Praxiskommentar VegüV-OSER/MÜLLER, Art. 20 N 187.

¹⁵⁵ Praxiskommentar VegüV-OSER/MÜLLER, Art. 20 N 188.

¹⁵⁶ Vgl. zur Rechtslage gemäss Art. 20 VegüV Praxiskommentar VegüV-OSER/MÜLLER, Art. 20 N 19.

¹⁵⁷ Vgl. Praxiskommentar VegüV-OSER/MÜLLER, Art. 20 N 169, und GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 43.

Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt haben, beträgt neu zwölf statt sechs Monate. Zudem ruht diese Frist während der Dauer eines Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung bzw. während der Sonderuntersuchung (Art. 758 Abs. 2 nOR).

- *Verjährung*: Die relative Verjährungsfrist wird von fünf auf drei Jahre verkürzt. Sowohl diese wie auch die absolute Verjährungsfrist von (wie bisher) zehn Jahren ruht ebenfalls während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung bzw. während der Sonderuntersuchung (Art. 760 Abs. 1 nOR). Im Sinne der bisherigen Lehre und Praxis wird zudem klargestellt, dass die absolute Verjährungsfrist erst beim Abschluss eines länger andauerndem Schädigungsverhalten zu laufen beginnt.
- *Klage auf Initiative der GV*: Die GV kann verbindlich die Klageerhebung beschliessen und bestimmen, wer die Klage führt (Art. 756 Abs. 2 nOR).

Die im Zuge des Reformprozesses in verschiedenen Ausformungen vorgesehene Haftungsbegrenzung für Revisionsstellen (zuletzt Teilschuldnerschaft statt Solidarhaftung)¹⁶² wurde im Differenzbereinigungsverfahren fallengelassen. Dieser Reformpunkt dürfte vor allem am Fehlen eines sachlich und dogmatisch überzeugenden und von der Lehre mitgetragenen Konzepts gescheitert sein. Damit ist nicht unbedingt das letzte Kapitel zu diesem Thema geschrieben.

1. Gesellschaftsschaden: Reaktion auf Bundesgerichtspraxis

Mit Art. 757 Abs. 4 nOR soll die Praxis des Bundesgerichts korrigiert werden, wonach für die Berechnung des aus verspäteter Benachrichtigung des Gerichts resultierenden Schadens unter Umständen auch die Forderungen, welche einem Rangrücktritt i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR unterliegen, zu berücksichtigen seien.¹⁶³ Die Kritik¹⁶⁴ an dieser Praxis interpretiert deren Anwendung bzw. Auswirkungen grundsätzlich zu weit. Selbstverständlich vermindern auch mit Rangrücktritt behaftete Forderungen das Vermögen einer Gesellschaft, wie das Bundesgericht zu Recht festhält.¹⁶⁵ Indessen führen sie gewöhnlich nicht

zu Schadenersatz, weil das Zuwarten mit der Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR bzw. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 nOR nicht pflichtwidrig ist, wenn entsprechende Rangrücktritte eingeholt werden. Die «Korrektur» fällt daher zu breit aus, zumal sie sich nicht nur auf den sog. Fortführungsschaden bezieht.¹⁶⁶

2. Verlängerung der Klagefrist nach Entlastungsbeschluss, Verkürzung der Verjährungsfrist und Stillstand während Sonderuntersuchung

Die Verlängerung der Klagefrist der unterliegenden Aktionäre nach einem Entlastungsbeschluss durch die GV auf ein Jahr scheint angemessen. Da sich die Entlastung jedoch nur auf bekannte Tatsachen bezieht, hatte die sehr kurze Frist des geltenden Rechts nur wenig praktische Wirkung.

