

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis

Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare
und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der
Universität Bern vom 3./4. Mai 2023



Stämpfli Verlag

u^b

^b
UNIVERSITÄT
BERN

**Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte
aus der notariellen Praxis**



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis

Weiterbildungstagung des Verbandes
bernischer Notare und des Instituts für
Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern
vom 3./4. Mai 2023

Beiträge von
Prof. Dr. iur. Thomas Jutzi/MLaw Quirin Meier
MLaw Karin Poggio-Widmer
Dr. iur. Christine Glättli/Peter Muntwyler
Prof. Dr. iur. Adriano Marantelli



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2023
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2302-0

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-2303-7

printed in
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht

THOMAS JUTZI* / QUIRIN MEIER**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	3
Materialienverzeichnis	8
I. Einleitung	11
A. Einleitende Bemerkungen	11
B. Hintergrund der Revision	13
II. Hauptpunkte der Aktienrechtsrevision	15
A. Begriff der Aktiengesellschaft, Gründung und Statuten	15
1. Begriff der Aktiengesellschaft	15
2. Gründung	16
a) Keine erleichterte Gründung	16
b) Sacheinlage	17
c) Aufhebung der Sachübernahmenvorschriften	18
d) Verrechnungsliberalisierung	22
3. Statuten	22
a) Absolut notwendiger Statuteninhalt	23
b) Bedingt notwendiger Statuteninhalt	25
c) Neue statutarische Grundlagen	26
d) Überprüfung von altrechtlichen Statuten (und Reglementen)	27
e) Würdigung der Änderungen zu den Statuten	28
B. Flexibilisierung des Aktienkapitals	29
1. Kapitalband	29
a) Grundlagen des Kapitalbands	29
b) Ermächtigung und Modifikation	30
c) Kapitalveränderung innerhalb des Kapitalbands	32
d) Kapitalband und bedingtes Kapital	35
e) Würdigung des Kapitalbands	37
2. Mindestnennwert	38
3. Nennwert in Fremdwährung	39

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

** MLaw Business Law, Advokat, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

Die Autoren danken Dr. iur. Pascal Zysset, Notar und Rechtsanwalt, LL.M., für die kritische Durchsicht und wertvollen Anmerkungen.

4.	Weitere Präzisierungen und Erleichterungen	40
a)	Frist der ordentlichen Kapitalerhöhung	40
b)	Schuldenruf bei der Kapitalherabsetzung	41
C.	Statutarische Schiedsklausel	41
D.	Zwischendividenden	45
E.	Änderungen für die Generalversammlung	46
1.	Erweiterte Kompetenzen	46
2.	Generalversammlung Einberufung und Traktandierung	47
a)	Einberufung und Traktandierung	47
b)	Tagungsort(e)	48
aa)	Festlegung des Tagungsorts durch den Verwaltungsrat	48
bb)	Ausländischer Tagungsort	49
cc)	Mehrere Tagungsorte zugleich	51
3.	Digitalisierung der Generalversammlung	53
a)	Digitale Unmittelbarkeit	53
b)	Hybride Generalversammlung	54
c)	Virtuelle Generalversammlung	55
d)	Voraussetzungen zur Verwendung elektronischer Mittel	57
e)	Technische Probleme	58
4.	Generalversammlung auf dem Zirkularweg	59
5.	Würdigung der Änderungen für die Generalversammlung	61
F.	Auskunft, Einsicht und Sonderuntersuchung	62
1.	Auskunft und Einsicht	62
2.	Sonderuntersuchung	64
3.	Würdigung der Auskunft, Einsicht und Sonderuntersuchung	65
G.	Neuerungen für den Verwaltungsrat	66
1.	Änderungen bei nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften	66
2.	Änderungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften	66
3.	Neuerungen in der Beschlussfassung	67
4.	Interessenkonflikte	69
5.	Würdigung der Änderungen für den Verwaltungsrat	70
H.	Sanierungsrecht	71
1.	Vorbemerkungen	71
2.	Drohende Zahlungsunfähigkeit	71
3.	Kapitalverlust	73
4.	Überschuldung	75
5.	Würdigung des Sanierungsrechts	77
I.	Transparenzvorschriften für Rohstoffunternehmen	77
III.	Intertemporale Regelung	78
IV.	Schlussbemerkungen	80

Literaturverzeichnis

- AUS DER AU ROMAN, Die Liberierung durch Verrechnung nach dem revidierten Aktienrecht, TREX 2/2022, 42 ff.
- BAUM OLIVER, Kapitalband und bedingtes Kapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision – Zwei Spieler derselben Mannschaft?, GesKR 1/2017, 47 ff.
- BERTSCHINGER URS, Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs – Durchgezogene Bilanz der Aktienrechtsrevision, SZW 3/2022, 187 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht).
- BÖCKLI PETER, Finanznotlagerecht – Im Gesetzesentwurf vom 23. November 2016, SZW 5/2017, 524 ff. (zit. BÖCKLI, SZW 2017).
- BÖCKLI PETER, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2/2017, 133 ff. (zit. BÖCKLI, GesKR 2017).
- BÖCKLI PETER, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts. Zum Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007, SJZ 14/(104) 2008, 333 ff. (zit. BÖCKLI, SJZ 2008).
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.
- BÜCHLER BENJAMIN, Das Kapitalband, Zürich/Basel/Genf 2012 (Diss. Zürich 2011) = ZSzP Bd. 242.
- BUFF FELIX/REICHART PETER, Statutarische Gerichtsstandsklauseln, SZW 5/2021, 605 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht – Begründet von Theo Guhl, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.
- EGGIMANN STEPHANIE/HÄCKI KATHRIN/ZYSSET PASCAL, Schriftliche Beschlüsse der Generalversammlung – überfällige Gesetzesrevision oder toter Buchstabe?, REPRAX 4/2020, 295 ff.
- FISCHER DAMIAN A., Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht – Ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung eines omnipräsenten Governance-Problems, Zürich/St. Gallen 2019 (Habil. Zürich 2018).
- FORSTMOSER PETER, Aktienrechtsreform 2020: Was wurde erreicht? Und was hat man verpasst?, EF 6/2021, 320 ff. (zit. FORSTMOSER, EF 2021).
- FORSTMOSER PETER, Die «grosse» Aktienrechtsreform – Übersicht und Gesamtwürdigung, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision – Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010 = SSHW Bd. 300, 1 ff. (zit. FORSTMOSER, Aktienrechtsreform).

- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Schweizerisches Aktienrecht 2020 – Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022 (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020).
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, in: Jusletter 10. Februar 2020 (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER, Jusletter 2020).
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II – Art. 457–977 ZGB Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Bearbeiter/-in, Art. ... N ...).
- GERICKE DIETER, Kapitalband, Flexibilität in Harmonie und Dissonanz, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision – Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010 = SSHW Bd. 300, 113 ff. (zit. GERICKE, SSHW).
- GERICKE DIETER, Das Kapitalband (E Art. 653s–653x OR), GesKR Sondernummer/2008, 38 ff. (zit. GERICKE, GesKR 2008).
- GERICKE DIETER/BÖTTICHER DANIEL, Interessenkonflikte unter dem neuen Aktienrecht, SZW 3/2021, 339 ff.
- GERICKE DIETER/MÜLLER ANDREAS/HÄUSERMANN DANIEL/HAGMANN NINA, Neues Aktienrecht: Tour d’Horizon, GesKR 3/2020, 323 ff. (zit. GERICKE et al., GesKR 2020).
- GERICKE DIETER/MÜLLER ANDREAS/HÄUSERMANN DANIEL/HAGMANN NINA, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 1/2017, 25 ff. (zit. GERICKE et al., GesKR 2017).
- GLANZMANN LUKAS, Das Eigenkapital gemäss neuem Aktienrecht, SJZ 15/(118) 2022, 755 ff.
- GLANZMANN LUKAS/RUTSCHEIDT BENEDIKT L., Die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats in Sanierungssituationen, EF 6/2021, 310 ff.
- HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellschaft – Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation – Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. ZK OR-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).
- HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellschaft – Allgemeine Bestimmungen – Art. 620–659b, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZK OR-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).
- HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Zürcher Kommentar – Revisionsstelle – Art. 727–731a OR, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZK OR-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).

- HÄUSERMANN DANIEL, Aktionärsrechte und Generalversammlung – Neuerungen der Aktienrechtsrevision, EF 6/2021, 305 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II – Art. 530–964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).
- JENTSCH VALENTIN, Die Schweizer Aktienrechtsrevision 2020 (1/2) – auf dem Weg zum besten Aktienrecht der Welt?, ZHR 6/2022(186), 883 ff. (zit. JENTSCH, ZHR 2022).
- JENTSCH VALENTIN, Die Schweizer Aktienrechtsrevision 2020 (2/2) – auf dem Weg zum besten Aktienrecht der Welt?, ZHR 6/2022(186), 906 ff. (zit. JENTSCH, ZHR 2022).
- JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA, § 2 Allgemeine Bestimmungen zur Aktiengesellschaft, in: Peter Nobel/Christoph Müller (Hrsg.), Berner Kommentar Aktienrecht, Bern 2023 (zit. BK OR-JUTZI/HERZOG, N ...).
- KILCHMANN JÖRG, Aktienkapital und Kapitalveränderungen im neuen Aktienrecht, EF 6/2021, 287 ff.
- KNECHT BRIGITTE/KELLER LIVIA, Die Sanierung im neuen Aktienrecht, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Die aktienrechtliche Sanierung – 11. Fachtagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen – Tagungsband 2020, Zürich 2021, 121 ff.
- KUNZ PETER V., Beurkundungstatbestände nach «neuem» Aktienrecht, in: Festschrift 100 Jahre Verband Solothurnischer Notare, Solothurn 2022, 155 ff. (zit. KUNZ, FS Verband Solothurnischer Notare).
- KUNZ PETER V., Zum «Aktienrecht 4.0»: Einordnung und Überblick zur neuen schweizerischen Aktienrechtsordnung, recht 4/2021, 195 ff. (zit. KUNZ, recht 2021).
- KUNZ PETER V., Aktienrechtsrevision 20xx, in: Jusletter vom 2. Februar 2009 (zit. KUNZ, Jusletter 2009).
- LAMBERT CLAUDE, Die Durchführung einer Generalversammlung an zwei verschiedenen Tagungsorten, REPRAX 2/2000, 36 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht – Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018.
- MOHASSEB KEIVAN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsrechts nach geltendem und künftigem Aktienrecht, SZW 3/2020, 336 ff.
- MÜLLER ROLAND/AKERET FABIAN, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 1/(117) 2021, 7 ff.

- MÜLLER LUKAS/KAISER PHILIPPE J. A./BENZ DIEGO, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen (1/2), REPRAX 3/2020, 217 ff. (zit. MÜLLER/KAISER/BENZ, REPRAX 2020 Teil 1).
- MÜLLER LUKAS/KAISER PHILIPPE J. A./BENZ DIEGO, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen (2/2), REPRAX 3/2020, 241 ff. (zit. MÜLLER/KAISER/BENZ, REPRAX 2020 Teil 2).
- MÜLLER LUKAS/KAISER PHILIPPE J. A./BENZ DIEGO, Sacheinlagegründung im revidierten Aktienrecht – Praxisempfehlung aus notarieller Sicht, EF 6/2021, 281 ff. (zit. MÜLLER/KAISER/BENZ, EF 2021).
- OESCH VANESSA, Ausgewählte Aspekte der Aktienrechtsrevision aus der Perspektive des Handelsregisters, REPRAX 4/2019, 161 ff.
- OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK LugÜ-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).
- POGGIO KARIN, Neues Aktienrecht tritt am 1.1.2023 in Kraft, EF 12/2022, 579 ff. (zit. POGGIO, EF 2022).
- POGGIO KARIN, Neues Aktienrecht tritt am 1.1.2023 in Kraft, REPRAX 4/2022, 143 ff. (zit. POGGIO, REPRAX 2022).
- POGGIO KARIN, Modernes und flexibles Aktienrecht vom Parlament verabschiedet – Im Fokus stehen nun die Ausführungsbestimmungen und das Datum des Inkrafttretens, EF 6/2021, 242 ff. (zit. POGGIO, EF 2021).
- POGGIO KARIN, Vierter Meilenstein in der Aktienrechtsrevision – Parlamentarische Beratung der Aktienrechtsrevision abgeschlossen, EF 9/2020, 660 ff. (POGGIO, EF 2020).
- POGGIO KARIN/ZIHLER FLORIAN, Entwurf zur Revision des Aktienrechts als dritter Meilenstein – Der Bundesrat verabschiedet die Botschaft zur Aktienrechtsrevision zuhanden des Parlaments, EF 1/2017, 91 ff.
- REISER NINA, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen, SZW 5/2022, 401 ff. (zit. REISER, SZW 2022).
- REISER NINA, Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen – Im Zuge der Aktienrechtsrevision und in Zeiten der COVID-19-Pandemie, GesKR 2/2020, 229 ff. (zit. REISER, GesKR 2020).
- REUTTER THOMAS/HAMMER ANNINA, Lediglich «Punktuelle Anpassungen und Präzisierungen der Bestimmungen zum bedingten Kapital»? Bedingt zutreffend!, SZW 3/2021, 302 ff.
- RUF PETER, Notariatsrecht – Skriptum, Langenthal 1995.

- SCHENKER URS, Das Kapitalband – Flexibilisierung des Kapitals mit Gefahren für Aktionäre und Gläubiger, in: Lucas Forrer/Floris Zuur/Matthias P.A. Müller (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel – Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 169 ff.
- SEMI MELDA/MÜLLER LUKAS, Das neue Aktienrecht vom 19. Juni 2020 aus Sicht des Beurkundungsrechts, ZBGR 103/2022, 329 ff.
- SETHE ROLF, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 4/2018, 375 ff.
- SETHE ROLF/HUMBEL CLAUDE, Entwicklungen im Gesellschafts- und Wertpapierrecht – Berichtszeitraum August 2021 bis August 2022, SJZ 21/(118) 2022, 1017 ff.
- SETHE ROLF/FAHRLÄNDER LUKAS, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X – Verantwortlichkeitsprozesse Tagungsband 2020, Zürich 2020, 200 ff.
- THEILER KASPAR, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 1/2012, 69 ff.
- VISCHER MARKUS, Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen als Gültigkeitsform, SZW 5/2022, 416 ff. (zit. VISCHER, SZW 2022).
- VISCHER MARKUS, Schafft das neue Aktienrecht die Sachübernahmevorschriften wirklich ab?, SJZ 4/(118) 2022, 172 ff. (VISCHER, SJZ 2022).
- VISCHER MARKUS, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, insb. innerhalb des Kapitalbands, und der Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien, SZW 3/2021, 321 ff. (VISCHER, SZW 2021).
- VOGT HANS-UELI/HIRSIGER-MEIER VALENTINA/HOFER THOMAS, Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zürich/Basel/Genf 2019 = SzA Bd. 28.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. VON DER CRONE, Aktienrecht).
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Internet-Generalversammlung, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, 155 ff. (zit. VON DER CRONE, FS Forstmoser).
- VON DER CRONE HANS CASPAR/ANGSTMANN LUCA, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 1/2017, 3 ff. (zit. VON DER CRONE/ANGSTMANN, SZW 1/2017).

- VON DER CRONE HANS CASPAR/ANGSTMANN LUCA, Vorschläge zur Aktienrechtsrevision, SZW 5/2017, 607 ff. (zit. VON DER CRONE/ANGSTMANN, SZW 5/2017).
- VON DER CRONE HANS CASPAR/AREF MAGDA, Die Abschaffung der Sachübernahmenvorschriften im neuen Aktienrecht, SZW 3/2021, 253 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BERNET SANDRO, Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht – Zwischen Gesellschaftssitz und Internet, in: Lucas Forrer/Floris Zuur/Matthias P.A. Müller (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel – Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 259 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/CATHOMAS LINUS, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, SZW 5/2017, 586 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/DAZIO GIOVANNI, Das Kapitalband im neuen Aktienrecht – Flexibilisierung der Kapitalveränderung durch Art. 653s–653v revOR, SZW 5/2020, 505 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/GROB THOMAS, Die virtuelle Generalversammlung, 1/2018, 5 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/MOHASSEB KEIVAN, Stand der Aktienrechtsrevision – Zehn Kernpunkte der ständerätlichen Debatte, AJP 8/2019, 781 ff.
- VON PLANTA ANDREAS, Der Entwurf 2007 eines neuen Aktienrechtes. Allgemeine Bemerkungen und Würdigung, GesKR 1/2008, 1 ff.
- VOSER PETER, Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, Zürich 2016, 107 ff.
- ZYSSET PASCAL, Geplante Formerleichterung für einfach strukturierte Gesellschaften, REPRAX 2/2018, 53 ff.

Materialienverzeichnis

- Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 745 ff. (zit. Botschaft 1983).
- Bundesamt für Justiz, Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» – Schlussbericht vom 24. September 1994 (zit. BJ, Groupe de réflexion).
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien (zit. Bericht vdC Teil I).

- VON DER CRONE HANS CASPAR, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts Teil 2: Generalversammlung (zit. Bericht vdC Teil II).
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts Teil 3: Corporate Governance / Unternehmenssanierung (zit. Bericht vdC Teil III).
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts Teil 4: Stimmrechtsvertretung / Dispoaktien (zit. Bericht vdC Teil IV).
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien (zit. Bericht vdC Teil V).
- BÖCKLI PETER/HUGUENIN CLAIRE/DESSEMONTET FRANÇOIS, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts – mit einem ausgearbeiteten Gesetzesentwurf für eine Revision des 26. Titels des Obligationenrechtes «Aktiengesellschaft» und Erläuterungen vom 30. September 2003 (zit. Expertenbericht «Corporate Governance»).
- Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (zit. VE-OR 2005).
- Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (zit. Begleitbericht 2005).
- Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht – Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse vom Februar 2007 (zit. Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse 2007).
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechtes (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff. (zit. Botschaft 2007).
- Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechtes (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2009 299 ff. (zit. Botschaft 2008).
- Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechtes (Aktienrecht) vom 28. November 2014 (zit. Erläuternder Bericht 2014).
- Bericht zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechtes (Aktienrecht) vom 17. September 2015 (zit. Bericht Vernehmlassung 2015).

Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014 (zit. VE-OR 2014).

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

I. Einleitung

A. Einleitende Bemerkungen

Nach 1936 und 1991 ist das schweizerische Aktienrecht aus dem Jahr 1881 bzw. 1911 mit der sog. «grossen» Aktienrechtsrevision 2020 in vielen Bereichen einer Revision unterzogen worden. Inwiefern tatsächlich von einer «grossen» Revision gesprochen werden kann, liegt im Auge des Betrachters. Immerhin benötigte es mehrere Expertenberichte, zwei Entwürfe und Botschaften sowie zwei parlamentarische Beratungen, um die per 1. Januar 2023 vollständig in Kraft gesetzte Aktienrechtsrevision zu ermöglichen.¹

Der Begriff der «grossen» Aktienrechtsrevision² geht auf die Abgrenzung zur «kleinen» Aktienrechtsrevision zurück, die auf den 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt wurde und aus der sich neben dem GmbH-Recht auch Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht und weiteren Gesetzen ergaben.³ Der Gesetzgeber hat sich allerdings bei der «grossen» Aktienrechtsrevision entschieden, von einem grossen Totalumbau abzusehen.⁴ Beibehalten wurde im Grundsatz die Einheit des Aktienrechts und damit die Aktiengesellschaft als «Mädchen für alles»,⁵ wobei an einigen Stellen aus sachlichen Gründen die Einheit des Aktienrechts zugunsten einer Unterscheidung zwischen Publikumsgesellschaften und privaten Aktiengesellschaften aufgegeben wurde.⁶ Ausserdem

¹ Siehe zum Hintergrund der Revision unten, I.B.

² Siehe z.B. der Tagungsband zur Veranstaltung der «Schweizerischen Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (GesKR)» vom Juni und September 2010: WATTER ROLF (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision – Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010 = SSHW Bd. 300; KUNZ, Jusletter 2009, N 1 ff.; KUNZ, recht 2021, 199; KUNZ, FS Verband Solothurnischer Notare, 155 ff.

³ Vgl. dazu Änderung des Obligationenrechts vom 16.12.2005 (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), AS 2007, 4791 ff.; ZIHLER FLORIAN, Das neue Revisionsrecht des Obligationenrechts, REPRAX 3/2007, 1 ff.; BARTHOLD BEAT M./JÖRG FLORIAN S., Kleine Aktienrechtsrevision: Revision des Aktienrechts im Schatten der GmbH-Revision, ST 8/2006, 494 ff.; FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 1 ff.; GLANZMANN LUKAS, Die kleine Aktienrechtsrevision, ZBGR 2/88 (2007), 69 ff.; WALDBURGER MARTIN, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 1): Neuerungen in den Bereichen Gründung, Organisation, Vertretung, GesKR 4/2007, 411 ff.; LEHMANN PETER, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 2): Neuerungen in den Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, GesKR 4/2007, 420 ff.; vgl. auch JENTSCH, ZHR 2022, 885.

⁴ FORSTMOSER, EF 2021, 321.

⁵ FORSTMOSER, EF 2021, 321; vgl. auch JENTSCH, ZHR 2022, 897 ff.

⁶ Namentlich für die Einberufung der Generalversammlung (unten, II.E.2.a)), das Antrags- und Traktandierungsrecht (unten, II.E.2.a)), der notwendige Statuteninhalt (unten, II.A.3.a)) etc. Vgl. für eine ausführliche Auflistung JENTSCH, ZHR 2022, 897 ff.; krit. dazu KUNZ, Jusletter 2009, N 122 ff.

sind auch die Grundprinzipien der strikten Kapitalbezogenheit, des Nennwertprinzips sowie des Paritätsprinzips beibehalten worden.⁷

Kernthemen der Revision waren:

- Flexibilisierung des Aktienkapitals;
- Verbesserung der Corporate Governance von privat gehaltenen und börsenkotierten Gesellschaften;
- die Überführung der Bestimmungen der VegüV⁸ ins OR⁹;
- Neuerungen im Bereich der aktienrechtlichen Klagen;
- die Neuregelung des Sanierungsrechts;
- die Einführung von Geschlechterrichtwerten für kotierte Gesellschaften in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung;
- Offenlegungspflichten für Rohstoffunternehmen.

Die Revision des Aktienrechts führt in zahlreichen Bereichen des Aktien-, des GmbH-, des Genossenschaftsrechts sowie in vielen Nebenerlassen zu Veränderungen. Der vorliegende Beitrag soll einen Überblick über die zentralen Regelungen geben, die mit der Aktienrechtsrevision geändert oder neu geschaffen wurden. Es wird auf die wichtigsten Änderungen eingegangen und – wo nötig – auf die Unterschiede zum alten Recht hingewiesen. Der Beitrag beschränkt sich auf jene Änderungen, die im Aktienrecht vorgenommen wurden. Behandelt werden – nachdem kurz auf den historischen Hintergrund der Revision eingegangen wird (I.B.) – die Änderungen beim Begriff der Aktiengesellschaft (II.A.1.), die Änderungen im Zusammenhang mit der Gründung der Aktiengesellschaft (II.A.2.) und der Statuten (II.A.3.), die Flexibilisierungen im Zusammenhang mit dem Aktienkapital (II.B.) und insb. das neu geschaffene Kapitalband (II.B.1.), die statutarische Schiedsklausel (II.C.), die Zwischendividende (II.D.), die Neuerungen für die Generalversammlung (II.E.) – wobei ein Schwerpunkt auf den gesetzlichen Regelungen betreffend der Digitalisierung der Generalversammlung gelegt wird (II.E.3.) –, die Änderungen bei der Auskunft und Einsicht sowie der Sonderuntersuchung (II.F.), die Neuerungen für den Verwaltungsrat (II.G.), die Änderungen im Sanierungsrecht (II.H.), die neu geschaffenen Vorschriften zur Transparenz für Rohstoffunternehmen (II.I.) und schliesslich werden auch die intertemporalen Bestimmungen angesprochen (III.). Nicht thematisiert werden die Implikationen der Aktienrechtsreform auf andere Gesellschaftsformen.¹⁰ Der Beitrag schliesst mit einer Zusammentragung

⁷ Vgl. FORSTMOSER, EF 2021, 321.

⁸ Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013, SR 221.331.

⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

¹⁰ Die Änderungen von anderen Gesellschaftsformen sowie von anderen Erlassen sind nicht dargestellt, vgl. dazu Botschaft 2016, 628 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, ab Teil B (S. 573 ff.). Ausserdem wird auch nicht auf steuerrechtliche

der Erkenntnisse in einer Schlussbemerkung (IV.). Die mit der Integration der VegüV in das Obligationenrecht erfolgten Änderungen werden nur cursorisch dargestellt.

B. Hintergrund der Revision

Die am 1. Januar 2023 in Kraft getretene Aktienrechtsrevision kann auf eine fast 30-jährige Geschichte zurückblicken.¹¹ Der Ausgangspunkt bildete eine vom Bundesamt für Justiz eingesetzte Arbeitsgruppe (Groupe de réflexion), die den Handlungsbedarf im Gesellschaftsrecht eruieren und insb. die Prüfung der Anpassung des schweizerischen Gesellschaftsrechts an die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft vornehmen sollte.¹² Im Schlussbericht der Groupe de réflexion wurde ein gewisser Reformbedarf identifiziert und mit Hinweis darauf, dass die letzte Revision¹³ 27 Jahre gedauert hatte, zu einer «*themenbezogenen und bereichsweisen Revision*» geraten.¹⁴ Das Bundesamt für Justiz gab nach der Jahrtausendwende einige Vorabklärungen und Berichte in Auftrag. HANS CASPAR VON DER CRONE wurde mehrfach damit beauftragt, verschiedene Aspekte der geplanten Aktienrechtsrevision abzuklären,¹⁵ und eine Expertengruppe bestehend aus PETER BÖCKLI, CLAIRE HUGUENIN und FRANÇOIS DESSEMONTET wurde mit einem umfassenden Bericht zur Corporate Governance betraut.¹⁶ Zahlreiche Bestimmungen der Aktienrechtsrevision, die am 1. Januar 2023 in Kraft traten, gehen auf diese Expertenberichte zurück.¹⁷

Auf Grundlage der Expertenberichte wurde im Dezember 2005 vom Bundesamt für Justiz ein Vorentwurf zusammen mit einem Begleitbericht in die Vernehmlassung geschickt.¹⁸ Die Vernehmlassungsantworten fielen überwiegend

Aspekte eingegangen, vgl. dazu den Beitrag von ADRIANO MARANTELLI in diesem Tagungsband. Für den Erlass der erforderlichen Ausführungsbestimmungen siehe POGGIO, EF 2021, 244 ff.; POGGIO, REPRAX 2022, 146 ff.

¹¹ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Einleitung N 26; ferner BJ, Groupe de réflexion, *passim*; vgl. auch POGGIO, EF 2020, 660 ff.; POGGIO, EF 2021, 242 ff.; POGGIO, REPRAX 2022, 143 ff.; POGGIO, EF 2022, 579 ff.

¹² FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Einleitung N 26; JENTSCH, ZHR 2022, 887.

¹³ Damit war die Revision gemeint, die am 1. Juli 1992 in Kraft trat und auf die Botschaft 1983 zurückging.

¹⁴ Groupe de réflexion, 80.

¹⁵ Bericht vdC Teil I; Bericht vdC Teil II: «Generalversammlung»; Bericht vdC Teil III: «Corporate Governance»; Bericht vdC Teil IV: «Stimmrechtsvertretung/Dispoaktien»; Bericht vdC Teil V: «Einführung echter Stimmrechtsaktien».

¹⁶ Expertenbericht «Corporate Governance».

¹⁷ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Einleitung N 33.

¹⁸ VE-OR 2005; Begleitbericht 2005.

positiv aus.¹⁹ Anschliessend wurde am 21. Dezember 2007 die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Botschaft 2007) vom Bundesrat verabschiedet.²⁰ Der Bundesrat verfolgte vier Hauptziele: (i) die Verbesserung der «Corporate Governance»; (ii) die flexiblere Ausgestaltung der Regelung der Kapitalstruktur; (iii) die Aktualisierung der Ordnung der Generalversammlung; und (iv) die umfassende Revision des sachlich veralteten Rechnungslegungsrechts.²¹ Die parlamentarische Beratung startete im August 2008. Im Zusammenhang mit der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» sistierte die Rechtskommission des Nationalrats alle Beratungen am 3. September 2010 bis zur Verabschiedung eines Gegenvorschlags. Im Jahr 2012 beschlossen auch National- und Ständerat, die Reformvorlage bis nach der Abstimmung über die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» zu sistieren.²²

Vor dem Hintergrund der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»²³ am 3. März 2013 wurde das Revisionsvorhaben an den Bundesrat zurückgewiesen mit dem Auftrag, dieses zu überarbeiten und die Forderungen der Volksinitiative zu integrieren.²⁴ Anschliessend wurde der Vorentwurf am 28. Februar 2014 in die Vernehmlassung geschickt.²⁵ Die Hauptpunkte blieben unverändert, allerdings bildete das Rechnungslegungsrecht nicht mehr einen Teil der Revision, dieses wurde abgespalten und separat revidiert.²⁶ Zudem kamen neue Themen hinzu, namentlich die Digitalisierung der Generalversammlung und der Sitzungen des Verwaltungsrats, die Möglichkeit des Aktienkapitals in ausländischer Währung und die Harmonisierung mit anderen (neuen) Erlassen.²⁷ Weiter kamen gesellschaftspolitische Anliegen hinzu, wie Geschlechterrichtwerte für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung von Publikumsgesellschaften oder die Transparenzvorschriften für Rohstoffunternehmen.²⁸ Der Vorentwurf wurde in der Vernehmlassung gemischt aufgenommen.²⁹ Nachdem der Bundesrat die Vernehmlassungsergebnisse zur Kenntnis genommen hatte, verabschiedete er am 4. Dezember 2015 «erste Grundsatzentscheide» für ein

¹⁹ Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse 2007; vgl. auch KUNZ, Jusletter 2009, N 85 ff.

²⁰ Botschaft 2007.

²¹ Botschaft 2007, 1591 f. und 1605 ff.; vgl. auch BÖCKLI, SJZ 2008, 333 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Einleitung N 35; JENTSCH, ZHR 2022, 890.

²² AB-N 2012, 842 und AB-S 2012, 906.

²³ Botschaft 2008.

²⁴ AB-N 2013, 884 ff. und AB-S 2013, 568 ff.; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Einleitung N 62; POGGIO/ZIHLER, 91; JENTSCH, ZHR 2022, 893; FORSTMOSER, Aktienrechtsreform, 3 ff.

²⁵ VE-OR 2014.

²⁶ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Einleitung N 40 f. und 46 f.

²⁷ Botschaft 2016, 401 f. und 428 ff.

²⁸ Botschaft 2016, 452 ff. und 591 ff.

²⁹ Bericht Vernehmlassung 2015; POGGIO/ZIHLER, 91.

neues Aktienrecht und hielt dabei «Eckwerte» für die Botschaft zuhanden des Parlaments fest.³⁰

Am 23. November 2016 verabschiedete der Bundesrat den Entwurf zur Revision des Aktienrechts.³¹ Mit der Aktienrechtsrevision³² sollte das Aktienrecht modernisiert und den wirtschaftlichen Bedürfnissen der kommenden Jahre angepasst werden.³³ In der Botschaft 2016 wurden im Vergleich zum Vorentwurf keine neuen Themenkomplexe aufgenommen und die Eckwerte des Bundesrates konnten umgesetzt werden.³⁴ Die parlamentarische Beratung konnte am 19. Juni 2020 mit der Annahme der Aktienrechtsrevision abgeschlossen werden^{35,36} und am 2. Februar 2021 hat der Bundesrat entschieden, das neue Aktienrecht hauptsächlich auf den 1. Januar 2023 in Kraft zu setzen.³⁷

II. Hauptpunkte der Aktienrechtsrevision

A. Begriff der Aktiengesellschaft, Gründung und Statuten

1. *Begriff der Aktiengesellschaft*

Unter der Marginalie «Begriff» erfuhr die Beschreibung der Aktiengesellschaft in Art. 620 OR einige Änderungen. Diese Änderungen wurden von der Literatur allerdings bisher nicht oder nur am Rand thematisiert;³⁸ dies wohl auch deshalb, weil die materiellen Auswirkungen gering sind.³⁹

³⁰ Medienmitteilung des Bundesrats vom 4. Dezember 2015; Botschaft 2016, 424 ff. Vgl. die ausführlichen Nachweise bei FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Einleitung N 65 und insb. in Fn. 134 (S. 24).

³¹ Botschaft 2016.

³² Wird nachfolgend von der «Aktienrechtsrevision» gesprochen, ist die mit der Botschaft 2016 eingeleitete Revision gemeint, die am 19. Juni 2020 vom Parlament angenommen wurde.

³³ POGGIO, EF 2020, 660; POGGIO, EF 2021, 242; POGGIO, EF 2022, 580 f.

³⁴ POGGIO/ZIHLER, 92; vgl. auch BÖCKLI, GesKR 2017, 133 ff.

³⁵ Vgl. für eine Darstellung der parlamentarischen Beratung POGGIO, EF 2020, 660 ff.

³⁶ Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderungen vom 19. Juni 2020 (Referendumsvorlage), BBl 2020 5573 ff. Die Referendumsfrist ist am 8. Oktober 2020 ungenutzt verstrichen und der definitive Gesetzestext in der Amtlichen Sammlung publiziert worden, siehe AS 2020 4005.

³⁷ AS 2022 109 f., 109.

³⁸ Siehe BK OR-JUTZI/HERZOG, N 2 m.w.H. auf die sich mit der Revision befassende Literatur.

³⁹ BK OR-JUTZI/HERZOG, N 2; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 1.

Die altrechtliche Legaldefinition von Art. 620 Abs. 1 OR war freilich unpräzise:⁴⁰ Einerseits wurde mit der Firma Unwesentliches genannt, andererseits fehlten wichtige Strukturelemente wie die Bezeichnung als Kapitalgesellschaft oder die Voraussetzung der Beteiligung des Aktionärs mit mindestens einer Aktie.⁴¹ Richtigerweise ist im Gesetz neu explizit festgehalten, dass es sich bei der Aktiengesellschaft um eine Kapitalgesellschaft handelt, sowie dass eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften an ihr beteiligt sind. Mit der neuen Formulierung fand eine Angleichung an die gleich aufgebauten Legaldefinitionen der GmbH (Art. 772 Abs. 1 OR) und der Genossenschaft (Art. 828 Abs. 1 OR) statt.⁴² Zudem wird in Art. 620 Abs. 3 OR festgehalten, dass Aktionär ist, wer mit mindestens einer Aktie an der Gesellschaft beteiligt ist.⁴³ Die Anpassungen sind insgesamt als gelungen zu bewerten.

2. *Gründung*

a) Keine erleichterte Gründung

Im Entwurf war in Art. 629 Abs. 4 E-OR noch vorgesehen, dass unter gewissen Voraussetzungen die Schriftform für die Gründung einer Aktiengesellschaft genügt hätte.⁴⁴ Namentlich für einfache Verhältnisse sollte damit eine Gründung in «wenigen Werktagen» ermöglicht werden.⁴⁵ Einfache Verhältnisse wären dann bei einer Gründung vorgelegen, wenn die Einlagen einerseits vollständig in Schweizer Franken (Barliberierung) geleistet und andererseits nicht teilliberriert würden (Art. 632 OR). Ausserdem hätten sich die Statuten auf den gesetzlichen Inhalt nach Art. 626 Abs. 1 OR oder auf Musterstatuten des Bundesrats beschränken müssen.⁴⁶

Die vereinfachte Gründung sollte auch als finanzielle Entlastung für KMU und Konzerne wirken.⁴⁷ Der Anwendungsbereich wäre jedoch beschränkt gewesen, da typische statutarische Bestimmungen, wie bspw. die Vinkulierung, die auch

⁴⁰ ZK OR-JUNG, Art. 620 N 1.

⁴¹ Botschaft 2016, 479; siehe für die im VE enthaltene Möglichkeit für Rechtsgemeinschaften an der Gründung von Aktiengesellschaften beteiligt zu sein und den weiteren Abweichungen des VE zum definitiven Gesetzestext BK OR-JUTZI/HERZOG, N 4 ff. und FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 620 N 15.

⁴² BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 7. Notabene enthält die Legaldefinition der GmbH keinen Hinweis auf das Kapital.

⁴³ Krit. zu dieser Regelung eines notorischen Umstands BÖCKLI, § 1 N 10.

⁴⁴ Botschaft 2016, 436 f.; vgl. SEMI/MÜLLER, 331.

⁴⁵ Botschaft 2016, 437.

⁴⁶ Botschaft 2016, 488; POGGIO, EF 2020, 663 f.; SEMI/MÜLLER, 331; JENTSCH, ZHR 2022, 910; ZYSSET, 60 ff.

⁴⁷ Botschaft 2016, 437; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 629 N 4.

in einfachen Verhältnissen üblich sind, bereits zu einer öffentlichen Beurkundung geführt hätten.⁴⁸

Die erleichterte Gründung wurde vom Parlament verworfen und wie bisher erfordert die Gründung einer Aktiengesellschaft in jedem Fall eine öffentliche Beurkundung.⁴⁹ In der parlamentarischen Debatte wurde vornehmlich von Vertretern des Notariats und der Anwaltschaft Kritik vorgebracht.⁵⁰

Dass eine erleichterte Gründung nicht im Gesetz aufgenommen wurde, ist u.E. zu bedauern. Die Notwendigkeit einer öffentlichen Beurkundung ist für Gesellschaftsgründungen, die in keiner Art komplex sind, klein.⁵¹ Der Vorschlag des Bundesrates war allerdings auch nicht überzeugend.⁵² Im Bereich von einfachsten Verhältnissen (z.B. Start-ups) hätte u.E. eine schnelle, kostengünstige und unkomplizierte Gründung von Kapitalgesellschaften einen wirtschaftlichen Vorteil für den Wirtschaftsstandort Schweiz gebracht.

b) Sacheinlage

Die Vorschriften über die Sacheinlage wurden mit der Aktienrechtsrevision neu formuliert und durch die bisherige Praxis der Handelsregister zur Sacheinlagefähigkeit von Vermögenswerten ergänzt.⁵³ Wesentliche materielle Änderungen finden sich in Art. 634 Abs. 1 und 3 OR. Zu den bereits aus dem bisherigen Recht bekannten Voraussetzungen der *sofortigen freien Verfügbarkeit* oder dem *bedingungslosen Anspruch auf Eintragung* in das Grundbuch (Abs. 1 Ziff. 3) werden nun zusätzlich drei Erfordernisse explizit erwähnt:

- die Bilanzierbarkeit als Aktivum (Ziff. 1);
- die Übertragbarkeit in das Vermögen der Gesellschaft (Ziff. 2);
- die Möglichkeit, die Einlage zu verwerten (Ziff. 4).

Bilanzierungsfähig ist ein Aktivum, wenn dessen Wert verlässlich geschätzt werden kann, d.h. es muss ihm ein Geldwert zugeordnet werden können.⁵⁴

⁴⁸ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 629 N 4.

⁴⁹ Vgl. Art. 629 Abs. 1 OR.

⁵⁰ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 629 N 3 ff.; SEMI/MÜLLER, 331; BÖCKLI, GesKR 2017, 134: «Die Befreiung der einfachst-möglichen Standard-Gründungen vom Notariatszwang ist ein Hornberger Schiessen.»; KUNZ, FS Verband Solothurnischer Notare, 158 f.

⁵¹ Vgl. FORSTMOSER, EF 2021, 322, der den Gegenvorschlag des Parlaments bevorzugt hätte. Ferner auch ZYSSET, 56 m.H.a. BGE 102 II 420, E.2b.

⁵² BÖCKLI, GesKR 2017, 134; eingehend ZYSSET, 53 ff. m.w.H.

⁵³ Botschaft 2016, 490.

⁵⁴ Botschaft 2016, 490; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 24; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 184 m.w.H.

Nach der Eintragung ins Handelsregister muss über den Vermögenswert bedingungslos und frei verfügt werden können, bzw. ist bei Grundstücken der bedingungslose Anspruch auf Eintragung vorausgesetzt.⁵⁵ Verwertbar ist ein Vermögensgegenstand, wenn er zur Befriedigung der Gläubiger verwertet werden kann, indem die Gesellschaft ihn an Dritte überträgt und ihn in flüssige Mittel umwandelt.⁵⁶ Hintergrund des Verwertbarkeitserfordernisses ist, dass die Sacheinlage andernfalls für die Gläubiger der Gesellschaft kein Haftungssubstrat bilden kann.⁵⁷

Der Sacheinlagevertrag ist neu in Abs. 2 von Art. 634 OR geregelt.⁵⁸ Der Vertrag ist schriftlich abzufassen und, falls dies für den zu übertragenden Gegenstand vorgeschrieben ist, öffentlich zu beurkunden. Inhaltlich stimmt diese Regelung mit dem alten Recht weitgehend überein.⁵⁹ Neu ist vorgesehen, dass es nur einer einzigen öffentlichen Urkunde bedarf, falls mehrere Grundstücke Gegenstand der Sacheinlage sind und diese sich in verschiedenen Kantonen befinden. Diese muss durch eine Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft errichtet werden.⁶⁰ Diese Erleichterung ist u.E. zu begrüßen. Schliesslich müssen die Statuten gem. Art. 634 Abs. 4 OR den Gegenstand und dessen Bewertung sowie den Namen des Einlegers und die dafür ausgegebenen Aktien sowie allfällige weitere Gegenleistungen der Gesellschaft angeben.⁶¹ Dadurch sollen künftige Aktionäre und Gläubiger nachvollziehen können, dass die Liberierung mittels Sacheinlage erfolgte.⁶²

c) Aufhebung der Sachübernahmenvorschriften

Mit der Aktienrechtsrevision wurden die Bestimmungen zur Sachübernahme aufgehoben.⁶³ Bei einer Sachübernahmegründung verpflichtet sich die Gesellschaft noch vor ihrer Eintragung ins Handelsregister gewisse Vermögenswerte

⁵⁵ Botschaft 2016, 490; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 634 N 6; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 185 f. m.w.H.

⁵⁶ Botschaft 2016, 490; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 10 N 232.

⁵⁷ Vgl. Botschaft 2016, 490 f.; krit. dazu FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 634 N 7.

⁵⁸ Unter altem Recht war er in Art. 634 Ziff. 1 OR geregelt.

⁵⁹ Botschaft 2016, 491; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 634 N 10 f.; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 188 m.w.N.

⁶⁰ Art. 634 Abs. 3 OR. Siehe BK OR-JUTZI/HERZOG, N 190 ff. m.w.H.

⁶¹ Vgl. MÜLLER/KAISER/BENZ, EF 2021, 285.

⁶² GERICKE et al., GesKR 2020, 325; GERICKE et al., GesKR 2017, 27; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 10 N 240; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 139 ff. m.w.H.

⁶³ Botschaft 2016, 432 f. Siehe zur verpassten Anpassung von Art. 652f Abs. 2 OR VISCHER, SJZ 2022, 174 f., demnach die fortwährende Nennung der Sachübernahme ein gesetzgeberisches Versehen war.

gegen Entgelt von Aktionären oder diesen nahestehenden Personen zu übernehmen (Art. 628 aOR).⁶⁴ Davon erfasst war auch die beabsichtigte Sachübernahme, d.h. der Fall, in dem die Übernahme von Sachwerten erst später vorgesehen, aber bereits zum Voraus geplant wird.⁶⁵ Die Bestimmungen zur (beabsichtigten) Sachübernahme hatten zum Ziel, eine allfällige Umgehung der Sacheinlagevorschriften zu erfassen und diese ebenfalls den Regeln der qualifizierten Gründungstatbestände zu unterstellen.⁶⁶ Bei der Sachübernahme bestand – wie bei der Sacheinlage – die Gefahr, dass die zu übernehmenden Vermögenswerte überbewertet wurden, sodass wirtschaftlich betrachtet das Eigenkapital der Gesellschaft nicht ordnungsgemäss aufgebracht wurde.⁶⁷ Ausserdem können dadurch die Beteiligungsquoten der Mitaktionäre verwässert werden.⁶⁸ Der direkt oder indirekt durch eine Sache liberierende Aktionär unterliegt folglich einem strukturellen Interessenkonflikt.⁶⁹ Die Verletzung der Sachübernahmebestimmungen hatte die Nichtigkeit der betreffenden Rechtsgeschäfte zur Folge,⁷⁰ was zu einer grossen Rechtsunsicherheit führte.⁷¹ Namentlich ist die beabsichtigte Sachübernahme von einem erheblichen subjektiven Element geprägt.⁷² Die Bestimmung, wann ein Geschäft als Sachübernahme qualifiziert bzw. wie lange die Sachübernahmebestimmungen nach der Gründung nachwirken, waren schwierig zu bestimmen.⁷³ Hinzu kam die Unsicherheit, bis wann eine Sachübernahme nach der Gründung (oder Kapitalerhöhung) in einem relevanten Zusammenhang mit der Gründung (oder Kapitalerhöhung) stand.⁷⁴ Auch wurden nicht alle wirtschaftlich gleichen Situationen erfasst.⁷⁵ Bspw. war – und ist – der Abschluss eines Vertrages mit einem Aktionär, z.B. ein Mietvertrag über eine lange Dauer für eine Liegenschaft, die im Eigentum eines Aktionärs steht, unmittelbar nach der Gründung erlaubt, auch wenn die

⁶⁴ Zum Begriff statt vieler BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 9; ZK OR-CRAMER, Art. 628 N 4 ff.

⁶⁵ VON DER CRONE/AREF, 256; BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 8.

⁶⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 231; VON DER CRONE/AREF, 255 f.; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 201.

⁶⁷ BÖCKLI, GesKR 2017, 140 f.

⁶⁸ SETHE/FAHRLÄNDER, 222 m.w.N.

⁶⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 35.

⁷⁰ BGE 83 II 284, E.4; BGE 79 II 174, E.2; BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 7 m.w.N.

⁷¹ Botschaft 2016, 432 f.; VISCHER, SJZ 2022, 174; VON DER CRONE/AREF, 256 f.; vgl. ZK OR-CRAMER, Art. 628 N 43.

⁷² Botschaft 2016, 432 f.; vgl. BK OR-JUTZI/HERZOG, N 202.

⁷³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 232.

⁷⁴ Botschaft 2016, 432; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 29; MÜLLER/KAISER/BENZ, EF 2021, 285 f.; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 202.

⁷⁵ BK OR-JUTZI/HERZOG, N 202 m.w.N.; vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 30, der darauf hinweist, dass der Umstand, dass nicht alle wirtschaftlich gleichen Situationen von der Sachübernahme erfasst waren, kein zweckmässiges Argument für deren Aufhebung ist.

Situation wirtschaftlich einer Sachübernahme gleichkommt.⁷⁶ Der Schutzmechanismus der Sachübernahme wirkte folglich nur selektiv.⁷⁷ Der Gesetzgeber entschied sich daher für die Abschaffung der Bestimmungen zur Sachübernahme.⁷⁸ Die Abschaffung wurde auch damit begründet, dass das Gesetz mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeits-⁷⁹ und Rückerstattungsklage⁸⁰ einen genügenden Kapitalschutz sicherstelle.⁸¹

Mit der Aufhebung besteht für die Sachübernahme kein qualifizierter Tatbestand bei Gründungen und Kapitalerhöhung mehr. Folge davon ist, dass indirekte Sacheinlagen künftig zulässig sind sowie die Übernahme von Vermögenswerten im Gründungsstadium nicht offengelegt werden muss, solange in bar liberiert wird.⁸² Die Statuten- und Registerpublizität und auch die weiteren Sicherheitsvorkehrungen finden keine Anwendung mehr und insb. besteht keine Pflicht mehr zur Erstellung eines Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsberichts sowie einer Prüfungsbestätigung.⁸³

Nachdem der Gesetzgeber den gesetzlich geregelten Umgehungstatbestand der Sacheinlage gestrichen hat, soll nach einem Teil der Lehre die Berufung auf Umgehung nicht möglich sein.⁸⁴ Ein anderer Teil der Lehre möchte die Sacheinlagebestimmung aufgrund einer Gesetzesumgehung anwenden.⁸⁵ Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass das absichtliche oder fahrlässige Verschweigen, Angeben oder Verschleiern von Angaben zu einer Sacheinlage in einem Gründungs- oder Kapitalerhöhungsbericht zu einer Haftung nach Art. 753 Ziff. 1 OR führt. Art. 753 Ziff. 1 OR erklärt eine verschleierte Sacheinlage als widerrechtlich. Wird eine Sachübernahme als Umgehung der Sacheinlagebestimmung bzw. als verdeckte Sacheinlage gewertet, soll dies entsprechend eine Haftung auslösen.⁸⁶ Das Bundesgericht wird die Frage, ob eine Umgehung der Sacheinlagebestimmungen trotz der Änderungen von der Aktienrechtsrevision zu einer Anwendbarkeit der Sacheinlagebestimmungen von

⁷⁶ Vgl. Botschaft 2016, 432; VISCHER, SJZ 2022, 174.

⁷⁷ Botschaft 2016, 432; VON DER CRONE/AREF, 257 m.w.H.

⁷⁸ Botschaft 2016, 432 ff.; krit. VON DER CRONE/CATHOMAS, 604 f.; VON DER CRONE/AREF, 259 f.

⁷⁹ Art. 754 OR.

⁸⁰ Art. 678 OR, dessen zweiter Absatz im Vergleich zum alten Recht um das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) präzisiert wurde.

⁸¹ Botschaft 2016, 432 f.; VON DER CRONE/AREF, 258 f. m.w.H.; vgl. auch VON DER CRONE, Aktienrecht, § 10 N 244; MÜLLER/KAISER/BENZ, EF 2021, 285.

⁸² BK OR-JUTZI/HERZOG, N 203; VON DER CRONE/AREF, 258 f. m.w.H.

⁸³ Botschaft 2016, 433.

⁸⁴ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 10 N 245; VON DER CRONE/AREF, 260; VISCHER, SJZ 2022, 179 und 181 ff., der aber die Vorschriften der Scheinliberierung anwendet.

⁸⁵ BÖCKLI, GesKR 2017, 142; SETHE/FAHRLÄNDER, 225.

⁸⁶ BÖCKLI, GesKR 2017, 142; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 33; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 628 N 12, die allerdings für eine Haftung eine besondere Intensität in der Absicht verlangen.

Art. 634 OR führt, zu klären haben. Die Rechtsunsicherheiten, die im Zusammenhang mit der (beabsichtigten) Sachübernahme bestanden, wurden folglich durch die Rechtsunsicherheit, wann eine Umgehung der Sacheinlagebestimmungen bzw. eine verdeckte Sacheinlage gegeben ist, ersetzt.

Ausserdem ist für eine Gründung oder Kapitalerhöhung in der sog. Stampa-Erklärung⁸⁷ vom Verwaltungsrat bzw. den Gründern negativ festzuhalten, dass keine andere als die in den Belegen genannten Sacheinlagen bestehen.⁸⁸ Diese negative Wissenserklärung besteht trotz Aufhebung der Sachübernahmeverordnungen fort. Es besteht folglich bei einer verdeckten Sacheinlage – unabhängig davon, ob man die Sacheinlagebestimmungen wegen Gesetzesumgehung anwenden will –, dass eine schriftliche Falschaussage macht, wer die verdeckte Sacheinlage nicht offenlegt.⁸⁹ Rechtsfolge davon kann eine zivilrechtliche Haftung oder eine strafrechtliche Verantwortlichkeit sein.⁹⁰

Insgesamt ist zu honorieren, dass der Bundesrat um Schaffung von Rechtssicherheit bemüht ist.⁹¹ Die Argumentation, dass mit der Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklage ein genügender Kapitalschutz gewährleistet ist, überzeugt nicht gänzlich.⁹² Die Sachübernahme war als vorsorglicher Kapitalschutz ausgestaltet, die nach der Gründung bzw. Kapitalerhöhung eine Aushöhlung des Aktienkapitals verhinderte. Die Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklage hingegen wirken nachträglich und willkürlich (wo kein Kläger, da kein Richter). Mit einer Argumentation pro Aufhebung, die sich nur auf den *ex post*-Kapitalschutz beschränkt, wird die Präventivwirkung der Sachübernahme unterschlagen. Die Rechtsunsicherheit wurde wie erwähnt von der Sachübernahme auf die verdeckte Sacheinlage verschoben. Schliesslich wird den Gesellschaften auch ein «*safe harbor*» genommen, denn mit der Einhaltung der Sachübernahmeverordnungen konnten sie sich dem Vorwurf erwehren, dass sie nicht werthaltige Aktiven in die Gesellschaft eingebracht haben.⁹³ Der Verwaltungsrat und die Gründer werden sich *de lege lata* bei Sachen, die keinen Marktpreis haben, mit *fairness opinions* helfen müssen.⁹⁴ Die Abschaffung der Sachüber-

⁸⁷ Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 652g Abs. 1 Ziff. 4 OR. Vor der Revision war die «Stampa-Erklärung» in Art. 46 Abs. 2 lit. g HRegV geregelt.

⁸⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 29.

⁸⁹ BÖCKLI, GesKR 2017, 142; SETHE/FAHRLÄNDER, 226.

⁹⁰ Art. 153 StGB (Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden), Art. 251 StGB (Urkundenfälschung) und Art. 253 StGB (Erschleichung einer falschen Beurkundung). Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 28 f.

⁹¹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 37.

⁹² Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 31; VON DER CRONE/AREF, 258 f.; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 204.