Die Verkürzung der relativen Verjährungsfrist von fünf Jahren auf drei Jahre¹⁶⁷ gründet in der angestrebten Vereinheitlichung von Verjährungsfristen.¹⁶⁸ Die Verkürzung ist grundsätzlich unproblematisch, zumal die langen Verjährungsfristen dazu führen, dass klägerseitig oft (zu) lange zugewartet wird, womit die Chancen einer erfolgreichen Klage sinken, und auch potenziell Haftpflichtige über Jahre im Ungewissen bleiben. In der Praxis wird sie nur beschränkt Auswirkungen haben. Es gehört zum Standardrepertoire potenzieller Kläger, jährlich Verjährungsverzichtserklärungen einzuholen oder andere Unterbrechungshandlungen zu tätigen.

Der vom Parlament eingeführte Stillstand der Klagefrist nach Entlastungsbeschluss sowie der (auch absoluten) Verjährung während der Dauer eines Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung bzw. während der Sonderuntersuchung scheint dennoch sinnvoll, da die Sonderuntersuchung gerade dazu dient, bei glaubhaften Verfehlungen die Fakten zusammenzutragen, welche erst die Basis konkreter Ansprüche bilden und deren beweiskräftige Geltendmachung ermöglichen.

3. Klageerhebung auf Beschluss der GV

Die GV kann die Gesellschaft zwingen, eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben. Sie kann dafür einen Vertreter bestimmen, der nicht Verwaltungsrat oder Organ sein muss. Diese Möglichkeit wirft zahlreiche Fragen auf, etwa

¹⁶² Art. 759 Abs. 2 E-OR. Weitere Hinweise zu den verschiedenen Reformansätzen bei GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (FN 5), 44 f.

¹⁶³ Zuletzt Urteil des Bundesgerichts 4A_277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3. Vgl. ferner die Hinweise bei BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 22.

¹⁶⁴ RICO CAMPONOVO/ANDREAS BAUMGARTNER, Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadenserhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall, ST 12/2011, 1036 ff.; ALAIN HIRSCH, Responsabilité de l'organe de révision – portée d'une postposition de ce créance, SZW 2007, 412 ff.

¹⁶⁵ Vgl. die Analyse bei DAMIAN K. GRAF, Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, AJP 2015, 720 ff., 729 f. Da dies schon vor der Pflicht zur Einleitung des Konkurses der Fall ist, wirkt sich dies überdies in der Regel zu Gunsten des Haftbaren aus – das Gesellschaftsvermögen ist bereits entsprechend reduziert.

¹⁶⁶ Ähnlich PETER FORSTMOSER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?, in: Isler/Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 185 ff., 207 ff., 214, sowie BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 22 und im Detail DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, Entwicklungslinien der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit 2007–2017 (das Jahrzehnt der Richterinnen), ZSR 2018 I, 259 ff., 280 ff.

¹⁶⁷ Art. 760 Abs. 1 nOR.

¹⁶⁸ Botschaft, 605.

wenn der Vertreter zum Schluss kommt, dass die Klage zu kostspielig oder nicht aussichtsreich ist, wenn er diese vergleichen möchte oder wenn er zu wenig Informationen hat, um die Ansprüche prüfen oder belegen zu können.

XIV. Transparenz bei Rohstoffunternehmen

Art. 964a–964f nOR sehen neue Transparenzregelungen für Rohstoffunternehmen vor. Damit soll das schweizerische Recht mit ausländischen, insbesondere EU-Regelungen¹⁶⁹ gleichziehen.¹⁷⁰

Was ist neu?

- *Berichterstattungspflicht*: Unternehmen, die von Gesetzes wegen der ordentlichen Revision unterstehen und selber oder durch ein von ihnen kontrolliertes Unternehmen im (breit definierten) Bereich der Rohstoffgewinnung tätig sind, sollen Geld- und Sachleistungen im Gegenwert von (insgesamt) mindestens CHF 100'000 pro Geschäftsjahr an staatliche Stellen, inklusive staatlich kontrollierte Abteilungen oder Unternehmen, in einem separaten, zu veröffentlichenden Bericht offenlegen.
- *Sanktionen*: Eine vorsätzliche Verletzung der Berichterstattungspflicht (einschliesslich falsche Angaben) wird mit Busse bestraft (Art. 325^{bis} nStGB).
- *Möglichkeit der Ausdehnung auf Rohstoffhandelsunternehmen*: Der Bundesrat kann im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens festlegen, dass die Transparenzpflichten auch für Unternehmen gelten, die mit Rohstoffen handeln (Art. 964f nOR).