⁹³ SETHE/FAHRLÄNDER, 226; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 10 N 244; VON DER CRONE/ANGSTMANN, SZW 5/2017, 608.

⁹⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 35; SETHE/FAHRLÄNDER, 226.

nahmenvorschriften ist u.E. mit gemischten Gefühlen aufzunehmen. Überlegungen, welches Vorgehen mit einer Revision der Sachübernahmebestimmungen besser gewesen wäre, sind allerdings müssig; sie wären ein Treppenwitz.

d) Verrechnungsliberierung

Die Liberierung durch Verrechnung war im alten Recht nur punktuell geregelt.⁹⁵ Neu wird sie in Art. 634a OR kodifiziert. Die Revision übernahm im Wesentlichen die geltende Praxis zur Verrechnungsliberierung und klärte zudem eine umstrittene Frage: Gem. Art. 634a Abs. 2 OR gilt die Verrechnung mit einer Forderung auch als Deckung, wenn die Forderung nicht mehr durch Aktiven gedeckt ist.⁹⁶ Die Zulässigkeit dieses Vorgehens war unter altem Recht nicht unbestritten.⁹⁷ Ausserdem wurde Statutenpublizität geschaffen; altrechtlich war lediglich eine Erwähnung im Gründungsbericht nötig.⁹⁸ Die Statuten müssen gem. Art. 634a Abs. 3 OR den Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung, den Namen des Aktionärs und die ihm zukommenden Aktien angeben.⁹⁹ Wie bei der Sacheinlage kann die Generalversammlung die Statutenbestimmung nach zehn Jahren ab Statutendatum wieder aufheben.¹⁰⁰

Die allgemeine Regelung der Verrechnungsliberierung ist zu befürworten. Insbesondere die Klärung der Frage, ob die Forderung werthaltig sein muss, trägt zur Rechtssicherheit bei.¹⁰¹ Damit wird die Verrechnungsliberierung als Instrument gestärkt.

3. Statuten

Für den Statuteninhalt wird in der Lehre zwischen absolut notwendigen Statutenbestimmungen, bedingt notwendigen Statutenbestimmungen und fakultativen Statutenbestimmungen unterschieden.¹⁰² Absolut notwendige Statutenbestimmungen müssen in den Statuten enthalten sein, damit die Gesellschaft

⁹⁵ Botschaft 2016, 492; Erläuternder Bericht 2014, 76.

⁹⁶ Botschaft 2016, 493; Erläuternder Bericht 2014, 77; vgl. VON DER CRONE/CATHOMAS, 605.

⁹⁷ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 138 mit einer Übersicht über die Lehrmeinungen in Fn. 315 (S. 246).

⁹⁸ AUS DER AU, 42 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 634a N 7.

⁹⁹ AUS DER AU, 43; krit. zu der Publizitätspflicht in den Statuten GERICKE et al., GesKR 2017, 27; GERICKE et al., GesKR 2020, 325.

¹⁰⁰ Art. 634a Abs. 3 OR. AUS DER AU, 43; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 634a N 12.

¹⁰¹ Krit. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 50.

¹⁰² ZK OR-CRAMER, Art. 627 N 1; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 10 N 162.

gegründet werden kann.¹⁰³ Fehlen diese zwingenden Bestimmungen, weisen die Statuten keine genügende Statutenqualität auf und sind nichtig.¹⁰⁴ Bedingt notwendige Statuteninhalte sind Statutenbestimmungen, die zu ihrer Gültigkeit Aufnahme in den Statuten bedürfen.¹⁰⁵ Diese Punkte müssen nicht zwingend in den Statuten enthalten sein, ihre Regelung ist jedoch nur innerhalb der Statuten möglich.¹⁰⁶ Fakultative Statuteninhalte bezeichnet Statutenbestimmungen, die zwingendes Recht oder fakultatives Recht wiederholen.¹⁰⁷ Diese Statutenbestimmungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit keiner Aufnahme in den Statuten.

Die Bestimmung zu den absolut notwendigen Statutenbestimmungen (Art. 626 OR) wurde sowohl in materieller als auch in grammatikalischer Hinsicht revidiert. Die Aufzählung der bedingt notwendigen Statuteninhalte in Art. 627 aOR wurde hingegen ersatzlos gestrichen. Zum freiwilligen bzw. fakultativen Statuteninhalt besteht unter neuem Recht – wie bereits unter altem Recht – keine Regelung.

a) Absolut notwendiger Statuteninhalt

Art. 626 OR regelt den «gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt der Statuten», wobei zwischen generellen Regelungen (Abs. 1) und den besonderen Regelungen für börsennotierte Aktiengesellschaften (Abs. 2 und 3) unterschieden wird.¹⁰⁸ Die Statuten aller Aktiengesellschaften müssen nach Art. 626 Abs. 1 OR Bestimmungen enthalten über:

- die Firma und den Sitz der Gesellschaft (Ziff. 1);
- den Zweck der Gesellschaft (Ziff. 2);
- die Höhe und die Währung des Aktienkapitals sowie den Betrag der darauf geleisteten Einlagen (Ziff. 3);
- Anzahl, Nennwert und Art der Aktien (Ziff. 4);
- die Form der Mitteilungen der Gesellschaft an ihre Aktionäre (Ziff. 7).¹⁰⁹

Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, müssen nach Art. 626 Abs. 2 OR zudem statutarische Bestimmungen enthalten über:

- die Anzahl der Tätigkeiten, welche die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats in vergleichbaren Funktionen bei anderen Unternehmen mit wirtschaftlichem Zweck ausüben dürfen, wobei gem. Art. 626 Abs. 3 OR Unternehmen, die durch die Gesellschaft kontrolliert

¹⁰³ Statt vieler ZK OR-CRAMER, Art. 626 N 1.

¹⁰⁴ ZK OR-CRAMER, Art. 626 N 74.

¹⁰⁵ Statt vieler BSK OR II-SCHENKER, Art. 627 N 1 ff.; ZK OR-CRAMER, Art. 627 N 1 ff.

¹⁰⁶ ZK OR-CRAMER, Art. 627 N 1.

¹⁰⁷ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 10 N 162.

¹⁰⁸ BK OR-JUTZI/HERZOG, N 111.

¹⁰⁹ Art. 626 Abs. 1 OR.

werden oder die Gesellschaft kontrollieren, nicht als andere Unternehmen gelten (Ziff. 1);

- die maximale Dauer der Verträge, die den Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats zugrunde liegen und die maximale Kündigungsfrist für unbefristete Verträge (Ziff. 2);
- die Grundsätze zu den Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses (Ziff. 3);
- die Einzelheiten zur Abstimmung der Generalversammlung über die Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (Ziff. 4).¹¹⁰

Die altrechtlichen Vorgaben betreffend die Einberufung der Generalversammlung und das Stimmrecht der Aktionäre nach Art. 626 Abs. 1 Ziff. 5 aOR und dieselben zu den Organen für die Verwaltung und für die Revision nach Art. 626 Abs. 1 Ziff. 6 aOR wurden aufgehoben, da in der Praxis üblicherweise in den Statuten lediglich der Gesetzeswortlaut des dispositiven Rechts wiederholt wurde.¹¹¹

Neben der Höhe des Aktienkapitals muss neu gem. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 3 OR auch die Währung des Aktienkapitals in den Statuten geregelt werden, da es gem. Art. 621 Abs. 2 OR den Aktiengesellschaften frei steht, ihr Aktienkapital auch in Fremdwährungen vorzusehen.¹¹²

Der notwendige Statuteninhalt ist somit mit den Möglichkeiten der ausländischen Währung kongruent. Die Form der Mitteilungen der Gesellschaft an die Aktionäre ist gem. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 OR in den Statuten festzuhalten. Diese Regelung ersetzt die Bekanntmachungen der Gesellschaft,¹¹³ die auch Bekanntmachungen an Gläubiger und die Öffentlichkeit umfasste.¹¹⁴ Die neue Formvorschrift i.S.v. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 OR bezieht sich nur noch auf Kommunikation zwischen der Gesellschaft und den Aktionären, insb. sind Bekanntmachungen an Gläubiger und an die Öffentlichkeit nicht mehr von der Bestimmung erfasst.¹¹⁵ Da die vom Gesetz vorgesehenen Veröffentlichungen (Art. 936a Abs. 2 OR), wie bspw. der Aufruf an die Gläubiger bei Kapitalherabsetzung i.S.v. Art. 653k Abs. 1 OR sowie die Eintragungen ins Handelsregister (Art. 936a Abs. 1 OR) im SHAB zu veröffentlichen sind, ist eine zusätzliche Regelung der Bekanntmachungen an Dritte überflüssig.¹¹⁶ Die so mit den

¹¹⁰ Art. 626 Abs. 2 OR.

¹¹¹ Erläuternder Bericht 2014, 71.

¹¹² Siehe unten, II.B.3.

¹¹³ Vgl. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 OR.

¹¹⁴ Erläuternder Bericht 2014, 71; BSK OR II-SCHENKER, Art. 626 N 15; ZK OR-CRAMER, Art. 626 N 53.

¹¹⁵ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 626 N 13.

¹¹⁶ Erläuternder Bericht 2014, 71; ZK OR-CRAMER, Art. 626 N 57.

übrigen aktienrechtlichen Bestimmungen im Einklang stehende Formulierung ist zu begrüssen.

In Art. 626 Abs. 2 und 3 OR wurden die Bestimmungen aus Art. 12 Abs. 1 VegüV ins OR überführt und vereinzelt Änderungen unterzogen.¹¹⁷ Insofern wurde die Einheit des Aktienrechts aufgeweicht, indem für Publikumsgesellschaften der Inhalt der notwendigen Statutenbestimmungen umfangreicher ausgestaltet ist. Dieser Unterschied bestand allerdings bereits seit dem Inkrafttreten der VegüV.

b) Bedingt notwendiger Statuteninhalt

Auf Art. 626 OR folgte vor der Revision Art. 627 aOR, in dem in 14 Ziffern der sog. bedingt notwendige Statuteninhalt festgehalten wurde, wie v.a. die Änderung von Statuten, soweit sie von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen,¹¹⁸ die Begrenzung der Dauer der Gesellschaft,¹¹⁹ Konventionalstrafen bei nicht rechtzeitiger Leistung der Einlage,¹²⁰ die genehmigte und bedingte Kapitalerhöhung,¹²¹ die Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien,¹²² die Beschränkung des Stimmrechts und des Rechts der Aktionäre sich vertreten zu lassen,¹²³ die im Gesetz nicht vorgesehenen Fälle, in denen die Generalversammlung nur mit qualifizierter Mehrheit Beschluss fassen konnte,¹²⁴ die Ermächtigung zur Übertragung der Geschäftsführung auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats oder Dritte¹²⁵ etc. In Art. 628 aOR wurde der bedingt notwendige Statuteninhalt für qualifizierte Gründungen und Kapitalerhöhungen, worunter Gründungen mit Sacheinlagen, Sachübernahmen und Gewährung besonderer Vorteile fielen, geregelt.¹²⁶ Beide Bestimmungen wurden mit der Aktienrechtsrevision gestrichen. Dies deshalb, weil die Auflistung von Art. 627 aOR unvollständig war und eine Nachführung als ausufernd – eine vollständige Nachführung hätte bis zu 50 Ziffern bedurft – taxiert wurde.¹²⁷ Art. 628 aOR wurde aufgehoben, da mit der Neuregelung der qualifizierten Tatbestände der

¹¹⁷ Siehe zum Ganzen m.H.a. die Änderungen im Vergleich zur VegüV BK OR-JUTZI/HERZOG, N 121 ff.

¹¹⁸ Art. 627 Ziff. 1 aOR.

¹¹⁹ Art. 627 Ziff. 4 aOR.

¹²⁰ Art. 627 Ziff. 5 aOR.

¹²¹ Art. 627 Ziff. 6 aOR.

¹²² Art. 627 Ziff. 8 aOR.

¹²³ Art. 627 Ziff. 10 aOR.

¹²⁴ Art. 627 Ziff. 11 aOR.

¹²⁵ Art. 627 Ziff. 12 aOR.

¹²⁶ Statt vieler BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 1 ff.; ZK OR-CRAMER, Art. 628 N 1 ff.

¹²⁷ Botschaft 2016, 486 f.; Erläuternder Bericht 2014, 72; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 112.

Liberierung in Art. 634 ff. OR eine bessere Übersichtlichkeit und eine einheitlichere Regelung der qualifizierten Tatbestände erzielt werden soll.¹²⁸ Die Bestimmungen, die nicht aufgrund der Abschaffung der Sachübernahme obsolet geworden sind,¹²⁹ finden sich dort.¹³⁰

Der bedingt notwendige Statuteninhalt ergibt sich im revidierten Recht folglich direkt aus den einzelnen Bestimmungen des Aktienrechts, d.h. ohne eine zusätzliche Auflistung. Eine Nachführung von Art. 627 OR hätte eine sperrige Bestimmung zur Folge gehabt, die zwar dem Anwender den Vorteil einer gesetzgeberischen Checkliste gebracht hätte. Da sich der bedingt notwendige Charakter aus dem materiellen Recht selbst ergibt, wurde u.E. zu Recht auf eine deklaratorische (wiederholende) Aufzählung verzichtet. Ausserdem hätte sich der Rechtsanwender auch mit einer Nachführung nicht auf die Vollständigkeit der Aufzählung verlassen können.

c) Neue statutarische Grundlagen

Mit dem revidierten Recht sind Änderungen des materiellen Rechts vorgenommen worden, deren Umsetzung eine statutarische Grundlage verlangen. Hinzuweisen ist auf das Aktienkapital mit Nennwert in Fremdwährung (Art. 621 Abs. 2 OR),¹³¹ Aktien mit Nennwert grösser als Null (Art. 622 Abs. 4 OR),¹³² die Ermächtigung des Verwaltungsrats, das Kapital innerhalb eines Kapitalbands zu verändern (Art. 653t OR),¹³³ die statutarische Schiedsklausel (Art. 697n OR),¹³⁴ der Tagungsort der Generalversammlung im Ausland (Art. 701b Abs. 1 OR)¹³⁵ sowie die virtuelle Generalversammlung (Art. 701d Abs. 1 OR).¹³⁶ Die genannten Änderungen verpflichten bestehende Gesellschaften nicht dazu, ihre Statuten anzupassen. Allerdings können die Gesellschaften von den Vorzügen der neuen Regelungen profitieren, wenn sie die Statuten entsprechend ändern.¹³⁷

¹²⁸ Botschaft 2016, 487; Erläuternder Bericht 2014, 73.

¹²⁹ Siehe zur Abschaffung der Sachübernahmevorschriften unten, II.A.2.c).

¹³⁰ Vgl. Art. 634 Abs. 4 und Art. 636 OR; Botschaft 2016, 487; vgl. dazu auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 628 N 7 ff.

¹³¹ Siehe unten, II.B.3.

¹³² Siehe unten, II.B.2.

¹³³ Siehe unten, II.B.1.b).

¹³⁴ Siehe unten, II.C.

¹³⁵ Siehe unten, II.E.2.b).bb).

¹³⁶ Siehe unten, II.E.3.c).

¹³⁷ Faktenblatt Nr. 3 des Eidgenössischen Amt für das Handelsregister zum Thema: Statuteninhalt allgemein, abgedruckt in REPRAX 4/2022, 155 f.; SEMI/MÜLLER, 336; SETHE/HUMBEL, 1018.

d) Überprüfung von altrechtlichen Statuten (und Reglementen)

Widersprechen bestehende Statuten oder Reglemente von Gesellschaften den neuen Vorschriften, müssen sie innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten der Revision – d.h. bis zum 1. Januar 2025 – den neuen Bestimmungen angepasst werden.¹³⁸ Bestimmungen der Statuten und Reglemente, die bis zu diesem Zeitpunkt nicht angepasst sind, werden unwirksam (Teilnichtigkeit).¹³⁹ Auch nach dem Ablauf der Übergangsfrist kann die Anpassung an das neue Recht nicht verlangt werden. Werden die Statuten jedoch einer Total- bzw. Teilrevision unterzogen, haben die neuen Bestimmungen das neue Recht zu respektieren.¹⁴⁰ Indessen führen die Handelsregisterämter keine systematische Kontrolle der bestehenden Statuten durch.¹⁴¹

Ziel der Aktienrechtsrevision war es, keine zwingenden Änderungen der Statuten für alle Aktiengesellschaften nach sich zu ziehen.¹⁴² Dies ist auch weitgehend gelungen. Anpassungen der Statuten sind allerdings insbesondere erforderlich, wo Statuten auf altes (unterdessen geändertes) Recht verweisen oder dieses wiederholen (fakultative Statuteninhalte). Beispiele für von der Praxis typischerweise deklaratorisch in die Statuten aufgenommenen Regelungen sind die Schwellenwerte für die Einberufung der Generalversammlung,¹⁴³ die Traktandierung und das Stellen von Anträgen,¹⁴⁴ oder wichtige Beschlüsse.¹⁴⁵ Verweise auf alte Gesetzesbestimmungen sind an das neue Recht anzupassen. Bei fakultativen Statuteninhalten ist zu unterscheiden: Ist die altrechtliche Regelung unter neuem dispositivem Recht unzulässig, ist sie anzupassen, ist sie zulässig, kann sie stehen bleiben. U.E. sollte in diesem Fall aber ein Augenmerk auf die Frage gelegt werden, ob eine Gesellschaft, die altes dispositives Recht in den Statuten wiederholt hat, unter neuem Recht vom dispositiven Recht abweichen will. In vielen Fällen soll gerade das dispositive Recht gelten und diese Bestimmungen sind auf das neue dispositive Recht anzupassen.

¹³⁸ Art. 2 Abs. 1 Ueb. Best. OR. SETHE/HUMBEL, 1018; siehe auch unten, III.

¹³⁹ Art. 2 Abs. 2 Ueb. Best. OR. Vgl. auch SETHE/HUMBEL, 1017 f.

¹⁴⁰ Faktenblatt Nr. 3 des Eidgenössischen Amt für das Handelsregister zum Thema: Statuteninhalt allgemein, abgedruckt in REPRAX 4/2022, 155.

¹⁴¹ Vgl. Faktenblatt Nr. 3 des Eidgenössischen Amt für das Handelsregister zum Thema: Statuteninhalt allgemein, abgedruckt in REPRAX 4/2022, 155 f.

¹⁴² Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Vorbemerkungen zu Art. 732–735d N 20 ff. m.w.H.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 2 OR UeB N 5; JENTSCH, ZHR 2022, 933.

¹⁴³ Art. 699 Abs. 3 aOR bzw. Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1 und 2 OR.

¹⁴⁴ Art. 699 Abs. 3 aOR bzw. Art. 699b OR.

¹⁴⁵ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1–8 aOR bzw. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1–15 OR.

e) Würdigung der Änderungen zu den Statuten

Die Änderungen zu den absolut notwendigen Statutenbestimmungen sind einerseits eine Anpassung an andere Änderungen der Aktienrechtsrevision, wie bspw. die Möglichkeit, Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung zu führen (Art. 621 Abs. 2 OR).¹⁴⁶ Andererseits wurde der Katalog des gesetzlich vorgesehenen Inhalts auf das «*notwendige Minimum*» beschränkt.¹⁴⁷ Es kann somit umso mehr vom «notwendigen Statuteninhalt» gesprochen werden. Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber bemüht ist, die zwingenden Vorschriften auf dem kleinsten Minimum zu halten. Die Änderung von Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 OR, in der nun von «Mitteilung» statt «Bekanntmachung» die Rede ist, soll wohl die Gesellschaften leicht in die Richtung der digitalen Kommunikation stossen, was zeitgemäss ist. Die Beschränkung auf Mitteilungen an Aktionäre und Streichung der obsoleten Bekanntmachungen an einen grösseren Kreis ist richtig. Mit der Regelung von Art. 626 Abs. 2 OR, die nur für Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, gelten, ist an einer weiteren Stelle der Grundsatz der Einheit des Aktienrechts aufgeweicht worden.¹⁴⁸ Diese Änderung ist auf die Integration der VegüV zurückzuführen, insofern ist ein Unterschied zur Publikumsgesellschaft evident und die Orientierung am Modell «*einer punktuellen materiellen Differenzierung in Bereichen, in denen sachliche Gründe unterschiedliche Regelungen gebieten*»¹⁴⁹ gelungen.

Mit der Streichung der «Checkliste» von Art. 627 aOR entledigte sich der Gesetzgeber einer redundanten Bestimmung, die aufgrund ihrer Unvollständigkeit dem Anwender sowieso keinen Mehrwert geboten hat. Wie bisher ist ein Studium der einzelnen Bestimmungen, die eine statutarische Grundlage verlangen, unentbehrlich.

Das bei der Aktienrechtsrevision anvisierte Ziel, nicht alle Gesellschaften zur Revision ihrer Statuten zu verpflichten, wurde erreicht.¹⁵⁰ Dass Gesellschaften, die von den neuen Möglichkeiten, die durch die Aktienrechtsrevision geschaffen wurden, profitieren wollen, Statutenänderungen vornehmen müssen, liegt in der Natur der Sache.

¹⁴⁶ Art. 626 Abs. 1 Ziff. 3 OR.

¹⁴⁷ Botschaft 2016, 485.

¹⁴⁸ Vgl. dazu JENTSCH, ZHR 2021, 897 ff. m.w.N.

¹⁴⁹ Botschaft 2007, 1606 (im Original mit Herv.).

¹⁵⁰ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Vorbemerkungen zu Art. 732–735d N 20 ff. m.w.H. insb. auf die parlamentarische Debatte; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 2 OR UeB N 5.

B. Flexibilisierung des Aktienkapitals

1. Kapitalband

a) Grundlagen des Kapitalbands

Die Idee einer Flexibilisierung der Kapitalstruktur der Aktiengesellschaft durch ein Kapitalband geht auf einen Expertenbericht an das Bundesamt für Justiz von 2001 zurück¹⁵¹ und ist eine der grössten Errungenschaften der Aktienrechtsrevision.¹⁵² Mit dem Kapitalband wird dem Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft ermöglicht, während einer Dauer von maximal fünf Jahren das Aktienkapital selbständig, innerhalb einer vorgegebenen Bandbreite zu verändern.¹⁵³ Mit dem Kapitalband wird demzufolge eine genehmigte Kapitalerhöhung mit einer genehmigten Kapitalherabsetzung kombiniert,¹⁵⁴ wobei die genehmigte Kapitalerhöhung bereits unter altem Recht vorgesehen war.¹⁵⁵

Im Zusammenhang mit dem Kapitalband besteht bei zwei Vorgängen der Bedarf einer öffentlichen Beurkundung: Einerseits ist die statutarische Ermächtigung des Verwaltungsrats durch die Generalversammlung in die Form der öffentlichen Urkunde zu giessen,¹⁵⁶ und andererseits ist nach erfolgter Erhöhung bzw. Herabsetzung des Aktienkapitals der Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrats, in dem er die Statuten entsprechend der Erhöhung bzw. Herabsetzung anpasst, öffentlich zu beurkunden.¹⁵⁷ Da es – sofern statutarisch nicht eingeschränkt – dem Verwaltungsrat obliegt, wie häufig das Kapital innerhalb des Kapitalbands erhöht bzw. herabgesetzt wird, können sich eine Vielzahl von öffentlichen Beurkundungen aus der zweiten Situation ergeben.¹⁵⁸

Neben dem Kapitalband bestehen die weiteren, aus dem alten Recht bekannten Kapitalveränderungsformen¹⁵⁹ – abgesehen von der genehmigten Kapitalerhöhung, die im Kapitalband aufgegangen ist – weiter fort. Das Kapitalband ent-

¹⁵¹ Bericht vdC Teil I, 14 ff. in dem eine Vielzahl von Flexibilisierungen vorgeschlagen wurde. Vgl. auch VON DER CRONE/DAZIO, 506.

¹⁵² Statt vieler VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 689.

¹⁵³ Art. 653s Abs. 1 Satz 1 OR.

¹⁵⁴ Botschaft 2016, 514; GERICKE, 42.

¹⁵⁵ Die Bestimmungen zur genehmigten Kapitalerhöhung gingen in den Bestimmungen zum Kapitalband auf. Demgemäss konnten Art. 651 und Art. 651a aOR aufgehoben werden. Siehe Botschaft 2016, 435 und 513.

¹⁵⁶ Art. 647 OR. Siehe zu der Ermächtigung unten, II.B.1.b).

¹⁵⁷ Art. 653u Abs. 4 OR. Siehe zu der Erhöhung und Herabsetzung innerhalb des Kapitalbands unten, II.B.1.c).

¹⁵⁸ FS Verband Solothurnischer Notare, 164.

¹⁵⁹ Ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 650 OR), Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital (Art. 653 OR) und ordentliche Kapitalherabsetzung (Art. 653j OR).

fällt *ex lege* gem. Art. 653v Abs. 1 OR, wenn die Generalversammlung während der Dauer der Ermächtigung eine ordentliche Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung beschliesst. Wird dagegen durch die Generalversammlung in der gleichen Situation bedingtes Kapital geschaffen, besteht das Kapitalband fort.¹⁶⁰ Es ist für das bedingte Kapital zu unterscheiden, ob dieses innerhalb oder ausserhalb des Kapitalbands geschaffen wird. Darauf ist noch zurückzukommen.¹⁶¹

b) Ermächtigung und Modifikation

Die Ermächtigung des Verwaltungsrats, das Kapital innerhalb des Kapitalbands zu verändern, erfolgt in den Statuten.¹⁶² Die Statuten legen die Grenzen des Kapitalbands fest, innerhalb welcher der Verwaltungsrat das Aktienkapital selbständig erhöhen und/oder herabsetzen darf.¹⁶³ Für die Einführung einer entsprechenden statutarischen Bestimmung bedarf es eines Generalversammlungsbeschlusses, der gem. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR als wichtiger Beschluss mit mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und der Mehrheit des vertretenen Kapitals gefasst wird. Dieser Beschluss ist als Beschluss über die Änderung der Statuten durch eine Urkundsperson öffentlich zu beurkunden.¹⁶⁴

Die Statuten legen auch den Maximalbetrag für die Herab- und Heraufsetzung des Aktienkapitals fest. Dieser darf aber 50 % des eingetragenen Aktienkapitals weder über- noch unterschreiten. Allerdings darf der von der Generalversammlung festgelegte Betrag kleiner sein.¹⁶⁵ Die untere und obere Grenze des Kapitalbands ist notwendiger Statuteninhalt (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 1 OR).¹⁶⁶ Es gilt das Stichtagsprinzip, wonach das im Zeitpunkt des Generalversammlungsbeschlusses im Handelsregister eingetragene Aktienkapital entscheidend ist.^{167,168} Das Mindestkapital von CHF 100'000 gem. Art. 621 Abs. 1 OR bildet allerdings eine Sperrgrenze, die nicht unterschritten werden darf.¹⁶⁹ Ausgeschlossen

¹⁶⁰ Art. 653v Abs. 2 OR (implizit).

¹⁶¹ Siehe dazu unten, II.B.1.d).

¹⁶² Art. 653s Abs. 1 Satz 1 OR.

¹⁶³ Art. 653s Abs. 1 Satz 2 OR.

¹⁶⁴ Art. 647 OR.

¹⁶⁵ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Vorbemerkungen zu Art. 653s–653v N 12; SCHENKER, 173; VISCHER, SZW 2021, 322 f.

¹⁶⁶ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653t N 4 f.

¹⁶⁷ Botschaft 2016, 514; VON DER CRONE/DAZIO, Fn. 30 (S. 508); VON DER CRONE/CATHOMAS, Fn. 72 (S. 595); vgl. zum Stichtagsprinzip auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653a N 4 f.

¹⁶⁸ Selbstredend spielen für die Grenzwerte spätere Kapitalveränderungen im Rahmen des Kapitalbands keine Rolle. Statt aller SCHENKER, 173.

¹⁶⁹ Botschaft 2016, 435; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 723; vgl. auch BÜCHLER, N 253; VON DER CRONE/DAZIO, 508.

ist eine Herabsetzung des Kapitals, wenn die Aktiengesellschaft gem. Art. 727a Abs. 2 OR auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat (Art. 653s Abs. 4 OR).¹⁷⁰ In diesem Fall kann lediglich ein Kapitalband eingeführt werden, das den Verwaltungsrat ermächtigt, das Kapital zu erhöhen, was der altrechtlichen genehmigten Kapitalerhöhung entspricht.¹⁷¹ Verfügt die Gesellschaft über Partizipationskapital, ist dieses für die Bestimmung der Grenzwerte dem Aktienkapital hinzuzurechnen (Art. 656b Abs. 3 Ziff. 5 OR).¹⁷²

Der Zeitrahmen des Kapitalbands wird von Art. 653s Abs. 1 OR auf maximal fünf Jahre begrenzt. Der Gesetzeswortlaut impliziert mit «längstens», dass die Generalversammlung auch eine kürzere Dauer des Kapitalbands vorsehen kann. Der Fristbeginn ist sowohl für die Fünfjahresfrist als auch für eine allfällige gewillkürte kürzere Frist der Beschluss der Generalversammlung, mit dem das Kapitalband eingeführt wurde.¹⁷³ Das Enddatum, an dem das Kapitalband ausläuft, ist notwendiger Statuteninhalt (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 2 OR) – unabhängig davon, ob es sich um die gesetzliche Maximalfrist von 5 Jahren handelt oder die Generalversammlung eine kürzere gewillkürte Frist beschlossen hat.¹⁷⁴

Die Statuten können die Ermächtigung des Verwaltungsrats auch lediglich auf eine Erhöhung bzw. auf eine Herabsetzung des Aktienkapitals beschränken¹⁷⁵ sowie auch Einschränkungen, Auflagen und Bedingungen für die Ermächtigung vorsehen.¹⁷⁶ Die Generalversammlung hat folglich erheblichen Spielraum in der Ausgestaltung des Kapitalbands: Neben der Kapitalveränderungsform, den Maximal- und Minimalwerten des Kapitalbands sowie der Dauer der Ermächtigung kann die Generalversammlung den Handlungsspielraum des Verwaltungsrats allgemein individuell gestalten.¹⁷⁷ Bspw. kann das Kapitalband in Tranchen vorgesehen werden¹⁷⁸ oder auch eine Beschränkung auf eine be-

¹⁷⁰ Im Umkehrschluss ist es ausgeschlossen, auf die eingeschränkte Revision zu verzichten, wenn statutarisch eine Herabsetzung des Kapitals erlaubt ist.

¹⁷¹ Botschaft 2016, 514.

¹⁷² Das widerspricht dem Gesetzeswortlaut von Art. 653s Abs. 2 Satz 1 OR, wonach für die Grenzen des Kapitalbands das im «Handelsregister eingetragene Aktienkapital» relevant ist, dieser Konflikt ist allerdings zugunsten von Art. 656b Abs. 3 Ziff. 5 OR aufzulösen. Ebenso VISCHER, SZW 2021, Fn. 22 (S. 323); vgl. auch KILCHMANN, 292.

¹⁷³ Botschaft 2016, 514; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653s N 6; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 701.

¹⁷⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653s N 7; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653t N 7; vgl. auch BÜCHLER, N 268.

¹⁷⁵ Art. 653s Abs. 3 OR.

¹⁷⁶ Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3 OR.

¹⁷⁷ Eingehend dazu VON DER CRONE/DAZIO, 508 ff.

¹⁷⁸ BÜCHLER, N 274; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 702.

stimmte Anzahl Kapitalveränderungen bzw. auch eine Beschränkung der Anzahl Erhöhungen oder Herabsetzungen.¹⁷⁹ Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass statutarisch auch die Entscheidung an den Verwaltungsrat delegiert werden kann, die Kapitalerhöhung mit einer Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts durchzuführen bzw. es kann festgelegt werden, dass der Verwaltungsrat bestimmen kann, aus welchen wichtigen Gründen das Bezugsrecht eingeschränkt oder aufgehoben wird sowie wie mit den entzogenen bzw. nicht ausgeübten Bezugsrechten zu verfahren ist.¹⁸⁰

Änderungen und/oder Verlängerungen des Kapitalbands sind jederzeit möglich. Diesfalls bedarf es einer erneuten Statutenänderung, die denselben Regeln wie die ursprüngliche Einführung unterliegt.¹⁸¹ Es handelt sich wiederum um einen wichtigen Beschluss i.S.v. Art. 704 OR mit den entsprechend einzuhaltenden Quoren. Allerdings beziehen sich die Grenzwerte für die maximale Erhöhung bzw. Herabsetzung auf das Aktienkapital, das im Zeitpunkt der Änderung im Handelsregister eingetragen ist und nicht auf das Aktienkapital, das bei der ursprünglichen Einführung des Kapitalbands eingetragen war.¹⁸² Wurde das Aktienkapital zwischenzeitlich erhöht, ist das mögliche Kapitalband neu grösser; wurde das Aktienkapital zwischenzeitlich herabgesetzt, ist das Kapitalband entsprechend neu kleiner.

c) Kapitalveränderung innerhalb des Kapitalbands

Innerhalb der statutarischen Ermächtigung entscheidet der Verwaltungsrat über Kapitalerhöhung und -herabsetzung (Art. 653u Abs. 1 OR). Auch eine mehrmalige Anpassung des Kapitals sowie ein Abwechseln von Erhöhungen und Herabsetzungen ist zulässig.¹⁸³ Die Ermächtigung kann auf eine ordentliche oder bedingte Erhöhung lauten. Für die Kapitalveränderungen sind gem. Art. 653u Abs. 5 OR die Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 650–652h OR) bzw. die Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital (Art. 650–653i OR) und über die Kapitalherabsetzung (Art. 653j–653r OR) sinngemäss anwendbar.¹⁸⁴

¹⁷⁹ BÜCHLER, N 274 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 702 beide m.w.H.; vgl. Botschaft 2007, 1591 f.

¹⁸⁰ Art. 653t Abs. 1 Ziff. 7 OR. Eingehend und krit. dazu SCHENKER, 179 f.

¹⁸¹ GERICKE, GesKR 2008, 40; BÜCHLER, N 228 f.; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 697.

¹⁸² GERICKE, GesKR 2008, 40; VON DER CRONE/DAZIO, 508.

¹⁸³ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Vorbemerkungen zu Art. 653s–653v N 11; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653u N 6; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 708; KILCHMANN, 290.

¹⁸⁴ Siehe auch VON DER CRONE/DAZIO, Fn. 66 (S. 511) m.H.a. KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, 108 f., der betont, dass «sinngemäss» im Rahmen des Analogieschlusses nicht mit «wörtlich» gleichzusetzen ist.

Eine Kapitalerhöhung kann wie erwähnt ordentlich oder bedingt erfolgen,¹⁸⁵ wobei die Schaffung von bedingtem Kapital eine explizite statutarische Ermächtigung erfordert.¹⁸⁶ Der Verwaltungsrat fasst den Beschluss, das Kapital zu erhöhen¹⁸⁷ – dieser Kapitalerhöhungsbeschluss ist gem. der h.L. nicht öffentlich zu beurkunden¹⁸⁸ – und erlässt die erforderlichen Bestimmungen, soweit diese nicht bereits im Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung enthalten sind (Art. 653u Abs. 2 OR).¹⁸⁹ Dabei kann es sich um den Nennbetrag der Kapitalerhöhung (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 OR), den Ausgabebetrag sowie den Beginn der Dividendenberechtigung (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 OR) oder Angaben hinsichtlich qualifizierter Liberierungsformen (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4–6 OR) handeln.¹⁹⁰ Dazu trifft der Verwaltungsrat die erforderlichen Feststellungen und ändert die Statuten; der Feststellungsbeschluss und die Statutenänderung sind gem. Art. 653u Abs. 4 OR durch eine Urkundsperson öffentlich zu beurkunden.¹⁹¹ Dies geschieht üblicherweise in derselben Urkunde. Die Zeichnung der Aktien richtet sich nach Art. 652 OR und ggf. ist die Prospektspflicht nach Art. 35 ff. FIDLEG einzuhalten.¹⁹² Die Liberierung ist nach den Bestimmungen über die Gründung zu leisten (Art. 652c OR), d.h. möglich sind die Barliberierung¹⁹³, die Sacheinlage¹⁹⁴ und die Verrechnungsliberierung¹⁹⁵.¹⁹⁶ Wird die Liberierungsart im Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung nicht festgelegt, legt der Verwaltungsrat die zulässigen Liberierungsformen fest.¹⁹⁷ Nach der Erhöhung fällt der Verwaltungsrat die nötigen Feststellungsbeschlüsse und

¹⁸⁵ Botschaft 2016, 513.

¹⁸⁶ Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 OR; KILCHMANN, 290; siehe zum bedingten Kapital eingehend unten, II.B.1.d).

¹⁸⁷ Art. 653u Abs. 2 OR.

¹⁸⁸ Eingehend dazu VISCHER, 323; BÜCHLER, N 333 f. beide m.w.N.; vgl. auch MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, *Der Verwaltungsrat – Band I – Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, N 3.860.

¹⁸⁹ VISCHER, 323; BÜCHLER, N 361 ff.; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, *Aktienrecht 2020*, Art. 653u N 7.

¹⁹⁰ Die weiteren in Art. 650 Abs. 2 OR genannten Angaben sind gem. Art. 653t Abs. 1 OR zwingend im Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung zu regeln.

¹⁹¹ VISCHER, 323; VON DER CRONE/DAZIO, 511; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 14 N 709 m.w.N.

¹⁹² VON DER CRONE/DAZIO, 511; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 14 N 710.

¹⁹³ Art. 633 OR.

¹⁹⁴ Art. 634 OR.

¹⁹⁵ Art. 634a OR.

¹⁹⁶ Ebenso in Betracht kommt die Erhöhung aus frei verwendbarem Eigenkapital i.S.v. Art. 652d OR und die Liberierung durch Herabsetzung der Liberierungsquote. Vgl. zum Ganzen VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 14 N 710.

¹⁹⁷ SCHENKER, 177; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 14 N 710.

passt die Statuten an.¹⁹⁸ Beide Beschlüsse sind öffentlich zu beurkunden (Art. 653u Abs. 4 *in fine* OR).¹⁹⁹

Eine Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands ist konzeptionell eine (unter altem Recht unzulässige) genehmigte Kapitalherabsetzung.²⁰⁰ Möglich ist die Herabsetzung als ordentliche Kapitalherabsetzung,²⁰¹ als deklarative Kapitalherabsetzung²⁰² sowie als Kapitalschnitt²⁰³. Im Rahmen der ordentlichen Kapitalherabsetzung hat der Verwaltungsrat einen Schuldenruf durchzuführen, ggf. die Forderungen der Gläubiger sicherzustellen,²⁰⁴ und allenfalls eine Zwischenbilanz zu erstellen und prüfen zu lassen.²⁰⁵ In der Folge fasst der Verwaltungsrat den Kapitalherabsetzungsbeschluss und erlässt die erforderlichen Bestimmungen, soweit diese nicht bereits im Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung enthalten sind (Art. 653u Abs. 2 OR).²⁰⁶ Sofern im Ermächtigungsbeschluss nicht bereits festgelegt, bestimmt der Verwaltungsrat den Nennbetrag der Herabsetzung²⁰⁷, die Art und Weise der Durchführung²⁰⁸ sowie die Verwendung des Herabsetzungsbetrags^{209, 210}. Die Herabsetzung kann entweder durch eine Nennwertherabsetzung oder mittels der Vernichtung von Aktien erfolgen.²¹¹ Anschliessend hat der Verwaltungsrat in einem öffentlich zu beurkundenden Beschluss die notwendigen Feststellungen zu fassen und die Statuten zu ändern.²¹² Vom Verwaltungsrat festzustellen ist, dass die Anforderungen von Gesetz und Statuten im betreffenden Zeitpunkt erfüllt sind und dem

¹⁹⁸ Feststellungen müssen den Vorgaben von Art. 653g OR entsprechen.

¹⁹⁹ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653u N 10 ff.

²⁰⁰ Botschaft 2016, 514; GERICKE, GesKR 2008, 42.

²⁰¹ Art. 653j ff. OR.

²⁰² Art. 653p OR. Die deklarative Kapitalherabsetzung bewirkt keine Verminderung des Gesellschaftsvermögens, wodurch für die Gläubiger der Gesellschaft auch kein Haftungssubstrat verloren geht. Sie stellt eine Sanierungsmassnahme dar, um eine Unterbilanz zu beseitigen.

²⁰³ Art. 653q f. OR. Ein Kapitalschnitt oder auch «Harmonika» ist eine Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung. Es handelt sich dabei um reine «Bilanzkosmetik». Für potentielle Investoren ist der Einstieg in die Gesellschaft aber interessanter, da mit dem Kapitalschnitt der Verlustvortrag verschwindet und die Aussichten auf Gewinnerzielung steigen.

²⁰⁴ Art. 653k OR.

²⁰⁵ Art. 653l f. OR.

²⁰⁶ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 714; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653u N 7.

²⁰⁷ Art. 653n Ziff. 1 OR.

²⁰⁸ Art. 653n Ziff. 2 OR.

²⁰⁹ Art. 653n Ziff. 3 OR.

²¹⁰ VON DER CRONE/DAZIO, 513; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 714; vgl. auch BÜCHLER, N 393 f. m.w.H.

²¹¹ Art. 653j Abs. 2 OR.

²¹² Art. 653u Abs. 4 OR.

Verwaltungsrat die erforderlichen Belege vorgelegen haben.²¹³ Dieser Beschluss und die Feststellung sind öffentlich zu beurkunden (Art. 653u Abs. 4 *in fine* OR).²¹⁴

Wie bei der ordentlichen Kapitalveränderung kann auch innerhalb des Kapitalbands eine Veränderung zwecks Sanierung einer Gesellschaft vorgenommen werden. Zwei Fälle sind dabei relevant: einerseits die deklarative Kapitalherabsetzung (Art. 653p OR)²¹⁵ und die Herabsetzung und gleichzeitige Erhöhung des Aktienkapitals – der Kapitalschnitt bzw. Harmonika – nach Art. 653q f. OR. Nach altem Recht wurden für beide diese Formen ein Beschluss bzw. Beschlüsse der Generalversammlung verlangt.²¹⁶ Besteht ein zweiseitiges Kapitalband,²¹⁷ kann der Verwaltungsrat ohne Beizug der Generalversammlung einen Kapitalschnitt i.S.v. Art. 653q f. OR durchführen, sofern die neu auszugebenden Aktien vollumfänglich gezeichnet sind.²¹⁸ Das Mindestkapital von CHF 100'000 darf aber auch bei der Harmonika nicht unterschritten werden.²¹⁹

d) Kapitalband und bedingtes Kapital

Die Statuten können den Verwaltungsrat auch zur Erhöhung des Kapitals mit bedingtem Kapital ermächtigen.²²⁰ Im Rahmen der Beratung von Entwurf und Vorentwurf der Aktienrechtsrevision 2020 wurde das Verhältnis von Kapital-

²¹³ Art. 653o Abs. 1 OR.

²¹⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653u N 10 ff.

²¹⁵ Botschaft 2016, 510 f.; VON DER CRONE/DAZIO, 513.

²¹⁶ Vgl. m.w.H. VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 717 und § 24 N 2019.

²¹⁷ Ein Kapitalband, das sowohl die Herab- wie auch die Heraufsetzung des Kapitals erlaubt.

²¹⁸ VON DER CRONE/ANGSTMANN, SZW 1/2017, Fn. 156 (S. 23). Vorbehalten bleiben dem widersprechende Statutenbestimmungen. Vgl. RIEDER DOMINIK, Der vollständige Kapitalschnitt – Kapitalherabsetzung auf Null mit Kapitalerhöhung, Zürich/St. Gallen 2016 (Diss. St. Gallen 2015) = SGSF Bd. 14, N 436 ff.

²¹⁹ So explizit Botschaft 2016, 513; VON DER CRONE/DAZIO, 514; a.A. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653q N 11 f., welche die Harmonika als «einheitlicher Vorgang» verstanden haben wollen und daher für eine Unterschreitung (gar bis zu Null) für eine logische Sekunde votieren. Dem ist entgegenzuhalten, dass beim Kapitalband sowieso nur eine Herabsetzung bis auf maximal die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals vorgesehen ist, eine Herabsetzung auf Null ist auch aus diesem Grund ausgeschlossen.

²²⁰ Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 OR. VON DER CRONE/DAZIO weisen zu Recht darauf hin, dass die Formulierung ungenau ist, denn das Kapital wird erst mit der Ausübung der Options- bzw. Wandelrechte erhöht und der Verwaltungsrat wird statutarisch zur Ausgabe dieser Options- oder Wandelrechte ermächtigt. Siehe VON DER CRONE/DAZIO, 512; so auch bereits GERICKE, SSHW, 124; vgl. auch REUTTER/HAMMER, 303 f.

band und Erhöhung des Aktienkapitals aus bedingtem Kapital in der Lehre eingehend diskutiert.²²¹ Das Parlament hat mit Art. 653v Abs. 2 bzw. Art. 653g Abs. 2 OR die Diskussion aufgelöst:²²² Für das bedingte Kapital entscheidend ist, ob es inner- oder ausserhalb des Kapitalbands geschaffen werden soll. Beim bedingten Kapital innerhalb des Kapitalbands ermächtigt die Generalversammlung den Verwaltungsrat, das Kapital im Rahmen des bestehenden Kapitalbands mit bedingtem Kapital zu erhöhen.²²³ Dies hat den Vorteil, dass hinsichtlich des Kapitalbands keine Änderung der Statuten erforderlich ist, allerdings mit Ablauf des Kapitalbands auch die Möglichkeit zur Schaffung von neuen Aktien entfällt.²²⁴ Der Verwaltungsrat hat bei der Schaffung von bedingtem Kapital innerhalb des Kapitalbands die obere Grenze des Kapitalbands einzuhalten.²²⁵ Im Fall von bedingtem Kapital ausserhalb des Kapitalbands schafft die Generalversammlung gem. Art. 653v Abs. 2 Satz 1 OR Kapital, das nicht zum Kapitalband gehört. Die obere und die untere Grenze des Kapitalbands erhöhen sich diesfalls um die Höhe der tatsächlichen Erhöhung des Aktienkapitals.²²⁶ Die Bandbreite des Kapitalbands wird bei der Erhöhung aus bedingtem Kapital ausserhalb des Kapitalbands nicht eingeschränkt.²²⁷ Vielmehr verschiebt sich der «Mittelpunkt» des Kapitalbands nach oben.²²⁸

Inwiefern die Kombination von bedingtem Kapital innerhalb und ausserhalb des Kapitalbands zulässig ist, äussert sich weder Gesetz noch Materialien. U.E. muss eine Kombination von bedingtem Kapital innerhalb und ausserhalb des Kapitalbands zulässig sein, andernfalls hätte der Gesetzgeber eine entsprechende Beschränkung gesetzlich festhalten müssen.²²⁹

²²¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 273 ff.; BAUM, 47 ff.; GERICKE, SSHW, 118 ff.; GERICKE et al., GesKR 2017, 29 f.; VON DER CRONE/ANGSTMANN, SZW 1/2017, 9 f.; VON DER CRONE/CATHOMAS, 598 f.

²²² Vgl. VON DER CRONE/MOHASSEB, 784.

²²³ Art. 653v Abs. 2 Satz 2 bzw. Art. 653g Abs. 2 2. Halbsatz OR.

²²⁴ Wird ein Options- oder Wandelrecht nach der 5-Jahresfrist ausgeübt, kann der Verwaltungsrat nicht mehr auf das bedingte Kapital zurückgreifen und muss sich anderweitig eindecken, um die Wandel- oder Optionsberechtigten zu befriedigen. Siehe eingehend und m.w.H. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653h N 6 f. und FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 653i N 9.

²²⁵ BAUM, 49; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 728.

²²⁶ Vgl. auch Art. 653g Abs. 2 1. Halbsatz OR.

²²⁷ BAUM, 55 f. m.w.H.; VON DER CRONE/MOHASSEB, 785; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 728.

²²⁸ GERICKE, SSHW, 122.

²²⁹ Vgl. auch REUTTER/HAMMER, 303 f.

e) Würdigung des Kapitalbands

Wie erwähnt, gilt das Kapitalband als eine der Errungenschaften der «grossen» Aktienrechtsrevision. Ob damit das Ei des Kolumbus gefunden ist, wird sich zeigen müssen. Die Flexibilisierung der Kapitalausstattung erlaubt es der Gesellschaft, ihr Eigenkapital zeitnah an den tatsächlichen Bedarf anzupassen.²³⁰ Die erhöhte Flexibilität im Bereich der Kapitalveränderungen ist zu begrüßen. Insbesondere Publikumsgesellschaften wird mit dem Kapitalband ein Instrument zur Verfügung gestellt, mit dem es möglich ist, Kapitalherabsetzungen durch den Verwaltungsrat durchzuführen, was bspw. für Aktienrückkaufprogramme dienlich ist.²³¹

Von einem Teil der Lehre wird als Nachteil des Kapitalbands die Kompetenzverschiebung von den Aktionären zum Verwaltungsrat reklamiert. Der Handlungsspielraum des Verwaltungsrats erhöhe sich durch die Möglichkeit einer vorgängigen Kapitalherabsetzung im Vergleich zum genehmigten Kapital. Insbesondere in Verbindung mit einer Delegation des Bezugsrechtsausschusses mit breit definierten Ausschlussgründen werde es dem Verwaltungsrat ermöglicht, für ihm genehme Aktionäre eine Mehrheit zu verschaffen.²³² Damit eine solche Gefahr besteht, ist in der Ermächtigung der Generalversammlung allerdings auch eine Delegation des Bezugsrechtsausschusses in der nötigen Breite vorzusehen. U.E. adressiert diese Kritik nicht das Kapitalband als Ganzes, sondern eine Problematik des Bezugsrechtsausschlusses. Vielmehr müssen die Generalversammlungen bei der Redaktion der Ermächtigungen dieser Gefahr Rechnung tragen.

Inwiefern sich das Kapitalband mit Kompetenz zur Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals bei Publikumsgesellschaften durchsetzen wird, muss sich in der Praxis zeigen. Auch im Startup- und Venture-Capital-Bereich besteht Potential für das Kapitalband. Insbesondere für die Situation, dass ein Kapitalband mit dem bedingten Kapital kombiniert wird, sind komplexe Fragestellungen zu erwarten.²³³ In gewöhnlichen, nicht kotierten Gesellschaften wird das Kapitalband, wie auch bereits das bedingte Kapital nach altem Recht, eine eher untergeordnete Rolle spielen. Hier besteht oft die nötige Flexibilität, dass bei Bedarf *ad hoc* eine ausserordentliche Generalversammlung durchgeführt werden

²³⁰ SCHENKER, 171 m.w.H.; vgl. BSK OR II-KÜNG/SCHOCH, Vor Art. 732–735, N 4.

²³¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 279.

²³² SCHENKER URS, Das Kapitalband – Flexibilisierung des Kapitals mit Gefahren für Aktionäre und Gläubiger, in: Matthias P.A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zurr (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zürich/St. Gallen 2020, 169 ff., 178 ff. und 187 ff.; vgl. KILCHMANN, 292.

²³³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 280.

kann, um das Kapital in einer ordentlichen Kapitalerhöhung zu erhöhen. Insgesamt ist ein positives Fazit zu ziehen.

2. *Mindestnennwert*

Der Mindestnennwert von Aktien wurde von einem Rappen²³⁴ weiter gesenkt. Gemäss Art. 622 Abs. 4 OR müssen die Aktien neu einen Nennwert aufweisen, der grösser als Null ist. Mit dieser Regelung findet eine stetige Herabsetzung des Mindestnennwerts ein Ende.²³⁵

Unter altem Recht nahm die Regelung noch Bezug zu einem Rappen. Die neue Formulierung verzichtet auf einen Währungsbezug. Mit der währungsneutralen Formulierung ist Art. 622 Abs. 4 OR im Einklang mit der Möglichkeit, das Aktienkapital in Fremdwährung auszugeben.²³⁶ Wie einleitend erwähnt, hält das Aktienrecht mit der Aktienrechtsrevision am Nennwertsystem fest. Der Nachteil des Nennwertsystems besteht darin, dass bei jeder Nennwertveränderung oder einem Aktiensplitting die Aktientitel ausgetauscht werden müssten. Da jedoch praktisch alle Gesellschaften auf die effektive Ausgabe der Aktientitel verzichten, ist der Nachteil in der Praxis kaum von Bedeutung.²³⁷

Die Nennwertreduktion auf grösser als Null stellt eine pragmatische Lösung dar, die den Aktiengesellschaften einerseits dieselbe Flexibilität wie bei nennwertlosen Aktien verschafft und andererseits die Beibehaltung des Nennwertprinzips ermöglicht.²³⁸ Insbesondere grosse börsenkotierte Aktiengesellschaften dürften von dieser Neuerung profitieren.²³⁹ Die Regelung ist nach der hier vertretenen Auffassung aus zwei Gründen besonders zu begrüssen: Einerseits wird am für das schweizerische Aktienrecht zentralen Nennwertprinzip, das als Strukturprinzip für unterschiedliche Institute des Aktienrechts als Anknüpfungspunkt dient,²⁴⁰ festgehalten und andererseits werden Gesellschaften, insb. solche mit grossen Aktionariaten, mit der für sie notwendigen Flexibilität aus-

²³⁴ Art. 622 Abs. 4 aOR.

²³⁵ BK OR-JUTZI/HERZOG, N 97.

²³⁶ Erläuternder Bericht 2014, 70; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 99. Siehe zum Nennwert in Fremdwährung unten II.B.3.

²³⁷ Botschaft 2016, 431; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 622 N 13; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 98.

²³⁸ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 622 N 13.

²³⁹ Vgl. GERICKE et al., GesKR 2020, 325; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 13 N 510; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 98 m.w.H.