XV. Inkrafttreten und Übergangsregelungen

Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten der Änderungen am OR sowie der zahlreichen anderen Erlasse. Zuerst ist noch einiges an Umsetzungsarbeit erforderlich. Insbesondere müssen zahlreiche Bestimmungen der HRegV angepasst werden. Der Bundesrat hat bislang erst beschlossen, dass die Bestimmungen betr. Berichterstattung im Falle der Untervertretung eines Geschlechts und die Transparenzpflichten für Rohstoffunternehmen am 1. Januar 2021 in Kraft treten werden; die übrigen Bestimmungen werden voraussichtlich 2022 in Kraft treten.¹⁷¹

Im Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehende Gesellschaften müssen ihre *Statuten und Reglemente*, die dem neuen Recht nicht entsprechen, *innerhalb von zwei Jahren anpassen*. Bis zu deren Anpassung, längstens aber zwei Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts, bleiben die bisherigen statutarischen und reglementarischen Bestimmungen in Kraft.¹⁷² Im Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehende Statutenbestimmungen, deren Einführung unter dem neuen Recht einer Zweidrittelmehrheit bedarf, gelten weiterhin, auch wenn sie nicht mit Zweidrittelmehrheit eingeführt worden waren.

Bestehendes genehmigtes Kapital kann ab Inkrafttreten des neuen Rechts weiterhin genutzt, aber nicht mehr verlängert oder geändert werden (z.B. um den Verwendungszweck zu erweitern).¹⁷³ Hierfür steht ab Inkrafttreten einzig das Kapitalband zur Verfügung. Auch existierendes bedingtes Kapital besteht grundsätzlich fort. Nach dem Wortlaut von Art. 3 der Übergangsbestimmungen sollen auch Beschlüsse der GV zu bestehendem bedingtem Kapital nicht mehr geändert werden können. Da das bedingte Kapital kein Verfallsdatum hat, wäre dies nicht sachgerecht. Vielmehr muss nach Inkrafttreten existierendes bedingtes Kapital unter den Voraussetzungen des neuen Rechts geändert (und auch aufgehoben) werden können.

Die *comply or explain*-Bestimmungen betr. Berichterstattung im Falle der Untervertretung eines Geschlechts gelten für den VR spätestens ab dem Geschäftsjahr, das fünf Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt (d.h. 2026), und für die GL weitere fünf Jahre später (d.h. 2031).¹⁷⁴ Die *Transparenzpflichten* für Rohstoffunternehmen finden erstmals Anwendung auf das Geschäftsjahr, das ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt (d.h. 2022).¹⁷⁵

XVI. Handlungsbedarf für die Gesellschaften

Aufgrund der zahlreichen Gesetzesänderungen ist davon auszugehen, dass viele Gesellschaften ihre Statuten und Reglemente anpassen wollen, um von den Flexibilisierungen Gebrauch zu machen, bzw. anpassen müssen, weil sie dem Gesetz nicht mehr entsprechen. Es empfiehlt sich daher, rechtzeitig vor Inkrafttreten den Anpassungsbedarf bzw. -spielraum zu prüfen.

¹⁶⁹ Vgl. die Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 und die Richtlinie 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013.

¹⁷⁰ Botschaft, 466 f. und 468.

¹⁷¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. September 2021, abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80358.html>.

¹⁷² Art. 2 Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020.

¹⁷³ Art. 3 Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020.

¹⁷⁴ Art. 4 Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020.

¹⁷⁵ Art. 7 Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020.