²⁴⁰ An den Nennwert knüpfen bspw. das Quorum für wichtige Beschlüsse der Generalversammlung (Art. 704 OR), die Ausschüttung von Eigenmitteln an die Aktionäre (Art. 671 Abs. 2 und 3 OR) oder das Finanznotrecht (Art. 725 ff. OR) an.

gestattet. Schliesslich waren die bisherigen Grenzwerte willkürlich und indes-
sen durch politische und namentlich nicht durch juristische Überlegungen mo-
tiviert.

3. *Nennwert in Fremdwährung*

Mit dem neuen Rechnungslegungsrecht, das am 1. Januar 2013 in Kraft getreten
ist, wurde eingeführt, dass Gesellschaften ihre Bücher und (gesetzliche) Jahres-
rechnung statt in Schweizer Franken auch in der für die Geschäftstätigkeit we-
sentlichen Währung führen dürfen (Art. 957a Abs. 4 und Art. 958d Abs. 3 OR).²⁴¹
Seit dem 1. Januar 2023 darf das Aktienkapital der Aktiengesellschaften gem.
Art. 621 Abs. 2 OR auch auf die für die Geschäftstätigkeit wesentliche Wäh-
rung lauten und muss nicht mehr zwingend in Schweizer Franken denominated
sein.²⁴² Das Aktienrecht ist damit im Einklang mit dem Rechnungslegungs-
recht.²⁴³ Der Bundesrat bezeichnet gem. Art. 621 Abs. 2 *in fine* OR die zuläs-
sigen Währungen, was dieser in Anhang 3 der HRegV²⁴⁴ in schlanker Form
getan hat.²⁴⁵

Der Wechsel des Nennwerts des Aktienkapitals auf eine ausländische Währung
untersteht drei kumulativen Voraussetzungen: (i) Die gewählte ausländische
Währung muss für die Geschäftstätigkeit wesentliche ausländische Währung
sein; (ii) das Aktienkapital in ausländischer Währung muss im Zeitpunkt der
Errichtung einen Gegenwert von CHF 100'000 aufweisen und (iii) die Buch-
führung und Rechnungslegung muss in der gleichen ausländischen Währung
erfolgen.²⁴⁶ Die für die Geschäftstätigkeit wesentliche Währung bestimmt sich
nach dem primären wirtschaftlichen Umfeld des Unternehmens.²⁴⁷ Das einge-
brachte Kapital muss umgerechnet zumindest CHF 100'000 betragen,²⁴⁸ womit

²⁴¹ Erläuternder Bericht 2014, 2; Botschaft 2016, 428.

²⁴² BK OR-JUTZI/HERZOG, N 43.

²⁴³ KILCHMANN, 287 f.

²⁴⁴ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, SR 221.411.

²⁴⁵ Zulässig sind: Britische Pfund (GBP), Euro (EUR), US-Dollar (USD) und Yen (JPY).

²⁴⁶ Art. 621 Abs. 2 OR; vgl. Botschaft 2016, 481; BÖCKLI, Aktienrecht § 1 N 146 f.

²⁴⁷ Botschaft 2016, 428; BK OR-JUTZI/HERZOG, N 46 ff. m.w.N.

²⁴⁸ Botschaft 2016, 481; vgl. auch BK OR-JUTZI/HERZOG, N 55; KÄGI URS/STUDER UELI/
TSÜN KELSANG, Aktienkapital und Kapitalschutz bei Bilanzierung in Fremdwährung –
Währung des Aktienkapitals und Auswirkungen des Einzelabschlusses in fremder Prä-
sentationswährung nach der Aktienrechtsrevision, GesKR 2/2021, 163 ff., 178; Bot-
schaft 2007, 1698; vgl. auch KILCHMANN, 288.

die Mindestkapitalvorschriften von Art. 621 OR erfüllt werden.²⁴⁹ Umzurechnen ist mit dem Umrechnungskurs im Errichtungsakt.²⁵⁰

Für den Nennwertwechsel des Aktienkapitals auf eine ausländische Währung sind zwei öffentliche Beurkundungen notwendig.²⁵¹ Einerseits ist der Generalversammlungsbeschluss öffentlich zu beurkunden, in dem die Generalversammlung den Wechsel auf den Beginn des nächsten Geschäftsjahres beschliesst, und andererseits der anschliessende Verwaltungsratsbeschluss, in dem festgestellt wird, dass die Voraussetzungen von Art. 621 Abs. 2 OR erfüllt sind und der angewendete Umrechnungskurs festgehalten wird.²⁵² Der Generalversammlungsbeschluss ist als wichtiger Beschluss mit dem qualifizierten Mehr zu fassen.²⁵³ Wird die Gesellschaft bereits mit Aktienkapital in Fremdwährung gegründet, ist der Umrechnungskurs in der Gründungsurkunde anzugeben.²⁵⁴

Die Angleichung des Aktienrechts an die Bestimmungen des Rechnungslegungsrechts ist zu begrüssen. Die Regelung erlaubt es den Gesellschaften, alle kapitalbezogenen Aspekte in der gleichen Währung festzulegen und ist kohärent. Bedenken, die den Gläubigerschutz zum Gegenstand haben, kann mit der vollen Handelsregistertransparenz begegnet werden, mit der Publizität über Betrag und Währung besteht.²⁵⁵ Schliesslich handelt es sich bei den (wenigen) vom Bundesrat zugelassenen Währungen um verbreitete, für den Wirtschaftsstandort Schweiz relevante und eher stabile Währungen.²⁵⁶

4. *Weitere Präzisierungen und Erleichterungen*

a) *Frist der ordentlichen Kapitalerhöhung*

Die Frist für die Durchführung einer ordentlichen Kapitalerhöhung gem. Art. 650 Abs. 3 OR wurde von drei auf sechs Monate verlängert. Diese

²⁴⁹ SCHWEIGHOFER FLORIAN, Aktienkapital in ausländischer Währung, in: Lucas Forrer/Floris Zuur/Matthias P.A. Müller (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel – Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 329 ff., 337 m.w.H.

²⁵⁰ Die Botschaft ist dazu unklar und es wird einerseits von «Errichtungsakt» und andererseits «Gründungszeitpunkt» gesprochen. Vgl. Botschaft 2016, 480 ff.; siehe eingehend dazu BK OR-JUTZI/HERZOG, N 55 f. m.w.H.

²⁵¹ Art. 621 Abs. 3 Satz 3 OR.

²⁵² Art. 621 Abs. 3 Satz 1 und 2 OR; Vgl. auch Faktenblatt Nr. 1 des Eidgenössischen Amt für das Handelsregister zum Thema: Aktienkapital in Fremdwährung, abgedruckt in REPRAX 4/2022, 151 ff.; GLANZMANN, 757.

²⁵³ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9 OR.

²⁵⁴ Art. 629 Abs. 3 OR.

²⁵⁵ VON DER CRONE/MOHASSEB, 782 f.

²⁵⁶ Vgl. POGGIO, EF 2021, 246.

Verwirkungsfrist ist gemäss neuem Recht mit der Anmeldung beim Handelsregisteramt gewahrt. Unter altem Recht war die Eintragung im Handelsregister fristwährend,²⁵⁷ auf die der Anmeldende keinen Einfluss hat.²⁵⁸ Anmeldungen nach Fristablauf werden vom Handelsregisteramt zurückgewiesen. Die Generalversammlung kann diese Frist in ihrem Beschluss verkürzen, nicht jedoch über sechs Monate verlängern.²⁵⁹ Die längere Frist und die Klarstellung betreffend die Wahrung der Frist mit Anmeldung beim Handelsregisteramt sind positiv zu werten.

b) Schuldeneruf bei der Kapitalherabsetzung

Für die konstitutive Kapitalherabsetzung genügt unter dem neuen Recht ein einmaliger Schuldeneruf (Art. 653k Abs. 1 OR). Ein dreimaliger Schuldeneruf, wie er unter altem Recht vorgesehen war (Art. 733 aOR), ist aufgrund der elektronischen Verfügbarkeit des SHAB nicht mehr notwendig.²⁶⁰ Die Festsetzung des Zeitpunkts untersteht der Verantwortung des Verwaltungsrats.²⁶¹ Die Gläubiger haben sodann 30 Tage ab der Publikation im SHAB Zeit, die Sicherstellung zu verlangen.²⁶² Ausserdem kann dieser Schuldeneruf auch vor der Generalversammlung, und damit auch vor Beschlussfassung durch dieselbe, durchgeführt werden – allerdings «zeitnah zur geplanten GV».²⁶³ Dabei ist unklar, wann von einem zeitnahen Schuldeneruf gesprochen werden kann. Eine Frist, wie lange der Schuldeneruf beim Generalversammlungsbeschluss zurückliegen darf, ist gesetzlich jedoch nicht vorgesehen; immerhin hält die Botschaft fest, dass der Verwaltungsrat eine «zweckmässige Informationsgrundlage» zu gewährleisten hat.²⁶⁴

C. Statutarische Schiedsklausel

Mit Art. 697n OR wurde die umstrittene, vom Bundesgericht unter altem Recht offen gelassene Frage geklärt, ob eine statutarische Schiedsklausel für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zulässig ist.²⁶⁵ Die Statuten können nun vorsehen, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht in der

²⁵⁷ Art. 650 Abs. 3 aOR.

²⁵⁸ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 650 N 17.

²⁵⁹ Botschaft 2016, 497; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 650 N 15 f.

²⁶⁰ Botschaft 2016, 507.

²⁶¹ Botschaft 2016, 507; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 187.

²⁶² Art. 653k Abs. 2 OR.

²⁶³ Botschaft 2016, 507; vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, § 14 N 675.

²⁶⁴ Botschaft 2016, 507.

²⁶⁵ Vgl. BGE 142 III 220, E.3.4; Botschaft 2016, 456; vgl. BUFF/REICHERT, 609 ff.

Schweiz beurteilt werden.²⁶⁶ Die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel ist ein wichtiger Beschluss der Generalversammlung und bedarf eines qualifizierten Mehrs.²⁶⁷

Schiedsfähig sind «gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten»; die Botschaft 2016 definiert diese weit und es sollen insb. die Anfechtungs- und die Nichtigkeitsklage,²⁶⁸ die Auflösungsklage,²⁶⁹ die Klage auf (Nach-)Liberierung des Aktienkapitals,²⁷⁰ die Rückerstattungsklage²⁷¹ und die Haftungs- und Verantwortlichkeitsklage²⁷² erfasst sein. Fraglich ist, ob die im summarischen Verfahren zu beurteilenden Klagen bzw. Gesuche sich für ein Schiedsverfahren eignen. Im Summarverfahren werden unter anderem die Gesuche um Einberufung einer Generalversammlung, die Traktandierung oder Aufnahme eines Antrags in die Einberufung,²⁷³ die Klage auf Auskunft und Einsicht,²⁷⁴ die Sonderuntersuchung,²⁷⁵ sowie die Informationsklage eines Verwaltungsratsmitglieds gestützt auf Art. 715a OR²⁷⁶ behandelt.²⁷⁷ Auch auf vorsorgliche Massnahmen ist das Summarverfahren anwendbar (Art. 248 lit. d ZPO) und damit ist das Gesuch um superprovisorische Massnahme auf Registersperre, das die per 1. Januar 2021 aufgehobene Handelsregistersperre nach Art. 162 f. aHRegV ersetzt,²⁷⁸ ein Summarverfahren.²⁷⁹ Inwieweit die im summarischen Verfahren zu beurteilenden gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten überhaupt unter eine generell gehaltene statutarische Schiedsklausel fallen, wird die Rechtsprechung zeigen müssen. Diese Verfahren sollten auf jeden Fall vom Geltungsbereich der Schiedsklausel ausgeschlossen werden, da schon allein die rechtsstaatlich korrekte Bestellung des Schiedsgerichts der zeitlichen Dringlichkeit dieser Verfahren nicht gerecht wird.²⁸⁰ Subjektiv bindet die Schiedsklausel, sofern statutarisch keine spezifische Regelung vorgesehen ist, die Gesellschaft, ihre

²⁶⁶ Art. 697n Abs. 1 OR.

²⁶⁷ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 12 OR.

²⁶⁸ Art. 706 und 706b OR.

²⁶⁹ Vgl. Art. 736 Ab. 1 Ziff. 4 OR.

²⁷⁰ Vgl. Art. 634b OR.

²⁷¹ Vgl. Art. 678 OR.

²⁷² Art. 752 ff. OR.

²⁷³ Art. 699 Abs. 5 und Art. 699b Abs. 4 OR, Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO.

²⁷⁴ Art. 697b OR, Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO.

²⁷⁵ Art. 697c–697h^{bis} OR, Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO.

²⁷⁶ BGE 144 III 100, E.6.

²⁷⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 342.

²⁷⁸ Siehe zum Ganzen MÜLLER LUKAS/FANCELLI ALINA, Handelsregistersperre nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, REPRAX 1/2021, 1 ff.

²⁷⁹ Für vorsorgliche Massnahmen besteht allerdings gem. Art. 374 Abs. 1 ZPO ein Wahlrecht des Gesuchstellers, sodass auch bei Bestehen einer statutarischen Schiedsklausel i.S.v. Art. 697n OR der Zugang zum staatlichen Gericht intakt bleibt. Vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 348.

²⁸⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 342.

Organe und deren Mitglieder sowie alle Aktionäre.²⁸¹ Art. 697n OR erfasst auch die Aktionäre, die der Schiedsklausel nicht zugestimmt haben.²⁸²

Die statutarische Grundlage ist als bedingt notwendiger Statuteninhalt vorausgesetzt.²⁸³ Notwendiger Inhalt der Schiedsklausel ist einerseits, dass eine Streitigkeit der Streiterledigung durch staatliche Gerichte entzogen sein soll, und andererseits muss die Schiedsklausel die Art der Streitigkeiten, die dem gerichtlichen Verfahren entzogen werden, bezeichnen.²⁸⁴ Diesen Vorgaben kommen die Statuten nach, wenn festgehalten wird, dass «gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten» von einem Schiedsgericht zu beurteilen sind; der subjektive Geltungsbereich gehört hingegen nicht zum notwendigen Statuteninhalt.²⁸⁵ Der Geltungsbereich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts kann in den Statuten eingeschränkt werden. Eine Ausdehnung ist indessen nicht zulässig.²⁸⁶ Die statutarische Einschränkung kann den sachlichen und bzw. oder den subjektiven Geltungsbereich betreffen.²⁸⁷ Bspw. können die Statuten das Schiedsgericht nur für Streitigkeiten zwischen den Organen und der Gesellschaft vorsehen. Da eine statutarische Schiedsklausel *ipso iure* Anwendung findet und insb. auch neue Aktionäre bindet,²⁸⁸ ist im Handelsregistereintrag eine Verweisung aufzunehmen, sofern die Gesellschaft über eine statutarische Schiedsklausel verfügt.²⁸⁹ Mit dem Hinweis im Handelsregister besteht in Bezug auf die Schiedsklausel die positive Publizitätswirkung, d.h. die Kenntnis vom Bestand der Klausel wird fingiert.²⁹⁰

Anwendbar sind gem. Art. 697n Abs. 2 OR die Bestimmungen des 3. Teils der ZPO. Eine Unterstellung des Schiedsverfahrens unter das IPRG i.S.v. Art. 353 Abs. 2 ZPO wird in Art. 697n Abs. 2 OR explizit ausgeschlossen. Damit ist verhindert, dass gem. Art. 192 IPRG auf das Rechtsmittel verzichtet wird und

²⁸¹ Botschaft 2016, 547; VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER, N 147 ff.; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697n N 12; differenzierend zu den Organverhältnissen BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 344.

²⁸² Botschaft 2016, 547; VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER, N 148 und 159; BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 340; a.A. BUFF/REICHART, 610.

²⁸³ VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER, N 70.

²⁸⁴ VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER, N 75.

²⁸⁵ VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER, N 75; vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697n N 15.

²⁸⁶ Botschaft 2016, 547; VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER, N 115 ff. und N 133 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 340 ff.

²⁸⁷ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 347 f.

²⁸⁸ Botschaft 2016, 578.

²⁸⁹ Art. 45 Abs. 1 lit. u HRegV; vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697n N 15. Der Verweis wird unter den «Bemerkungen» aufgenommen.

²⁹⁰ VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER, N 94.

somit ein Rechtsmittel an das Bundesgericht (oder ein ausnahmsweise zuständiges kantonales Gericht²⁹¹) ausgeschlossen wird.²⁹² Die Überprüfungs-möglichkeiten der Rechtsmittelinstanz sind allerdings stark eingeschränkt, und reduzieren sich auf eine gesetzlich eng definierte Willkürkontrolle²⁹³ bzw. auf ein Eingreifen, wenn fundamentale Verfahrensgrundsätze verletzt sind (Art. 393 ZPO).²⁹⁴ Die Statuten können die Einzelheiten des Verfahrens regeln und insb. auch auf eine Schiedsordnung verweisen.²⁹⁵ Ausserdem müssen die Statuten als zwingender Mindestinhalt sicherstellen, dass Personen, die von den Rechtswirkungen des Schiedsspruchs direkt betroffen sein können, über die Einleitung und die Beendigung des Verfahrens informiert werden und sich bei der Bestellung des Schiedsgerichts sowie als Intervenienten am Verfahren beteiligen können.²⁹⁶

Mit der positivrechtlichen Regelung der statutarischen Schiedsklausel wurden einige Fragen beantwortet, jedoch auch neue Probleme geschaffen.²⁹⁷ Die Redaktion der statutarischen Schiedsklausel gestaltet sich anspruchsvoll, erfordert sie doch differenzierte prozessuale und gesellschaftsrechtliche Kenntnisse. In sachlicher Hinsicht ist der Ausschluss von Streitigkeiten, die im summarischen Verfahren geführt werden, zu empfehlen. Auch weitere Ausnahmen aus dem sachlichen Geltungsbereich sind zu prüfen, so bspw. der Ausschluss von Rückerstattungsklagen (Art. 678 OR), da die Schiedsklausel nahestehende Personen i.S.v. Art. 678 Abs. 1 OR nicht erfassen kann und ggf. eine Spaltung der Rechtswege hinzunehmen wäre.²⁹⁸ Auch vorsorgliche Massnahmen sollten vom Geltungsbereich ausgenommen werden, auch wenn Art. 374 Abs. 1 ZPO dem Gesuchsteller die Wahlfreiheit für ein staatliches Verfahren lässt.²⁹⁹ Kritisch zu sehen ist auch die Situation, wenn eine Schiedsklausel nachträglich von einem Mehrheitsaktionär, der über die nötige qualifizierte Mehrheit verfügt, gegen die Minderheitsaktionäre «durchgedrückt» wird. Die überstimmten Minderheitsaktionäre verlieren dadurch die Möglichkeit, an staatliche Gerichte zu gelangen.

²⁹¹ Die Parteien können nach Art. 390 Abs. 1 i.V.m. Art. 356 Abs. 1 ZPO vereinbaren, dass die Rolle der einzigen Beschwerdeinstanz dem vom Kanton bezeichneten kantonalen oberen Gericht zukommt.

²⁹² Botschaft 2016, 548.

²⁹³ Vgl. Art. 393 lit. e ZPO.

²⁹⁴ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 340 m.w.N.

²⁹⁵ Art. 697n Abs. 3 Satz 1 OR; vgl. eingehend VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER, N 170 ff.

²⁹⁶ Art. 697n Abs. 3 Satz 2 OR; eingehend zu den möglichen Anwendungsfällen VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER, N 199 ff.; siehe mit Kritik zu dieser Bestimmung FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697n N 18.

²⁹⁷ VON DER CRONE/ANGSTMANN, SZW 5/2017, 612 f.; VON DER CRONE/MOHASSEB, 786 f.; eingehend BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 339 ff.

²⁹⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 347.

²⁹⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 347.

D. Zwischendividenden

Die Zulässigkeit der Ausrichtung von Zwischendividenden, d.h. eine Dividende aus dem Gewinn des laufenden Geschäftsjahrs, war unter altem Recht umstritten. Insbesondere internationale Investoren, die sich aus ihren eigenen Rechtsordnungen Zwischendividenden gewohnt waren, hatten ein Bedürfnis nach solchen Dividenden.³⁰⁰ Mit Art. 675a OR kann die Generalversammlung Zwischendividenden gestützt auf einen Zwischenabschluss beschliessen. Die im Entwurf vorgesehene statutarische Grundlage wurde durch das Parlament gestrichen,³⁰¹ entsprechend ist nur einer von der Revisionsstelle geprüfter Zwischenabschluss vorausgesetzt.³⁰² Die Prüfung entfällt, wenn die Gesellschaft von einem *Opting-out* i.S.v. Art. 727a Abs. 2 OR Gebrauch gemacht hat³⁰³ oder falls sämtliche Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen und die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden.³⁰⁴ Dass die Forderungen der Gläubiger durch die Zwischendividende nicht gefährdet werden dürfen, ist eine Selbstverständlichkeit und die explizite Nennung im Gesetz kann als Erinnerung des Verwaltungsrats an seine Pflichten verstanden werden.³⁰⁵ Für die Ausschüttung der Zwischendividende sind die Bestimmungen für Dividenden zu beachten.³⁰⁶ Ausserdem weist Art. 675a Abs. 3 OR explizit auf die Anwendbarkeit von Art. 731 OR hin, sodass eine Zwischendividende, die mit fehlendem Revisionsbericht ausgeschüttet wird, nichtig ist.³⁰⁷ Diesfalls ist die Zwischendividende aufgrund eines Nicht-Beschlusses ausbezahlt worden und die Aktionäre haben sich daher ungerechtfertigt bereichert.³⁰⁸ Die Dividende ist, sofern die Aktionäre nicht gutgläubig waren, zurückzuerstatten (Art. 678 Abs. 1 OR);³⁰⁹ da bei gebührender Sorgfalt das Fehlen des Revisionsberichts für die Aktionäre erkennbar ist (Art. 3 Abs. 1 ZGB³¹⁰), kann wohl meist von Bösgläubigkeit ausgegangen werden.³¹¹

Mit der Schaffung der Zwischendividende befriedigt der Bundesrat ein Bedürfnis der Praxis. Insbesondere werden damit internationale Investoren, die sich

³⁰⁰ Botschaft 2016, 526.

³⁰¹ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 675a N 4.

³⁰² Art. 675a Abs. 2 Satz 1 OR.

³⁰³ Art. 675a Abs. 2 Satz 2 OR.

³⁰⁴ Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR.

³⁰⁵ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 675a N 11; GLANZMANN, 764 f.

³⁰⁶ Art. 675a Abs. 3 OR.

³⁰⁷ Art. 731 Abs. 3 OR; Botschaft 2016, 526 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 675a N 10.

³⁰⁸ ZK OR-EBERLE/LENGNAUER, Art. 731 N 106 ff.

³⁰⁹ ZK OR-EBERLE/LENGNAUER, Art. 731 N 109; BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 18.

³¹⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

³¹¹ Vgl. ZK OR-EBERLE/LENGNAUER, Art. 731 N 110.

aufgrund ihrer Herkunft Quartalsdividenden gewohnt sind, angesprochen.³¹² Die Gläubigerinteressen werden durch die Prüfung des Zwischenabschlusses ausreichend gewahrt, daher ist der mit der Aktienrechtsrevision neu eingeführten Zwischendividende u.E. nichts entgegenzuhalten.

E. Änderungen für die Generalversammlung

1. Erweiterte Kompetenzen

Die Kompetenzen der Generalversammlung wurden mit der Aktienrechtsreform punktuell erweitert. Zu nennen sind insbesondere die Kompetenz zur Beschlussfassung über eine Erhebung von Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklagen (Art. 678 Abs. 5 und Art. 756 Abs. 2 OR),³¹³ die Beschlussfassung zur Festsetzung der Zwischendividende und die Genehmigung des dafür erforderlichen Zwischenabschlusses (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR),³¹⁴ die Kompetenz, eine allenfalls an die Stelle der Dividendenausschüttung tretende Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve zu beschliessen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR)³¹⁵ und die Kompetenz, die Dekotierung der Beteiligungspapiere zu beschliessen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 8).³¹⁶ Warum die Dekotierung unter Abs. 2 und nicht unter Abs. 3 von Art. 698 OR gefasst wurde, zumal für eine Dekotierung die Aktien der Gesellschaft an einer Börse kotiert sein müssen, ist wohl damit zu begründen, dass der Abs. 3 aus der VegüV übernommen wurde.

Für Generalversammlungen kotierter Gesellschaften erweiterten sich die gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen zudem im Rahmen der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV. Diese Kompetenzen haben die Generalversammlungen allerdings bereits mit Erlass der VegüV erhalten, sind nun aber auf Gesetzesstufe angehoben worden.

³¹² Botschaft 2016, 526.

³¹³ Botschaft 2016, 530; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 678 N 19 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 756 N 4 f.

³¹⁴ Siehe ausführlich zu der Zwischendividende oben, II.D.

³¹⁵ Diese Anpassung geht auf die Unternehmenssteuerreform II zurück, vgl. Botschaft 2016, 548.

³¹⁶ Botschaft 2016, 548 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 698 N 13; vgl. BÖCKLI, GesKR 2017, 147 f.

2. Generalversammlung Einberufung und Traktandierung

a) Einberufung und Traktandierung

Die Kompetenz zur Einberufung der Generalversammlung verblieb unverändert.³¹⁷ Zur Einberufung kompetent sind der Verwaltungsrat, nötigenfalls die Revisionsstelle sowie Aktionäre, die über die nötigen Stimmen bzw. Nennwerte verfügen.³¹⁸ Angepasst wurden dagegen die Schwellenwerte, welche die Aktionäre zur Einberufung der Generalversammlung ermächtigen. Insbesondere wird neu zwischen kotierten Gesellschaften und nicht kotierten Gesellschaften unterschieden. Für die Geltendmachung des Einberufungsrechts bedarf es für kotierte Gesellschaften mindestens 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen,³¹⁹ für nicht kotierte Gesellschaften hingegen mindestens 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen.³²⁰

Die Einberufung der Generalversammlung kann unter dem neuen wie unter dem alten Recht elektronisch erfolgen, sofern die Statuten dies vorsehen (Art. 626 Ziff. 7 OR).³²¹ Es ist neu auch möglich, den Geschäfts- und Revisionsbericht in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.³²² Wird elektronisch zugestellt, entfällt die Auflage am Geschäftssitz der Gesellschaft. Die Art der Zustellung ergibt sich aus den Statuten (Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 OR).³²³

Der Mindestinhalt der Einberufung, die wie bisher mindestens 20 Tage vor der Generalversammlung zu erfolgen hat,³²⁴ ist in Art. 700 Abs. 2 OR vorgegeben. Bekanntzugeben sind: das Datum, der Beginn, die Art und der Ort der Generalversammlung (Ziff. 1);³²⁵ die Verhandlungsgegenstände (Ziff. 2); die Anträge des Verwaltungsrats und bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, eine kurze Begründung dieser Anträge (Ziff. 3); gegebenenfalls

³¹⁷ Art. 699 Abs. 1 OR; siehe Botschaft 2016, 549; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 699 N 8.

³¹⁸ Art. 699 Abs. 1 und 3 OR.

³¹⁹ Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1 OR.

³²⁰ Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 OR.

³²¹ Vgl. Art. 700 Abs. 1 aOR. REISER, GesKR 2020, 232; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 626 N 13 f.; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 700 N 9.

³²² Art. 699a Abs. 1 OR.

³²³ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 699a N 7.

³²⁴ Art. 700 Abs. 1 OR.

³²⁵ Aus den Angaben zur Art und zum Ort der Generalversammlung ist erkennbar, ob eine ordentliche oder ausserordentliche Generalversammlung stattfindet, ob ein oder ggf. mehrere Tagungsorte bestehen, wo sich diese befinden und insb., ob diese im Ausland liegen, ob elektronische Mittel eingesetzt werden oder eine rein virtuelle Generalversammlung vorgesehen ist. Botschaft 2016, 553; siehe für den Tagungsort unten, II.E.2.b) und für die virtuelle bzw. hybride Generalversammlung unten, II.E.3.b) und II.E.3.c).

die Anträge der Aktionäre samt kurzer Begründung (Ziff. 4); und gegebenenfalls der Name und die Adresse des unabhängigen Stimmrechtsvertreters (Ziff. 5).

Das Traktandierungs- bzw. Antragsrecht ist neu in Art. 699b OR in einem eigenen Artikel geregelt.³²⁶ Berechtigt zur Traktandierung sind bei kotierten Gesellschaften Aktionäre, die über 0,5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügen,³²⁷ und bei nicht kotierten Gesellschaften Aktionäre, die über 5 % der Stimmen oder des Aktienkapitals verfügen.³²⁸ Das Antragsrecht untersteht denselben Voraussetzungen.³²⁹ Die Quoren sind zu Recht tiefer angesetzt als die für eine Einberufung der Generalversammlung, da die Umsetzung eines Traktandierungsbegehrens an einer ohnehin stattfindenden Generalversammlung für den Verwaltungsrat mit deutlich geringerem Aufwand verbunden ist als die Einberufung einer Generalversammlung.³³⁰ Statutarisch dürfen tiefere Quoren vorgesehen werden, nicht jedoch höhere.³³¹

b) Tagungsort(e)

aa) Festlegung des Tagungsorts durch den Verwaltungsrat

Mit den Bestimmungen von Art. 701a ff. OR wurden neu Bestimmungen zum Tagungsort der Generalversammlung ins OR aufgenommen. Sofern die Statuten nichts vorsehen, bestimmt gem. Art. 701a Abs. 1 OR der Verwaltungsrat den Tagungsort.³³² Der Verwaltungsrat ist in der Festsetzung des Tagungsorts in seinem Ermessen grundsätzlich frei. Er darf aber durch die Festlegung des Tagungsortes die Ausübung der Aktionärsrechte im Zusammenhang mit der Generalversammlung nicht in unsachlicher Weise erschweren (Art. 700a Abs. 2 OR). Zudem ist er bei der Festlegung an das Gleichbehandlungs- und Sachlichkeitsgebot gebunden.³³³ Unsachlich ist der Tagungsort gem. Botschaft bspw. dann, wenn der Verwaltungsrat ihn so festlegt, dass ein wesentlicher Teil der Aktionäre oder ggf. ein wesentlicher Aktionär von vornherein an der Teilnahme gehindert wird.³³⁴ Ist der Tagungsort unsachlich gewählt, führt dies zur

³²⁶ Altrechtlich waren Traktandierungs- und Einberufungsrecht zusammen in Art. 699 Abs. 3 aOR geregelt.

³²⁷ Art. 699b Abs. 1 Ziff. 1 OR.

³²⁸ Art. 699b Abs. 1 Ziff. 2 OR.

³²⁹ Art. 699b Abs. 2 OR.

³³⁰ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 699b N 8.

³³¹ Botschaft 2016, 552; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 699b N 9.

³³² VON DER CRONE/BERNET, 260.

³³³ VON DER CRONE/BERNET, 260; MÜLLER/AKERET, 9; OESCH, 166 f.; vgl. KUNZ FS Verband Solothurnischer Notare, 160 f.

³³⁴ Botschaft 2016, 557.

Anfechtbarkeit der an dieser Generalversammlung gefassten Beschlüsse.³³⁵ Nach gewissen Autoren sollen die Massstäbe der Sachlichkeit jedoch erfüllt sein, wenn dem verhinderten Aktionär eine «gleichwertige» Alternative zur physischen Teilnahme, bspw. durch eine Teilnahmemöglichkeit via elektronischer Mittel, zur Verfügung gestellt wird.³³⁶ Dies dürfte u.E. wohl nur auf Tagungsorte anwendbar sein, die im Ausland liegen oder ungewöhnlich weit vom Sitz der Gesellschaft entfernt sind,³³⁷ ansonsten wäre jede Gesellschaft, die über ausländische Aktionäre verfügt, stets zu einer hybriden Generalversammlung gezwungen.

bb) Ausländischer Tagungsort

Sofern eine statutarische Grundlage besteht, kann der Tagungsort der Generalversammlung auch im Ausland liegen.³³⁸ Die Einführung einer Statutenbestimmung, die einen ausländischen Tagungsort erlaubt, bedarf als wichtiger Beschluss der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der Mehrheit der vertretenen Aktienwerte.³³⁹ Unter altem Recht war die Durchführung der Generalversammlung im Ausland gem. h.L. nur unter der Voraussetzung von sachlichen Gründen zulässig,³⁴⁰ diese Voraussetzung gilt unter dem revidierten Recht nicht mehr.

Mit der Einberufung ist ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen,³⁴¹ auf diesen können jedoch Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, mit Zustimmung aller Aktionäre verzichten.³⁴² Werden die Modalitäten betreffend das Einholen der Zustimmung der Aktionäre nicht in den Statuten geregelt, so werden sie durch den Verwaltungsrat festgelegt.³⁴³

Die Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen von Generalversammlungen mit Tagungsort im Ausland können aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht von einem schweizerischen Notar vorgenommen werden.³⁴⁴ Demgemäss unterliegt die Beurkundung der Beschlüsse, die einer Beurkundung

³³⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 58; VON DER CRONE/BERNET, 261; vgl. auch LAMBERT, 42, der (unter altem Recht) Nichtigkeit annimmt.

³³⁶ VON DER CRONE/BERNET, 260; MÜLLER/AKERET, 9.

³³⁷ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 58, der das Bsp. einer Genfer Gesellschaft, die ihre Generalversammlung im Bündner Puschlav durchführt, bemüht.

³³⁸ Art. 701b Abs. 1 OR.

³³⁹ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 11 OR.

³⁴⁰ FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 23 N 84; MÜLLER/AKERET, 9; VON DER CRONE/MOHASSEB, 785 f.

³⁴¹ Art. 701b Abs. 1 OR.

³⁴² Art. 701b Abs. 2 OR.

³⁴³ Botschaft 2016, 556.

³⁴⁴ VON DER CRONE/BERNET, 263.

benötigen, dem Recht des Tagungsorts und muss von einer Urkundsperson des ausländischen Tagungsorts vorgenommen werden.³⁴⁵ Hier sind die Voraussetzungen zur Anerkennung der ausländischen Beurkundung nach Art. 25 HRegV zu beachten.³⁴⁶

Bei der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen bei einer Generalversammlung mit Tagungsort im Ausland ist wie folgt zu differenzieren: Nach Art. 22 Ziff. 2 LugÜ sind *«für Klagen, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder juristischen Person oder die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben, die Gerichte des durch [das LugÜ] gebundenen Staates, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft oder juristische Person ihren Sitz hat [zuständig]. Bei der Entscheidung darüber, wo der Sitz sich befindet, wendet das Gericht die Vorschriften seines Internationalen Privatrechts an»*.³⁴⁷ Die autonome Sitzdefinition von Art. 60 LugÜ ist daher nicht einschlägig.³⁴⁸ Die Begründung eines ausländischen Gerichtsstandes wäre denkbar, wenn das ausländische Recht den Sitz der Gesellschaft nach der Theorie der tatsächlichen Verwaltung bestimmt und aus dem ausländischen Tagungsort ein Sitz abgeleitet wird.³⁴⁹ Auch für einstweilige Massnahmen können gem. Art. 31 LugÜ Gerichte am ausländischen Tagungsort zuständig sein, sofern der Tagungsort in einem Vertragsstaat des LugÜ liegt.³⁵⁰ Befindet sich der Tagungsort nicht in einem Vertragsstaat des LugÜ, kann sich eine Zuständigkeit ausserhalb der Schweiz aus dem IZPR der Tagungsortes ergeben.³⁵¹

³⁴⁵ MÜLLER/AKERET, 10.

³⁴⁶ Botschaft 2016, 557. Nach Art. 25 Abs. 1 HRegV müssen im Ausland errichtete öffentliche Urkunden und Beglaubigungen mit einer Bescheinigung der am Errichtungsort zuständigen Behörde versehen sein, die bestätigt, dass sie von der zuständigen Urkundsperson errichtet worden sind. Unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen von Staatsverträgen ist zudem eine Beglaubigung der ausländischen Regierung und der zuständigen diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz beizufügen. Zudem ist gem. Art. 25 Abs. 2 HRegV zu beachten, dass wenn nach schweizerischem Recht eine öffentliche Urkunde erstellt und als Beleg beim Handelsregisteramt eingereicht werden muss, das Handelsregisteramt den Nachweis verlangen kann, dass das ausländische Beurkundungsverfahren dem öffentlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz gleichwertig ist. Es kann dazu ein Gutachten verlangen und den Gutachter bezeichnen.

³⁴⁷ Vgl. auch BSK LugÜ-GÜNGERICH, Art. 22 N 4.

³⁴⁸ BSK LugÜ-GÜNGERICH, Art. 22 N 45.

³⁴⁹ VON DER CRONE/BERNET, 263.

³⁵⁰ VON DER CRONE/BERNET, 264; vgl. BSK LugÜ-DALLAFIOR/HONEGGER, Art. 3 N 11; BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 125.

³⁵¹ LAMBERT, 44 f.

cc) Mehrere Tagungsorte zugleich

Die Zulässigkeit von multilokalen Generalversammlungen ist neu explizit in Art. 701a Abs. 3 OR festgehalten.³⁵² Zulässig ist eine Generalversammlung an mehreren Tagungsorten im In- und/oder Ausland.³⁵³ Die Voten müssen in Bild und Ton an sämtliche Tagungsorte übertragen werden,³⁵⁴ womit das Unmittelbarkeitsprinzip gewahrt ist.³⁵⁵ Die Übertragung muss wechselseitig sein, ansonsten sind die Voraussetzungen von Art. 701b Abs. 3 Satz 2 OR nicht erfüllt.³⁵⁶ Die Aktionäre sind folglich physisch präsent, haben allerdings die Wahl, an welchem Tagungsort sie teilnehmen.³⁵⁷ Formell liegt trotz der Mehrzahl von Tagungsorten eine Generalversammlung gem. schweizerischem Aktienrecht vor.³⁵⁸

Sofern mindestens ein Tagungsort in der Schweiz liegt, handelt es sich nicht um eine Generalversammlung mit ausländischem Tagungsort i.S.v. Art. 701b Abs. 1 OR.³⁵⁹ Eine statutarische Grundlage ist daher nur erforderlich, wenn eine multilokale Generalversammlung ohne schweizerischen Tagungsort stattfinden soll.³⁶⁰ Im Falle von technischen Problemen muss die Generalversammlung ggf. wiederholt werden (Art. 701f OR)³⁶¹ bzw., falls Mitwirkungsrechte nicht gewährleistet sind, können Entscheide nach Art. 691 Abs. 3 OR anfechtbar werden.³⁶²

Die Beurkundung der Beschlüsse der multilokalen Generalversammlung, die beurkundungspflichtig sind, ist durch eine örtlich zuständige Urkundsperson (Notar) an einem der Tagungsorte vorzunehmen.³⁶³ Entscheidet sich die Gesellschaft an einem ausländischen Tagungsort die Beurkundung vorzunehmen, gilt das zur Beurkundung einer ausländischen Generalversammlung Gesagte

³⁵² Auch unter dem alten Recht erachtete die h.L. multilokale Generalversammlungen für zulässig. Siehe MÜLLER/AKERET, 11 m.w.N.

³⁵³ Botschaft 2016, 556.

³⁵⁴ Art. 701a Abs. 3 Satz 2 OR.

³⁵⁵ REISER, GesKR 2020, 233.

³⁵⁶ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1030 m.w.N.

³⁵⁷ VON DER CRONE/GROB, 6.

³⁵⁸ Botschaft 2016, 556.

³⁵⁹ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1030. Siehe zu ausländischen Tagungsort oben, II.E.2.b).bb).

³⁶⁰ Botschaft 2016, 556.

³⁶¹ Siehe dazu unten, II.E.3.e).

³⁶² VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1032 mit Verweis auf BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 13, der die Generalversammlung an mehreren Tagungsorten als eine «*Schönwetter-Institution*» bezeichnet.

³⁶³ VON DER CRONE/BERNET, 265. Der Beurkundungsort kann auch im Ausland liegen (siehe dazu oben, II.E.2.b).bb)). Naheliegender ist allerdings, dass aus Praktikabilitätsgründen, sofern ein schweizerischer Tagungsort gegeben ist, an diesem die Beurkundung vorgenommen wird. Vgl. auch VON DER CRONE/GROB, 266; VON DER CRONE, Aktienrecht, Fn. 581 (S. 476); MÜLLER/KAISER/BENZ, REPRAX 2020 Teil 2, 249.

mutatis mutandis,³⁶⁴ und das ausländische Beurkundungsrecht muss nach dem Grundsatz *locus regit actum* die Beurkundung eines multilokal gefassten Beschlusses zulassen.³⁶⁵ Wiederum wären für die Anerkennung die Vorgaben von Art. 25 HRegV zu beachten.³⁶⁶ Wird die Beurkundung an einem schweizerischen Tagungsort durchgeführt, sind die Mindestanforderungen an die öffentliche Urkunde bundesrechtlich vorgegeben. Das kantonale Recht bestimmt dagegen die verfahrensrechtliche Frage, wie eine öffentliche Urkunde entsteht (Art. 55 SchIT ZGB).³⁶⁷ Es wird unterschieden zwischen Sach- und Willensbeurkundungen.³⁶⁸ Für die Willensbeurkundung ermittelt der Notar den tatsächlichen Willen der auftretenden Person(en) und fasst die Urkunde nach demselben.³⁶⁹ Bei der Sachbeurkundung erstellt der Notar eine Urkunde über tatsächliche Verhältnisse und Vorgänge, wie insb. über Rechtsverhältnisse, bestimmte Rechtsbeziehungen oder den Inhalt von Gesetzesvorschriften.³⁷⁰ Während das kantonale Recht für Willensbeurkundungen die Beurkundung unter Abwesenden verbieten kann, sind für die Sachbeurkundung dafür keine sachlichen Gründe erkennbar.³⁷¹ Die Beurkundung der Gründung der Aktiengesellschaft – wie auch der GmbH oder der Genossenschaft – erfolgt als Willensbeurkundung.³⁷² Bei den zu beurkundenden Beschlüssen der Generalversammlung handelt es sich i.d.R. um einen tatsächlichen Vorgang und daher um Sachbeurkundungen, bei denen der Notar den zu beurkundenden tatsächlichen Vorgang wahrnehmen können muss.³⁷³ Die Vorgänge am Tagungsort, an dem

³⁶⁴ Siehe dazu oben, II.E.2.b).bb).

³⁶⁵ Vgl. OESCH, 168.

³⁶⁶ Vgl. oben Fn. 346.

³⁶⁷ BRÜCKNER, N 5 ff.; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchIT N 4; MÜLLER/KAISER/BENZ, REPRAX 2020 Teil 1, 225 f.

³⁶⁸ Botschaft 2016, 559; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1067; VOSER, 118 f.; RUF, N 475 und 478; MÜLLER/KAISER/BENZ, REPRAX 2020 Teil 1, 230; vgl. auch BRÜCKNER, N 49 ff., der noch weiter differenziert.

³⁶⁹ VOSER, 118 m.w.H.

³⁷⁰ VOSER, 118 m.w.H.; vgl. bspw. Art. 51 ff. und insb. Art. 54 Notariatsverordnung (NV; Bern) vom 26. April 2006, BSG 169.112. Diese sieht in Art. 54 Abs. 1 lit. a NV vor, dass der Notar den Ort, an dem er an der Versammlung teilgenommen hat, in die Urkunde aufnimmt, u.E. genügt allerdings, dass der Notar hier festhält, dass die Generalversammlung virtuell bzw. hybrid stattgefunden hat und von wo aus er an der virtuellen Generalversammlung teilgenommen hat.

³⁷¹ Botschaft 2016, 559.

³⁷² VOSER, 118; MÜLLER/KAISER/BENZ, REPRAX 2020 Teil 1, 230 f.

³⁷³ Botschaft 2016, 559; vgl. bspw. Art. 51 ff. und insb. Art. 54 NV (Bern); siehe auch VOSER, 118 f. m.w.H.; THEILER, 81 ff.; VON DER CRONE/GROB, 8. Allerdings noch a.A. Botschaft 2007, 1681 f. m.H.a. BRÜCKNER, N 2047 ff. und RUF, N 1477 ff., wobei RUF sich auf Willensbeurkundungen bezieht – vgl. dagegen RUF, N 1504, der festhält, dass sich für Sachbeurkundungen die Rechtslage unterscheidet und in N 1502 die Beurkundung eines Versammlungsablaufs explizit als Sachbeurkundung bezeichnet. Kapitalerhöhungen können auch als Willensbeurkundungen vorgenommen werden (vgl. MUSA), dies wird in der Praxis allerdings nie so gemacht.

die Urkundsperson tatsächlich physisch anwesend ist, können durch sie unmittelbar wahrgenommen werden. Die Vorgänge an den weiteren Tagungsorten hat die Urkundsperson durch eine Vergewisserung der korrekten Übermittlung von Bild, Ton sowie Abstimmungsergebnissen vorzunehmen.³⁷⁴

Befinden sich alle Tagungsorte in der Schweiz, wird kein zusätzlicher Gerichtsstand geschaffen. Zuständig für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen ist das Gericht am Sitz der Gesellschaft (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO).³⁷⁵ Für vorsorgliche Massnahmen entstehen neue, alternativ zwingende Gerichtsstände, sofern die Massnahme an diesem Ort vollstreckt werden soll (Art. 13 lit. b ZPO).³⁷⁶ Liegt ein Tagungsort im Ausland, besteht wie bei der ausschliesslich im Ausland durchgeführten Generalversammlung die Gefahr, dass dadurch eine gerichtliche Zuständigkeit im Ausland geschaffen wird.³⁷⁷

3. Digitalisierung der Generalversammlung

a) Digitale Unmittelbarkeit

Für die Beratung und Entscheidungsfindung an der Generalversammlung geht das schweizerische Aktienrecht vom Grundsatz der Unmittelbarkeit aus. Demnach ist die Generalversammlung nicht nur ein Ort der formellen, sondern auch der materiellen Entscheidungsfindung, und zwar insofern, dass die Aktionäre an der Generalversammlung Voten abgeben, Anträge stellen und Auskünfte verlangen können.³⁷⁸ Das alte Recht sah grundsätzlich die physische Präsenz der Aktionäre bzw. ihrer Vertreter vor.³⁷⁹ Allerdings wurde das Unmittelbarkeitsprinzip zumindest für Publikumsgesellschaften durch die Stimmüberlegenheit der Stimmrechtsvertreter stark relativiert.³⁸⁰ Mit der Remote-Teilnahme und der virtuellen Generalversammlung hat der Gesetzgeber die Gelegenheit genutzt, um die physische durch eine digitale Unmittelbarkeit zu ersetzen bzw. zu ergänzen.³⁸¹ Damit wird einer unmittelbaren und interaktiven Entscheidungsfindung im Rahmen der technischen Möglichkeiten Rechnung getragen.³⁸² Massstab für

³⁷⁴ VON DER CRONE/BERNET, 265 f. m.w.N.; vgl. THEILER, 83.

³⁷⁵ ZK OR-TANNER, Art. 706 N 188; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1205.

³⁷⁶ VON DER CRONE/BERNET, 266; vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BERTI, Art. 13 N 12.

³⁷⁷ Siehe dazu oben, II.E.2.b)bb).

³⁷⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 531; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1047.

³⁷⁹ REISER, SZW 2022, 403 m.w.N.

³⁸⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 532; so auch VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1047; REISER, SZW 2022, 403.

³⁸¹ VON DER CRONE/MOHASSEB, 781 ff.; VON DER CRONE/BERNET, 266; REISER, GesKR 2020, 233.

³⁸² REISER, SZW 2022, 403.

die digitale Teilnahme bzw. Durchführung ist die funktionale Äquivalenz, d.h. die digitale Teilnahme muss in ihren Aspekten der physischen Teilnahme gleichwertig sein.³⁸³ Entsprechend sieht der Gesetzgeber auch Voraussetzungen für die digitale Teilnahme vor (Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1–4 OR).³⁸⁴

b) Hybride Generalversammlung

Nach dem neuen Recht kann der Verwaltungsrat gem. Art. 701c OR eine hybride Generalversammlung vorsehen.³⁸⁵ Es handelt sich bei der hybriden Generalversammlung um eine Mischform der Präsenzgeneralversammlung und einer virtuellen Generalversammlung.³⁸⁶ Eine hybride Generalversammlung liegt demzufolge vor, wenn zwar ein Tagungsort vorhanden ist, den Aktionären jedoch ohne physische Anwesenheit die Möglichkeit gegeben wird, ihre Rechte auf elektronischem Weg auszuüben.³⁸⁷ Die Aktionäre, die nicht physisch am Tagungsort sind, üben ihr Stimmrecht direkt elektronisch aus (*direct voting*).³⁸⁸ Die Aktionäre nehmen an der Versammlung interaktiv über das Internet teil, mit Echtzeitübertragung können sie ihre Stimme abgeben, Anträge stellen und Voten abgeben. Indessen besteht allerdings im Unterschied zur multilokalen Generalversammlung kein Anspruch darauf, dass auch das Bild übertragen wird.³⁸⁹ Eine statutarische Grundlage ist für eine hybride Generalversammlung nicht erforderlich, jedoch kann in den Statuten eine Klausel vorgesehen werden, die den Verwaltungsrat zur Durchführung einer hybriden Generalversammlung verpflichtet.³⁹⁰

Die Aktionäre haben bei der hybriden Generalversammlung die Wahl zwischen der physischen und digitalen Teilnahme.³⁹¹ Wählen alle teilnehmenden Aktionäre die digitale Teilnahme, handelt es sich gleichwohl um eine Generalversammlung, die den Regeln der hybriden Generalversammlung unterliegt – insbesondere wird im Unterschied zur virtuellen Generalversammlung keine statutarische Grundlage verlangt.³⁹²

³⁸³ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1047; REISER, SZW 2022, 403.

³⁸⁴ Siehe dazu eingehend unten, II.E.3.d).

³⁸⁵ Auch unter altem Recht bejahte die Lehre unter gewissen Voraussetzungen die Zulässigkeit einer hybriden Generalversammlung. Vgl. dazu VON DER CRONE, FS Forstmoser, 159 ff.; REISER, GesKR 2020, 231; REISER, SZW 2022, 406; VON DER CRONE/GROB, 7 alle m.w.N.

³⁸⁶ VON DER CRONE/GROB, 7.

³⁸⁷ Art. 701c OR.

³⁸⁸ Botschaft 2016, 558; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701c N 7 m.w.H.

³⁸⁹ Botschaft 2016, 559; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 121; VON DER CRONE/BERNET, 267.

³⁹⁰ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701c N 6.

³⁹¹ VON DER CRONE, FS Forstmoser, 166.

³⁹² VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1053; REISER, SZW 2022, 406.

Es stellt sich schliesslich die Frage, ob eine Beschränkung der elektronischen Ausübung der Aktionärsrechte auf bestimmte Aktionärsgruppen zulässig ist.³⁹³ Bspw., dass die Gesellschaft nur einer gewissen Aktionärsgruppe, bspw. Stimmrechtsaktionären oder Aktionären, deren Stimmkraft über einer bestimmten Schwelle liegt, die elektronische Ausübung der Aktionärsrechte erlaubt. Das kann insb. bei grossen Publikumsgesellschaften aufgrund organisatorischer Herausforderungen notwendig sein,³⁹⁴ zu denken ist etwa an eine Publikumsgesellschaft, die über eine grosse Anzahl von Aktionären verfügt und aufgrund der technischen Gegebenheiten nur gewissen Aktionären eine elektronische Teilhabe ermöglichen kann. Das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung nach Art. 689 Abs. 1 OR ist ein gesetzlich zwingendes Aktionärsrecht und unter Berücksichtigung des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebots sind Einschränkungen des Teilnahmerechts nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.³⁹⁵ Eine Beschränkung der elektronischen Teilnahme aufgrund uneinheitlicher und unsachlicher Kriterien ist daher unzulässig.^{396,397} Will der Verwaltungsrat die Möglichkeit der elektronischen Teilnahme auf gewisse Aktionäre beschränken, hat er dies entsprechend zu begründen und mit sachlichen Argumenten zu unterlegen.

c) Virtuelle Generalversammlung

Die virtuelle Generalversammlung ist eine Generalversammlung mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort.³⁹⁸ Vorausgesetzt ist eine statutarische Grundlage und die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters,³⁹⁹ wobei nichtkотиerte Gesellschaften statutarisch auf einen Stimmrechtsvertreter verzichten können.⁴⁰⁰ Der Verwaltungsrat ist u.E. frei, gleichwohl einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen, wenn er dies für die Durchführung als notwendig erachtet.

³⁹³ REISER, SZW 2022, 406; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701d N 9.

³⁹⁴ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701c N 9.

³⁹⁵ REISER, SZW 2022, 406. Bestehen mehrere «vernünftige Mittel» um ein «legitimes Gesellschaftsziel» zu erreichen, muss dasjenige gewählt werden, das die Aktionärsrechte am wenigsten beeinträchtigt bzw. den Gleichbehandlungsgrundsatz am besten berücksichtigt. Vgl. BSK OR II-WATTER/PELLANDA, Art. 717 N 23.

³⁹⁶ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701c N 9.

³⁹⁷ Für die Zulässigkeit einer Beschränkung FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701c N 9; gegen die Zulässigkeit REISER, SZW 2022, 406.

³⁹⁸ Art. 701d Abs. 1 I. Halbsatz OR.

³⁹⁹ Art. 701d Abs. 1 2. Halbsatz OR.

⁴⁰⁰ Art. 701d Abs. 2 OR.

Für die Aufnahme der Statutenbestimmung, die eine virtuelle Generalversammlung erlaubt, ist kein spezielles Quorum verlangt.⁴⁰¹ Wird auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet, ist das qualifizierte Quorum⁴⁰² erforderlich (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 OR).⁴⁰³ Eine Übertragung des Bildes, wie bei der multilokalen Generalversammlung, ist bei der virtuellen Generalversammlung gem. Art. 701a Abs. 3 OR nicht erforderlich.⁴⁰⁴ Erlaubt ist die virtuelle Generalversammlung daher auch als Telefonkonferenz.⁴⁰⁵ Ansonsten gelten auch für die virtuelle Generalversammlung sämtliche Vorschriften, die auch im Zusammenhang mit der Durchführung einer regulären Generalversammlung zur Anwendung kommen.⁴⁰⁶

Grundsätzlich können in virtuellen Generalversammlungen auch Beschlüsse gefällt werden, die öffentlich beurkundet werden müssen,⁴⁰⁷ solange es sich um Sachbeurkundungen handelt,⁴⁰⁸ was für Versammlungsbeschlüsse der Generalversammlung i.d.R. der Fall ist.⁴⁰⁹ Wie bei der Beurkundung von multilokalen Generalversammlungen muss sich der Notar in zweckmässiger Weise über die Funktionstüchtigkeit der technischen Hilfsmittel überzeugen, wobei auf fachkundige Dritte, wie (unabhängige) technische Experten, abgestellt werden darf.⁴¹⁰ Für die Beurkundung an sich hat der Notar die Vorgänge an der Generalversammlung und die Feststellungen des Vorsitzenden persönlich und ohne wesentliche Unterbrechung wahrzunehmen.⁴¹¹ Die örtliche Zuständigkeit

⁴⁰¹ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701c N 10, sofern statutarisch keine Besonderheiten vorgesehen sind, richtet sich die Beschlussfassung nach Art. 703 Abs. 1 OR.

⁴⁰² Zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte.

⁴⁰³ Dabei war im Entwurf noch vorgesehen, dass alle Aktionäre zustimmen müssen. Krit. dazu FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701d N 11, die darauf hinweisen, dass so nicht gewährleistet ist, dass Minderheiten geschützt sind.

⁴⁰⁴ MÜLLER/AKERET, 15; HÄUSERMANN, 307.

⁴⁰⁵ Botschaft, 559; HÄUSERMANN, 307; MÜLLER/AKERET, 15; REISER, GesKR 2020, 238; VISCHER, SZW 2022, 417; vgl. auch VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1064, der auch eine Applikation mit Spracherkennung und Audio-Text-Übertragung für gesetzeskonform hält und möglicherweise selbst eine reine Text-Übertragung.

⁴⁰⁶ VON DER CRONE/GROB, 8.

⁴⁰⁷ Botschaft 2016, 559.

⁴⁰⁸ Siehe zu Sach- und Willensbeurkundungen bereits oben, II.

⁴⁰⁹ Siehe bereits oben, II.E.2.cc); Botschaft 2016, 559; vgl. bspw. Art. 51 ff. und insb. Art. 54 NV (Bern); siehe auch VOSER, 118 f. m.w.H.; THEILER, 81 ff.; VON DER CRONE/GROB, 8.

⁴¹⁰ Siehe für die multilokale Generalversammlung oben, II.E.2.b).cc). THEILER, 83; VON DER CRONE/BERNET, 270.

⁴¹¹ VOSER, 148 f. und 165; THEILER, 83; VON DER CRONE/BERNET, 269 f.

ergibt sich aus dem Ort, an dem die Urkundsperson an der virtuellen Generalversammlung teilnimmt.⁴¹² Demgemäss ist die örtliche Zuständigkeit gegeben, wenn die Urkundsperson ununterbrochen aus ihrem eigenen Hoheitsgebiet an der virtuellen Generalversammlung teilnimmt.⁴¹³ Um Schwierigkeiten bei der Handelsregisteranmeldung zu vermeiden, empfehlen gewisse Autoren, dass der Vorsitzende und der Notar gemeinsam an der virtuellen Generalversammlung teilnehmen.⁴¹⁴ Die Unterzeichnung der Urkunde durch den Vorsitzenden ist jedoch keine Gültigkeitsvoraussetzung.⁴¹⁵ Wird die Urkunde nicht durch den Verwaltungsratspräsidenten unterzeichnet, muss durch ihn oder ggf. einen Protokollführer ein separates Protokoll erstellt werden, das unterzeichnet wird, um die gesellschaftsrechtlichen (nicht notariatsrechtlichen) Vorgaben zu erfüllen.⁴¹⁶ U.E. sollte die Teilnahme des Notars zusammen mit dem Vorsitzenden nicht notwendig sein, da es Wille des Gesetzgebers war, dass eine Generalversammlung gerade ohne Tagungsort stattfinden kann. Es geht nicht an, dass die Handelsregisterämter durch rigide Vorschriften dies vereiteln.

d) Voraussetzungen zur Verwendung elektronischer Mittel

Die Voraussetzungen für die Verwendung von elektronischen Mitteln für die virtuelle und die hybride Generalversammlung sind in Art. 701e OR geregelt.⁴¹⁷ Demnach regelt, sofern die Statuten nichts vorsehen, der Verwaltungsrat die Verwendung von elektronischen Mitteln.⁴¹⁸ Der Verwaltungsrat hat sicherzustellen, dass die Identität der Teilnehmer feststeht,⁴¹⁹ die Voten in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden,⁴²⁰ jeder Teilnehmer

⁴¹² VON DER CRONE/BERNET, 269; MÜLLER/AKERET, 17 m.w.H., empfehlen eine Urkundsperson im Sitzkanton der Gesellschaft mit der Beurkundung zu betrauen, um Probleme bei der Handelsregisteranmeldung zu vermeiden; vgl. auch VOSER, 166, der darauf hinweist, dass es sinnvoll wäre, wenn die Urkundsperson zusammen mit dem Vorsitzenden an der virtuellen Generalversammlung teilnimmt, eine getrennte Teilnahme jedoch auch nicht ausschliesst; so auch THEILER, 83 mit Verweis auf LAMBERT, 45, der allerdings die örtliche Zuständigkeit am Ort, wo sich der Vorsitzende befindet als Leitungsort definiert, allerdings mit Bezug auf multilokale Generalversammlung unter altem Recht.

⁴¹³ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1069 m.w.H.

⁴¹⁴ Vgl. VON DER CRONE/BERNET, 270; THEILER, 83; OESCH, 166; MÜLLER/AKERET, 17; MÜLLER/KAISER/BENZ, REPRAX 2020 Teil 2, 259 f. und 262 f.

⁴¹⁵ VOSER, 119, 151.

⁴¹⁶ Art. 702 Abs. 3 OR.

⁴¹⁷ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1064; MÜLLER/AKERET, 20; REISER, SZW 2022, 408.

⁴¹⁸ Botschaft 2016, 559; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701e N 6.

⁴¹⁹ Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 OR.

⁴²⁰ Art. 701e Abs. 2 Ziff. 2 OR.

Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann⁴²¹ sowie das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann.⁴²² Hinsichtlich der korrekten Durchführung der Generalversammlung hat der Verwaltungsrat im technisch zumutbaren und vernünftigen Rahmen zu handeln und auf unsichere Mittel zu verzichten.⁴²³ Die gewählten Mittel müssen den Anforderungen für die jeweilige digitale Teilnahme genügen,⁴²⁴ bspw. muss ein Internetanschluss mit genügender Leistungskapazität sichergestellt sein. Die Vorgaben des Gesetzes sind absichtlich so gehalten, dass nur die Anforderungen vorgegeben sind und insb. keine technischen Innovationen verhindert werden.⁴²⁵

Von eminenter Bedeutung ist die Identifikation der Teilnehmer, da Beschlüsse, die unter Mitwirkung von nicht teilnahmeberechtigten Personen zustande gekommen sind, gem. Art. 691 Abs. 3 OR anfechtbar sind.⁴²⁶

e) Technische Probleme

Treten während der Generalversammlung technische Probleme auf, sodass die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, muss sie wiederholt werden.⁴²⁷ Bei kleineren technischen Problemen, die innerhalb von nützlicher Frist behoben werden können, kann die Generalversammlung auch «für eine kurze Zeit» unterbrochen werden.⁴²⁸ Der Anspruch auf Wiederholung gilt absolut, eine analoge Berufung auf Art. 691 Abs. 3 OR, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis gehabt hätten, ist ausgeschlossen.⁴²⁹

Das Auftreten von relevanten technischen Problemen ist im Protokoll festzuhalten.⁴³⁰ Beschlüsse, die während des Bestehens von technischen Problemen

⁴²¹ Art. 701e Abs. 2 Ziff. 3 OR.

⁴²² Art. 701e Abs. 2 Ziff. 4 OR.

⁴²³ Botschaft 2016, 560. Siehe mit Vorschlägen für die Identifikation der Aktionäre MÜLLER/AKERET, 14; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 109 ff. m.w.H.

⁴²⁴ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1048.

⁴²⁵ Botschaft 2016, 557; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1048.

⁴²⁶ BGE 122 III 279, E.2; MÜLLER/AKERET, 19 m.w.N.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 110.

⁴²⁷ Art. 701f Abs. 1 OR.

⁴²⁸ Botschaft 2016, 560; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 115.

⁴²⁹ Botschaft 2016, 560; REISER, GesKR 2020, 234; wohl auch VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1059; a.A. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701 f N 7; REISER, SZW 2022, 409 f., die zwischen technischen Problemen, die während der Abstimmung auftreten und technischen Problemen, die während der Willensbildung bzw. dem Meinungsaustausch auftreten, unterscheiden. Ein Nachweis i.S.v. Art. 691 Abs. 3 OR analog soll bei ersterer Situation möglich und bei zweiterer ausgeschlossen sein.

⁴³⁰ Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 OR.

gefällt werden, sind ungültig.⁴³¹ Allerdings sind nur jene technischen Probleme aktienrechtlich relevant, die in der Sphäre der Aktiengesellschaft liegen, aus einem flächendeckenden Problem eines bedeutenden Telekommunikationsunternehmens herrühren oder durch höhere Gewalt begründet sind. Technische Probleme, die in den Risikobereich der einzelnen Aktionäre fallen, führen zu keiner Wiederholung der Generalversammlung.⁴³²

Muss die Generalversammlung zu einem späteren Zeitpunkt wiederholt werden, kann der Verwaltungsrat gem. Botschaft auf die Frist zur Einberufung (Art. 700 Abs. 1 OR) verzichten, darf den Termin jedoch nicht missbräuchlich setzen.⁴³³ Da diese Regelung nicht explizit im Gesetz festgehalten ist, sollte der vorsichtige Verwaltungsrat die Frist von Art. 700 Abs. 1 OR einhalten, um ein rechtssicheres Vorgehen zu gewährleisten.⁴³⁴ U.E. gilt die 20-Tagefrist für den Ersatztermin nicht, denn die Traktanden bleiben gleich und mit der Verwendung elektronischer Mittel wollte der Gesetzgeber Innovationen nicht erschweren oder verunmöglichen,⁴³⁵ umso mehr als bei virtueller Versammlung mit grösserer Flexibilität auf Terminänderungen reagiert werden kann. Um diesem Problem vorherzukommen, kann u.E. in der Einladung zur Generalversammlung auch zugleich zu einem Ersatztermin für den Fall von technischen Problemen eingeladen werden. Diesfalls wäre die Frist selbstredend gewahrt. Wird die ursprüngliche Traktandenliste für die neue Generalversammlung geändert, ist die gesetzliche Frist einzuhalten, diesfalls handelt es sich nämlich nicht um eine Wiederholung, sondern um eine neue Generalversammlung.⁴³⁶ Beschlüsse, die vor dem Auftreten der technischen Probleme gefällt wurden, behalten ihre Gültigkeit (Art. 701f Abs. 2 OR).

4. *Generalversammlung auf dem Zirkularweg*

Mit der Aktienrechtsrevision wurde die Möglichkeit einer schriftlichen Beschlussfassung für die Generalversammlung eingeführt.⁴³⁷ Die Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften ist nicht notwendig.⁴³⁸ Sofern kein Aktionär oder dessen Vertreter eine mündliche Beratung verlangt, kann die Generalversammlung auch ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften abgehalten werden, wenn die Beschlüsse auf schriftlichem Weg

⁴³¹ MÜLLER/AKERET, 16.

⁴³² Botschaft 2016, 560.

⁴³³ Botschaft 2016, 560; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 701f N 8; REISER, SZW 2022, 410.

⁴³⁴ REISER, GesKR 2020, 234 f.; MÜLLER/AKERET, 17.

⁴³⁵ Botschaft 2016, 557.

⁴³⁶ Botschaft 2016, 560.

⁴³⁷ Eingehend EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 295 ff.; vgl. auch KUNZ, Jusletter 2009, N 140 f.

⁴³⁸ Art. 701 Abs. 3 OR.

auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen.⁴³⁹ Eine konkludente Zustimmung zum Zirkularverfahren genügt, bspw. durch die Teilnahme am Zirkularbeschluss.⁴⁴⁰ Hier ist zu unterscheiden zwischen der Zustimmung zur Art des Verfahrens und der Vote zum Beschluss. Es ist durchaus denkbar, dass in einem Zirkularbeschluss, in dem alle Aktionäre das Zirkularverfahren gutheissen, ein ablehnender Beschluss zustande kommt. Die Vorgabe der «elektronischen Form» sollte u.E. erfüllt sein, wenn ein Beschluss in einer in Text nachweisbaren Form gegeben ist.⁴⁴¹ Der Zirkularbeschluss, der bisher dem Verwaltungsrat vorbehalten war, soll Aktiengesellschaften mit kleinem Aktionariat oder Konzerngesellschaften mehr Flexibilität ermöglichen.⁴⁴² Im Unterschied zu allen anderen Formen findet bei der Generalversammlung auf dem Zirkularweg keine Beratung statt, sondern es wird nur entschieden.⁴⁴³

Eine Generalversammlung auf dem Zirkularweg ist eine Art «Universalverfahren».⁴⁴⁴ Alle Aktionäre müssen am Verfahren teilnehmen. Im Unterschied zur Universalversammlung nehmen die Aktionäre nicht in Echtzeit an der Generalversammlung teil.⁴⁴⁵ Gewisse Autoren vertreten, dass neben dem Generalversammlungsbeschluss auf dem Zirkularweg unter dem revidierten Recht auch eine schriftliche Urabstimmung möglich ist.⁴⁴⁶ Der Zirkularbeschluss zeichnet sich dadurch aus, dass er mit ausdrücklicher schriftlicher oder elektronischer Stimmgabe sämtlicher Aktionäre zustande kommt. Der Beschlussantrag wird zu diesem Zweck unter den Aktionären in Umlauf gegeben.⁴⁴⁷ Die Urabstimmung dagegen wird mittels separat zugestellten Abstimmungsformularen vollzogen, auf denen der Antrag bspw. durch Setzen eines Kreuzchens entweder angenommen oder abgelehnt werden kann oder aber die Möglichkeit besteht, sich der Stimme zu enthalten.⁴⁴⁸ U.E. ist eine Urabstimmung unter dem geltenden (revidierten) Recht nicht ausgeschlossen, allerdings ist die (zumindest konkludente) Zustimmung aller Aktionäre zu gewährleisten und daher kein Vorteil zum Beschluss im Zirkularverfahren erkennbar.

⁴³⁹ Art. 701 Abs. 3 OR.

⁴⁴⁰ Botschaft 2016, 555 f.

⁴⁴¹ Eingehend zum Ganzen und gl.M. EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 296 ff.

⁴⁴² Botschaft 2016, 555.

⁴⁴³ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 17 N 1043.

⁴⁴⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 81; vgl. MÜLLER/AKERET, 12 m.w.H., die von einer «Universalversammlung» sprechen.

⁴⁴⁵ EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 304; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 81 f.

⁴⁴⁶ EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 312 ff.

⁴⁴⁷ EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 307.

⁴⁴⁸ EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 313.

5. *Würdigung der Änderungen für die Generalversammlung*

Die Generalversammlung war Gegenstand von vielen Änderungen bzw. Neuerungen der Aktienrechtsrevision. Die punktuell erweiterten Kompetenzen der Generalversammlung in Art. 698 OR sind auf die Integration der VegüV und auf Neuerung der Aktienrechtsrevision zurückzuführen.

Dass für die Schwellenwerte zur Einberufung der Generalversammlung von Art. 699 Abs. 2 OR zwischen Publikumsgesellschaften und Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, unterschieden wird, ist sinnvoll. Der Schwellenwert hat für Aktionäre kotierter Gesellschaften tiefer auszufallen, sind doch bei Publikumsgesellschaften auch tiefe Beteiligungen mit teils beachtlichem finanziellem Engagement verbunden. Das Gleiche hat für die entsprechende Differenzierung beim Traktandierungs- und Antragsrecht gem. Art. 699b OR zu gelten. Die Streichung des Schwellenwerts von 1 Mio. Franken für die Einberufung der Generalversammlung steht im Einklang damit, dass Nennwerte nicht über den Wert des finanziellen Engagements aussagen.⁴⁴⁹ Dass der alte Zopf der Auflage des Geschäfts- und Revisionsberichts am Gesellschaftssitz abgeschnitten und gem. Art. 699a OR das elektronische Zugänglichmachen gesetzlich verankert wurde, ist zeitgemäss.

Mit den neuen Regelungen zum Tagungsort bzw. zu den Tagungsorten der Generalversammlung wurde zum Grossteil kodifiziert, was in der Praxis unter altem Recht bereits als zulässig erachtet wurde. Für die Durchführung einer Generalversammlung im Ausland ist gem. Art. 701b OR eine statutarische Grundlage erforderlich, wobei vor der Revision ohne statutarische Grundlage eine Generalversammlung im Ausland als zulässig erachtet wurde. In der Praxis wird sich zeigen, welche Schwierigkeiten sich bei der Anerkennung der nach ausländischem Recht beurkundeten Geschäften ergeben und welche Rechtsordnungen überraschende Gerichtsstände bereithalten. Aus einer (schweizerischen) aktienrechtlichen Perspektive ist u.E. an den Regelungen nichts auszusetzen. Inwiefern schweizerische Gesellschaften in gesellschaftsrechtlichen Belangen einer möglichen ausländischen Jurisdiktion riskieren wollen, ist eine unternehmerische Entscheidung und obliegt dem Verwaltungsrat.

Die Digitalisierung ist durch die Aktienrechtsrevision auch bei der Generalversammlung angekommen. Mit der hybriden und der virtuellen Generalversammlung finden sich zwei Varianten im Gesetz, bei denen unter Zuhilfenahme von elektronischen Mitteln eine Teilnahme an der Generalversammlung ermöglicht wird.⁴⁵⁰ Im Unterschied zu den bereits jetzt verbreiteten Generalversammlungen mit «indirekter Fernabstimmung» über einen unabhängigen

⁴⁴⁹ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 699 N 6 f.

⁴⁵⁰ Vgl. MÜLLER/KAISER/BENZ, REPRAX 2020 Teil 2, 250.

Stimmrechtsvertreter besteht der Vorteil,⁴⁵¹ dass sich die Aktionäre mit den neu vorgesehenen Varianten direkt an der Versammlung beteiligen können. Die grössten Herausforderungen werden in beiden Varianten wohl in erster Linie technische sein. Sofern die Statuten nicht eine andere Regelung enthalten, kann sich die Gesellschaft bei der hybriden und der virtuellen Generalversammlung auf eine Übertragung des Tons der Generalversammlung beschränken. Inwiefern ein solches Vorgehen bei den Aktionären auf Anklang stösst, wird sich zeigen. Eine Regelung, die Gesellschaften bei hybriden und virtuellen Generalversammlungen zu einer Übertragung des Bildes verpflichtet, wäre u.E. im heutigen (ZOOM-)Zeitalter mindestens für bestimmte Fälle (wenn bspw. Aktionäre dies verlangen) den Gesellschaften zumutbar gewesen.

Die Generalversammlung auf dem Zirkularweg wird insbesondere in kleineren Strukturen und für Konzerntochtergesellschaften eine interessante Möglichkeit sein, effizient und ohne grossen individuellen Aufwand eine Generalversammlung durchzuführen. Da jeder Aktionär die mündliche Beratung verlangen kann und somit über ein «Veto» verfügt, ist u.E. dieser neuen Möglichkeit der Durchführung der Generalversammlung auch nichts entgegenzuhalten.

F. Auskunft, Einsicht und Sonderuntersuchung

1. Auskunft und Einsicht

Das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre wurde im Wesentlichen beibehalten.⁴⁵² Neu wurde eine als Minderheitenrecht ausgestaltete Auskunftspflicht ausserhalb der Generalversammlung für nicht börsennotierte Gesellschaften geschaffen. Damit wurde das Informationsinteresse der Aktionäre zwischen den Generalversammlungen gestärkt.⁴⁵³ In Art. 697 Abs. 2 OR ist vorgesehen, dass Aktionäre, die mindestens 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, vom Verwaltungsrat schriftlich Auskunft über die Angelegenheit der Gesellschaft verlangen können. Dieses Auskunftsrecht besteht im gleichen Umfang wie das Auskunftsrecht an der Generalversammlung i.S.v. Art. 697 Abs. 1 OR.⁴⁵⁴ Das Auskunftsrecht kann auch von einer Aktionärsgruppe, die zusammen eines der Quoren erreicht, geltend gemacht werden.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 118.

⁴⁵² Botschaft 2016, 540.

⁴⁵³ VON DER CRONE/ANGSTMANN, SZW 1/2017, 11; BERTSCHINGER, 188.

⁴⁵⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697 N 8; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 16 N 810.

⁴⁵⁵ Botschaft 2016, 540.

Der Verwaltungsrat hat innerhalb von einer Frist von vier Monaten die Auskunft zu erteilen.⁴⁵⁶ Wird innerhalb dieser Frist eine Generalversammlung abgehalten, kann die Auskunft nach richtiger Ansicht von FORSTMOSER/KÜCHLER auch an dieser erfolgen.⁴⁵⁷ Wird die Auskunft individuell erteilt, ist zudem spätestens an der nächsten Generalversammlung die Auskunft den Aktionären zur Einsicht aufzulegen.⁴⁵⁸ Alternativ kann der Verwaltungsrat auch allen Aktionären die Auskunft zustellen, was gem. Botschaft auch elektronisch möglich sein soll.⁴⁵⁹ Für eine elektronische Mitteilung ist allerdings gem. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 OR eine statutarische Grundlage erforderlich.⁴⁶⁰

Die Verweigerung der Auskunft unterliegt denselben Voraussetzungen wie die Verweigerung der Auskunft im Rahmen der Generalversammlung gem. Art. 697 Abs. 1 OR, die mit der Revision inhaltlich gleichgeblieben sind: Die Auskunft muss für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein und darf nur verweigert werden, soweit sie keine Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet.⁴⁶¹ Die Auskunftsverweigerung bedarf einer schriftlichen Begründung.⁴⁶²

Das Einsichtsrecht ist neu in einem eigenen Artikel geregelt und als Minderheitenrecht ausgestaltet. Nicht mehr vorgesehen ist, dass eine ausdrückliche Ermächtigung der Generalversammlung erforderlich ist.⁴⁶³ Nach Art. 697a Abs. 1 OR können Aktionäre, die selbst oder im Verbund über 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, die Geschäftsbücher und die Akten einsehen. Die Einsicht ist gem. Art. 697a Abs. 2 OR innerhalb der Ordnungsfrist von vier Monaten zu gewähren.⁴⁶⁴ Die einsichtsberechtigten Aktionäre dürfen sich *expressis verbis* Notizen machen,⁴⁶⁵ woraus *e contrario* zu schliessen ist, dass kein Anspruch auf Kopien besteht.⁴⁶⁶ Wie das Auskunftsrecht, muss auch das Einsichtsrecht zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein, wobei hier keine hohen Hürden bestehen. Die Ablehnung des Einsichtsrechts untersteht denselben Voraussetzungen wie die Ablehnung des Auskunftsrechts (Art. 697 Abs. 4 OR).⁴⁶⁷

⁴⁵⁶ Art. 697 Abs. 3 Satz 1 OR.

⁴⁵⁷ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697 N 10.

⁴⁵⁸ Art. 697 Abs. 3 Satz 2 OR.

⁴⁵⁹ Botschaft 2016, 540.

⁴⁶⁰ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697 N 11.

⁴⁶¹ Art. 697 Abs. 4 OR.

⁴⁶² FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697 N 13 m.w.H.

⁴⁶³ Vgl. Art. 697 Abs. 3 aOR; Botschaft 2016, 542.

⁴⁶⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697a N 7.

⁴⁶⁵ Art. 697a Abs. 2 OR.

⁴⁶⁶ BERTSCHINGER, 197; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697a N 8.

⁴⁶⁷ Art. 697a Abs. 3 OR.

Wird die Auskunft oder Einsicht (teilweise) verweigert, kann innerhalb von einer Verwirkungsfrist von 30 Tagen ab der schriftlichen Begründung vom Gericht die Anordnung der Auskunft oder Einsicht verlangt werden.⁴⁶⁸

2. *Sonderuntersuchung*

Die Sonderprüfung wurde in Sonderuntersuchung umgetauft und ist in den Art. 697c–697h^{bis} OR neu geordnet. Daneben wurden v.a. grammatikalische und systematische Änderungen vorgenommen, aber auch der Zugang zur Sonderuntersuchung wurde erleichtert.⁴⁶⁹

Der Sonderuntersuchung ist wie unter altem Recht die vorangehende Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts vorausgesetzt.⁴⁷⁰ In der Generalversammlung kann sodann in einem nächsten Schritt der Antrag auf Untersuchung der Sachverhalte in den Bereichen, die Gegenstand des Gesuchs um Auskunft oder Einsicht waren, gestellt werden.⁴⁷¹ Wird dieses Gesuch durch die Generalversammlung abgelehnt, können Aktionäre, die bei Publikumsgesellschaften 5 % der Stimmen oder des Aktienkapitals bzw. bei privat gehaltenen Gesellschaften 10 % der Stimmen oder des Aktienkapitals vertreten, vom Gericht die Anordnung einer Sonderuntersuchung verlangen.⁴⁷² Die Sonderprüfung kann sich gem. Art. 697d Abs. 2 OR auf alle Fragen erstrecken, die Gegenstand des Begehrens um Auskunft oder Einsicht waren oder die in der Beratung des Antrags auf Durchführung einer Sonderuntersuchung in der Generalversammlung angesprochen wurden, soweit ihre Beantwortung für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist, was der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur altrechtlichen Sonderuntersuchung entspricht.⁴⁷³ Der Gesuchsteller muss glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt haben und die Verletzung geeignet ist, die Gesellschaft oder Aktionäre zu schädigen.⁴⁷⁴ Im Unterschied zum alten Recht ist nicht mehr erforderlich, dass ein Schaden eingetreten ist.⁴⁷⁵ Eine Sonderuntersuchung ist daher auch präventiv möglich.⁴⁷⁶ Schliesslich sind die Kosten der Sonderuntersuchung gem. Art. 697h^{bis} Abs. 1 OR inkl. allfälliger Kostenvorschüsse durch die Gesellschaft zu tragen, unabhängig davon, ob sie durch das Gericht oder die Generalversammlung

⁴⁶⁸ Art. 697b OR.

⁴⁶⁹ Vgl. Botschaft 2016, 456 ff.; VON DER CRONE/ANGSTMANN, SZW 1/2017, 12.

⁴⁷⁰ VON DER CRONE, Aktienrecht 2020, § 16 N 827 ff.

⁴⁷¹ Art. 697c Abs. 1 OR.

⁴⁷² Art. 697d Abs. 1 OR. Statutarisch können diese Schwellenwerte herabgesetzt, nicht jedoch erhöht werden. Vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, § 16 N 845.

⁴⁷³ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697d N 8.

⁴⁷⁴ Art. 697d Abs. 3 OR.

⁴⁷⁵ Botschaft 2016, 544.

⁴⁷⁶ Botschaft 2016, 544; VON DER CRONE/ANGSTMANN, SZW 1/2017, 12.

angeordnet wurden.⁴⁷⁷ Wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann das Gericht wie unter altem Recht die Kosten ganz oder teilweise den Gesuchstellern auferlegen.⁴⁷⁸

Nach Art. 656c Abs. 3 OR steht das Recht auf Sonderuntersuchung auch Partizipanten zu. Dabei ist analog zu der Regelung von Art. 697d Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR zu differenzieren, ob das Partizipationskapital börsenkotiert ist oder nicht. Bei kotiertem Partizipationskapital sind mindestens 5 % erforderlich und bei nicht kotiertem mindestens 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen.⁴⁷⁹

3. *Würdigung der Auskunft, Einsicht und Sonderuntersuchung*

Das herkömmliche Recht auf Auskunft und Einsicht wurde nicht grundlegend geändert. Das neue Auskunftsrecht für Minderheitsaktionäre von nicht kotierten Gesellschaften gem. Art. 697 Abs. 2 und 3 OR schliesst eine Lücke der Informationspflichten, denn nicht kotierte Gesellschaften kennen keine *ad hoc*-Publizität. Verbessert wurde das Einsichtsrecht insofern, als dass es nur noch aus den im Gesetz genannten Gründen verweigert werden kann. Erschwert wurde es allerdings dadurch, dass es nach dem revidierten Recht kein Individual-, sondern ein Minderheitenrecht ist. Mit der Schwelle von 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen ist das Einsichtsrecht in grossen Publikumsgesellschaften faktisch abgeschafft,⁴⁸⁰ was u.E. kritisch zu sehen ist. Eine Differenzierung – vergleichbar mit derselben bei der Traktandierung (Art. 699b Abs. 1 OR)⁴⁸¹ – wäre nach der hier vertretenen Ansicht angezeigt gewesen. Die Klarstellung von Art. 697b OR, dass bei Verweigerung des Auskunft- oder Einsichtsrecht innerhalb von 30 Tagen nach der Verweigerung das Gericht anrufen zu müssen, schafft Klarheit.

Die neu benannte Sonderuntersuchung differenziert auch zwischen kotierten und nicht kotierten Gesellschaften für die Beantragung einer Sonderuntersuchung. Für erstere sind 5 %, für zweitere 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen verlangt.⁴⁸² Diese sachliche Unterscheidung, wie auch das Absehen von einem bezifferten Nennwertbetrag, ist u.E. richtig. Auch die weiteren punktuellen Änderungen bei der Sonderuntersuchung sind u.E. positiv zu werten. Zu begrüssen ist auch, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gegenstand der Sonderuntersuchung in Art. 697d Abs. 2 OR kodifiziert wurde. Dass ein Schaden nicht mehr glaubhaft gemacht werden muss, sondern nur

⁴⁷⁷ Botschaft 2016, 545.

⁴⁷⁸ Art. 697h^{bis} Abs. 2 OR.

⁴⁷⁹ Gl.M. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 697d N 10.

⁴⁸⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 260.

⁴⁸¹ Siehe oben, II.E.2.a).

⁴⁸² Art. 697d Abs. 1 OR.

noch, dass die ins Auge gefasste Rechtsverletzung geeignet ist, die Gesellschaft oder die Aktionäre zu schädigen, ist konzeptionell korrekt. Die Sonderuntersuchung hat damit eine höhere präventive Wirkung.

G. Neuerungen für den Verwaltungsrat

1. *Änderungen bei nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften*

Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften wurden keine wesentlichen Änderungen für den Verwaltungsrat vorgesehen; insbesondere sind die Vorschriften zur Wählbarkeit (Art. 707 OR) und zur Amtsdauer (Art. 710 OR) der Verwaltungsratsmitglieder unverändert. Neu werden die Mitglieder des Verwaltungsrats allerdings gem. Art. 710 Abs. 2 OR wie bei börsenkotierten Gesellschaften einzeln gewählt, es sei denn, die Statuten sehen etwas anderes vor oder der Vorsitzende der Generalversammlung ordnet es mit Zustimmung aller vertretenen Aktionäre anders an.⁴⁸³

Eine Änderung besteht bei der Delegation der Geschäftsführung gem. Art. 716b OR. Das dispositive Gesetzesrecht sieht nun vor, dass die Geschäftsführung delegiert werden darf, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen; der Primat wechselt somit. Regeln die Statuten die Frage betreffend die Delegation der Geschäftsführung nicht, sieht das dispositive Gesetzesrecht vor, dass die Geschäftsführung delegiert werden darf – das dispositive Recht entspricht der umgekehrten Situation vor der Revision. Damit erübrigt sich eine statutarische Grundlage für eine Delegation der Geschäftsführung.⁴⁸⁴ Gesellschaften, welche die altrechtliche Regelung beibehalten möchten, dass dem Verwaltungsrat eine Delegation untersagt sein soll, müssen dies neu in den Statuten festhalten. In den Statuten darf weiterhin deklaratorisch festgehalten werden, dass dem Verwaltungsrat eine Delegation erlaubt ist. Bei bestehenden Delegationsklauseln müssen allfällige Verweisungen auf das alte Recht überprüft werden.⁴⁸⁵

2. *Änderungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften*

Die Überführung der Bestimmungen der VegüV ins OR hat insbesondere Auswirkungen auf den Verwaltungsrat. Materiell wurden allerdings nur wenige,

⁴⁸³ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Jusletter 2020, N 43; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Vorbemerkungen zu Art. 707–726 N 4.

⁴⁸⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 716b N 7 f.; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 18 N 1448.

⁴⁸⁵ Unter altem Recht sah Art. 716b Abs. 1 aOR vor, dass die Delegation der Geschäftsführung mit entsprechender Statutenbestimmung erlaubt ist.

untergeordnete Änderungen vorgenommen. Die wesentlichen, bereits in der VegüV enthaltenen Punkte sind:

- Die zwingende einjährige Amtszeit für Verwaltungsratsmitglieder (Art. 710 Abs. 1 Satz 1 OR).
- Die zwingende Einzelwahl von Verwaltungsratsmitgliedern (Art. 710 Abs. 1 Satz 2 OR).
- Die zwingende Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung (Art. 712 Abs. 1 OR).
- Die zwingende Einführung eines Vergütungsausschusses sowie die Wahl seiner Mitglieder durch die Generalversammlung (Art. 733 OR).
- Die unübertragbare und unentziehbare Pflicht des Verwaltungsrats für die Erstellung eines Vergütungsberichts (Art. 734 ff. OR).

Eine gesellschaftspolitisch motivierte Änderung wurde in Art. 734f OR vollzogen.⁴⁸⁶ Demnach haben Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind und der ordentlichen Revision unterstehen – sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 % im Verwaltungsrat und zu 20 % in der Geschäftsleitung vertreten ist – im Vergütungsbericht einerseits die Gründe, weshalb die Geschlechter nicht wie vorgesehen vertreten sind,⁴⁸⁷ und andererseits die Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts anzugeben.⁴⁸⁸

Die Geschlechterrichtwerte haben mit der Vergütung bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind (Überschrift des 4. Abschnitts, der Art. 732 ff. OR), nichts zu tun. Mit der Anknüpfung an den Vergütungsbericht konnte verhindert werden, dass noch ein zusätzlicher Bericht zu erstellen gewesen wäre.⁴⁸⁹ Art. 734f OR enthält Richtwerte und insb. keine verpflichtenden Quoren; es wird insofern ein sog. «Comply or Explain»-Ansatz verfolgt.⁴⁹⁰

3. Neuerungen in der Beschlussfassung

Nicht alle Arten der Beschlussfassung des Verwaltungsrats, die in der Praxis genutzt werden, waren unter dem alten Recht im Gesetz genannt. Zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit wurden die möglichen Beschlussformen nun ins Gesetz aufgenommen.⁴⁹¹ Wie für die Generalversammlung sieht das neue Aktienrecht auch für den Verwaltungsrat die Möglichkeit vor, dass elektronische

⁴⁸⁶ Diese Neuerung wurde auch schon als «heisses Eisen» bezeichnet. KUNZ, recht 2021, 201.

⁴⁸⁷ Art. 734f Ziff. 1 OR.

⁴⁸⁸ Art. 734f Ziff. 2 OR.

⁴⁸⁹ Botschaft 2016, 592.

⁴⁹⁰ Botschaft 2016, 592; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 734f N 13.

⁴⁹¹ Botschaft 2016, 568.

Mittel bei der Beschlussfassung verwendet werden können.⁴⁹² Das Gesetz weist dazu sinngemäss auf die Bestimmungen für die Generalversammlung (Art. 701c–Art. 701e OR).⁴⁹³ Eine Verwaltungsratssitzung unter Verwendung elektronischer Mittel kann – vergleichbar einer Generalversammlung – als hybride oder virtuelle Sitzung durchgeführt werden. Im Unterschied zum Zirkularbeschluss⁴⁹⁴ findet bei der virtuellen Verwaltungsratssitzung die Meinungsbildung und Beschlussfassung in einem diskursiven, digital unmittelbaren Prozess statt.⁴⁹⁵ Für eine virtuelle Verwaltungsratssitzung ist im Unterschied zur virtuellen Generalversammlung keine statutarische Grundlage erforderlich.⁴⁹⁶ Vorausgesetzt ist die ordnungsgemässe Einberufung und die Einhaltung der technischen Vorgaben von Art. 701c und Art. 701e OR. Erforderlich ist, dass die Identität der Teilnehmer feststeht, die Voten unmittelbar übertragen werden, jeder Teilnehmer Anträge stellen sowie sich an der Diskussion beteiligen kann und das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann.⁴⁹⁷ Weiter ist notwendig, dass alle Verwaltungsratsmitglieder über die technischen Möglichkeiten verfügen, an der Sitzung teilzunehmen, was in der Verantwortung der Gesellschaft liegt.⁴⁹⁸ Treten technische Probleme auf, ist die Sitzung zu unterbrechen bzw. zu wiederholen.⁴⁹⁹ Im Unterschied zur Generalversammlung führen bei Verwaltungsratssitzungen unter Verwendung von elektronischen Hilfsmitteln u.E. auch technische Probleme der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder, die bei einer Generalversammlung nicht im Risikobereich der Gesellschaft wären, zu einer Pflicht, die Beschlüsse zu wiederholen bzw. die Sitzung zu unterbrechen.⁵⁰⁰ Zwar ist den einzelnen Verwaltungsräten aufgrund ihrer Sorgfaltspflicht (Art. 717 OR) eine grössere elektronische Bereitschaft zuzumuten, aber die Verwaltungsräte vertreten als von der Generalversammlung gewählte Mitglieder des Organs, das die Geschäfte der Gesellschaft führt, die Interessen der Aktionäre sowie der Gesellschaft gesamthaft. Daher ist eine weniger strengere Handhabung angezeigt.

⁴⁹² Die Aufnahme dieser Regelung im OR dient in erster Linie der Klarstellung und der Verbesserung der Praktikabilität. REISER SZW 2022, 410; vgl. Botschaft 2016, 568.

⁴⁹³ Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

⁴⁹⁴ Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

⁴⁹⁵ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 18 N 1382.

⁴⁹⁶ REISER, SZW 2022, 410; VISCHER, SZW 2022, 420; GERCKE et al., GesKR 2020, 336; vgl. auch JENTSCH, ZHR 2022, 927.

⁴⁹⁷ Art. 701e Abs. 2 OR.

⁴⁹⁸ VON DER CRONE, Aktienrecht, § 18 N 1382; REISER, SZW 2022, 411.

⁴⁹⁹ Art. 701f OR.

⁵⁰⁰ Vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, § 18 N 1384

4. Interessenkonflikte

Mit Art. 717a OR findet sich neu eine Bestimmung zu Interessenkonflikten im Kanon der Verhaltenspflichten. Die Regelung ist zweiteilig, die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung informieren den Verwaltungsrat unverzüglich und vollständig über sie betreffende Interessenkonflikte.⁵⁰¹ Der Verwaltungsrat ergreift sodann die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind.⁵⁰²

Als Definition des Interessenkonflikts wird in der Lehre vorgeschlagen: «*Ein Interessenkonflikt liegt vor, wenn in einem Rechtsgeschäft der Handelnde zur Wahrung der Interessen eines anderen verpflichtet ist und gleichzeitig gegenläufige eigene Interessen hat.*»⁵⁰³ Selbstredend sind unter «eigene Interessen» auch Drittinteressen erfasst, zu deren Wahrung der Handelnde verpflichtet ist.⁵⁰⁴ Indessen genügt nicht jedes geringfügige Eigeninteresse, um einen Interessenkonflikt zu begründen. Der Konflikt muss eine gewisse Erheblichkeit aufweisen.⁵⁰⁵ «*[D]as von einem Interessenkonflikt ausgehende Gefährdungspotential für die unvoreingenommene Urteilsbildung des Interessenwahrers [muss] derart gravierend sein, dass sich eine Intervention mit rechtlichen Mitteln zum Schutz des Geschäftsherrn und/oder Dritter rechtfertigt.*»⁵⁰⁶ Die Schwelle zu der rechtlichen Relevanz ergibt sich dabei aus den konkreten Umständen des Einzelfalls. Zur Bestimmung der Relevanz sind die Kriterien der «Kollisionsrichtung» und des «Interessendrucks» entwickelt worden.⁵⁰⁷ Bspw. ist unbeachtlich, dass Verwaltungsräte i.d.R. eine Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten.⁵⁰⁸ Es sind sowohl konkrete als auch potentielle Interessenkonflikte von der Meldepflicht gem. Art. 717a OR erfasst.⁵⁰⁹ Jedoch hat sich die Interessenskollision in einer gewissen Intensität im mindesten abzuzeichnen.⁵¹⁰

Informationsadressat ist nach der gesetzlichen Regelung der Verwaltungsrat.⁵¹¹ Ob der Gesamtverwaltungsrat oder nur der Verwaltungsratspräsident zu infor-

⁵⁰¹ Art. 717a Abs. 1 OR.

⁵⁰² Art. 717a Abs. 2 OR; BÖCKLI, GesKR 2017, 148 f.; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 18 N 1317 und 1511 f.

⁵⁰³ ZK OR-BÜHLER, Art. 717 N 124 m.w.H. auch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts; vgl. auch SETHE, 376.

⁵⁰⁴ ZK OR-BÜHLER, Art. 717 N 138.

⁵⁰⁵ BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E.3.1.2; vgl. auch SETHE, 376 m.w.N.

⁵⁰⁶ FISCHER, 43.

⁵⁰⁷ Vgl. FISCHER, 44 f. m.w.H.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 799 ff.

⁵⁰⁸ SETHE, 376 m.w.N.

⁵⁰⁹ Botschaft 2016, 571; GERICKE/BÖTTICHER, 342 m.w.N.; vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 717a N 8.

⁵¹⁰ GERICKE/BÖTTICHER, 342.

⁵¹¹ Art. 717a Abs. 1 OR.

mieren ist, obliegt den organisatorischen Vorgaben (üblicherweise im Organisationsreglement) der Gesellschaft. Wird in den entsprechenden internen Regeln vorgesehen, dass der Verwaltungsratspräsident zu informieren ist, muss für den Fall, dass der Verwaltungsratspräsident einem Interessenkonflikt unterliegt, auch eine Regelung getroffen werden.⁵¹² Für die Ergreifung der nötigen Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft notwendig sind, ist wiederum der Verwaltungsrat zuständig,⁵¹³ sofern er dies nicht in einem Organisationsreglement bspw. an einen Ausschuss oder den Verwaltungsratspräsidenten delegiert hat. Nach der richtigen Auffassung von GERICKE/BÖTTICHER geht es zu weit, die Massnahmenkompetenz den unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats zuzuweisen.⁵¹⁴

Es liegt wie erwähnt in der Kompetenz des Verwaltungsrats, die geeigneten Massnahmen zu ergreifen. Es besteht insb. keine allgemeine Ausstandspflicht, wie dies im Vorentwurf und im Entwurf 2007 noch vorgesehen war.⁵¹⁵ Der Verwaltungsrat findet im Gesetz keine Handlungsanweisung, was bedauerlich ist.⁵¹⁶ Die Massnahmen müssen vor dem Hintergrund der Intensität des Interessenkonflikts getroffen werden und sie müssen verhältnismässig sein. Dies ist erfüllt, wenn die Massnahme geeignet ist, die Interessen der Gesellschaft zu schützen, allerdings muss sie dazu auch erforderlich sein.⁵¹⁷ Die unter dem alten Recht entwickelten Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten können auch unter dem neuen Recht angewendet werden.⁵¹⁸ Hier stehen namentlich zur Verfügung: Fairness Opinion, Markttest, Ausstand, zweistufige Abstimmung, Genehmigung durch neben- oder übergeordnete Organe, Ausschluss von allen Informationen, Aufforderung zum Rücktritt etc.⁵¹⁹

5. *Würdigung der Änderungen für den Verwaltungsrat*

Die Aktienrechtsrevision hat am Verwaltungsrat als Exekutiv- und Leitungsorgan nur vereinzelt etwas geändert. Dass das Gesetz unter dem neuen Recht vorsieht, dass die Delegation der Geschäftsführung ohne Weiteres gestattet ist,⁵²⁰ ist eine Erleichterung. Die Beschlussfassung unter Verwendung von elektronischen Mitteln sowie der Zirkularbeschluss sind in Art. 713 Abs. 2 OR

⁵¹² GERICKE/BÖTTICHER, 342.

⁵¹³ Art. 717a Abs. 1 OR.

⁵¹⁴ GERICKE/BÖTTICHER, 343 f.; gl.M. VON DER CRONE, Aktienrecht, § 18 N 1511.

⁵¹⁵ Botschaft 2016, 572; vgl. BÖCKLI, GesKR 2017, 148 f.

⁵¹⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 827 m.w.H.

⁵¹⁷ GERICKE/BÖTTICHER, 344.

⁵¹⁸ GERICKE/BÖTTICHER, 344 f.; vgl. auch VON DER CRONE, Aktienrecht, § 18 N 1512.

⁵¹⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 832 ff.; GERICKE/BÖTTICHER, 344 f.

⁵²⁰ Art. 716b Abs. 1 OR.

präzisiert worden, womit hauptsächlich bestehende Praxis ins Gesetz aufgenommen wurde. Die Pflichten, die sich mit der Integration der VegüV-Bestimmungen ergaben, bestanden auch schon unter der VegüV. Hervorzuheben ist die erstmalige Regelung für das Vorgehen bei Interessenkonflikten von Art. 717a OR. Diese Regelung ist insbesondere für nicht kotierte Gesellschaften von Relevanz,⁵²¹ denen nun eine Leitschnur für den Umgang mit Interessenkonflikten zur Verfügung steht, der sie nachleben können. Leider wurde verpasst, die in Betracht kommenden Massnahmen mit Beispielen im Gesetz zu nennen.⁵²² Immerhin kann sich der Verwaltungsrat auf eine reiche Praxis zu Massnahmen bei Interessenkonflikten stützen.

H. Sanierungsrecht

1. Vorbemerkungen

Das altrechtliche Finanznotlagerecht war unbefriedigend und wies zahlreiche Schwächen auf. In Ergänzung der Reform des SchKG von 2013, die am 1. Januar 2014 in Kraft getreten ist, soll ein umfassendes Sanierungsverfahren im OR die Chancen für eine Sanierung erhöhen.⁵²³ Den Kern der Neuerungen im Sanierungsrecht des OR bilden die Art. 725–725c OR, die überarbeitet und neu strukturiert wurden, namentlich wurde der Tatbestand der «drohenden Zahlungsunfähigkeit» neu eingeführt.

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Die Regelung der drohenden Zahlungsunfähigkeit wurde mit Art. 725 OR den Regelungen des Kapitalverlusts und der Überschuldung vorangestellt. Die finanzielle Oberleitung bzw. Finanzplanung gehört zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR).⁵²⁴ Mit den Handlungspflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit sind nun explizite Handlungspflichten festgehalten, mit denen einem Kapitalzerfall und Illiquidität frühzeitig begegnet werden soll.⁵²⁵

⁵²¹ Für Publikumsgesellschaften regelt bereits der «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» in Ziff. 19 die Interessenkonflikte.

⁵²² Siehe oben, II.G.4.

⁵²³ Botschaft 2016, 462; BÖCKLI, SZW 2017, 524 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Vorbemerkungen zu Art. 725–725c N 3.

⁵²⁴ Botschaft 2016, 573; vgl. auch statt vieler KNECHT/KELLER, 134.

⁵²⁵ Botschaft 2016, 573; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725 N 5; KNECHT/KELLER, 132 f.

Der Verwaltungsrat hat einerseits die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen.⁵²⁶ Die Zahlungsfähigkeit ist nicht mehr gegeben und Zahlungsunfähigkeit liegt vor, «wenn die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann und somit weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen.»⁵²⁷ Droht die Zahlungsunfähigkeit, hat der Verwaltungsrat andererseits Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen.⁵²⁸ Er muss sodann, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft treffen oder der Generalversammlung solche beantragen, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen.⁵²⁹ Nötigenfalls hat er zudem ein Gesuch um Nachlassstundung⁵³⁰ einzureichen.⁵³¹ Diese zeitkritischen Massnahmen sind mit der gebotenen Eile vorzunehmen.⁵³² Diese zeitliche Regelung der «gebotenen Eile» wird teilweise kritisiert.⁵³³ Die Pflicht des Verwaltungsrats für ein effizientes Vorgehen ergibt sich bereits aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht von Art. 717 Abs. 1 OR.⁵³⁴ Die Botschaft hält dies auch fest,⁵³⁵ und ergänzt sodann, dass der Pflicht zur Eile eine besondere Bedeutung zukommt, «da deren Missachtung gegebenenfalls eine Verantwortlichkeit des VR begründen kann.»⁵³⁶ Die explizite Nennung der Eile könnte eine Tendenz zur Verschärfung der persönlichen Haftung des Verwaltungsrats führen.⁵³⁷ Massnahmen in Sanierungssituationen bedürfen, abhängig von der Komplexität des Unternehmens, einer gewissen Zeit und Gründlichkeit.⁵³⁸ Auf ein Annehmen an eine grosse Eile, über die Vorgaben der sorgfältigen Tätigkeit von Art. 717 Abs. 1 OR hinaus, hätte u.E. verzichtet werden können. Mit

⁵²⁶ Art. 725 Abs. 1 OR. Diese Pflicht ergab sich auch vor der Revision bereits aus Art. 717 Abs. 1 OR, vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725 N 6.

⁵²⁷ Botschaft 2016, 573 m.V.a. BGE 111 II 206, E.I.; differenzierend MÜLLER LUKAS/MUSLIU NAGIHAN, Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats, in: Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 501 ff., 510, die auf Art. 83 OR und damit auf das dauernde Unvermögen des Schuldners, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, abstellen möchten.

⁵²⁸ Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR.

⁵²⁹ Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR; siehe dazu BÖCKLI, SZW 2017, 536 f.

⁵³⁰ Art. 293 lit. a SchKG.

⁵³¹ Art. 725 Abs. 2 Satz 3 OR.

⁵³² Art. 725 Abs. 3 OR.

⁵³³ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725 N 9: «Wort zum Sonntag»; GLANZMANN, SZW 2019, 478; KNECHT/KELLER, 136.

⁵³⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 102; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725 N 9.

⁵³⁵ Botschaft 2016, 576.

⁵³⁶ Botschaft 2016, 576.

⁵³⁷ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725 N 9.

⁵³⁸ Vgl. die Bsp. bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 102.

einem überhasteten, achtlosen Vorgehen hat die Gesellschaft in der Krise nichts gewonnen.

Verlangt wird vom Verwaltungsrat ein Vorgehen in Kaskadenform: Zunächst ist die Zahlungsfähigkeit mit Massnahmen zu sichern, bspw. durch die Bereitstellung von Liquidität durch Umschichtung innerhalb der Aktiven.⁵³⁹ Genügen diese Massnahmen nicht, sind Sanierungsmassnahmen, die in der Kompetenz des Verwaltungsrats liegen, zu ergreifen, wie das Einholen von Rangrücktritts-erklärungen⁵⁴⁰ oder die Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen.⁵⁴¹ Ausserdem kann der Verwaltungsrat der Generalversammlung Massnahmen beantragen, wie die Beschaffung von neuem Kapital durch eine Kapitalerhöhung.⁵⁴²

3. Kapitalverlust

Der Kapitalverlust ist neu in einem eigenständigen Artikel geregelt. Gemäss Art. 725a Abs. 1 OR liegt ein Kapitalverlust vor, wenn «*die letzte Jahresrechnung [zeigt], dass die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken*». Die Differenz zwischen Aktiven und Verbindlichkeiten entspricht dem bilanziellen Eigenkapital und die Summe aus Aktienkapital und nicht an die Aktionäre zurückzahlbare gesetzliche Kapital- und Gewinnreserve entspricht dem geschützten Kapital, daher gilt: Ein Kapitalverlust liegt vor, wenn das bilanzielle Eigenkapital die Hälfte des geschützten Kapitals unterschreitet.⁵⁴³ Dies im Unterschied zu der h.L. nach altem Recht, die angenommen hat, dass nicht nur der geschützte Teil des Kapitals massgebend war, sondern der Nominalbetrag.⁵⁴⁴ Entsprechend tritt der Kapitalverlust unter neuem Recht später ein.⁵⁴⁵ Die Feststellung, ob ein Kapitalverlust vorliegt, stützt sich im Grundsatz auf die letzte Jahresrechnung nach Fortführungswerten.⁵⁴⁶

Die Handlungspflichten des Verwaltungsrats wurden leicht modifiziert. Stellt der Verwaltungsrat einen Kapitalverlust fest, hat er in erster Linie Massnahmen

⁵³⁹ Vgl. GLANZMANN/RUTSCHEIDT, 311; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725 N 7.

⁵⁴⁰ Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR.

⁵⁴¹ Art. 725c OR.

⁵⁴² Art. 650 OR; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725 N 7.

⁵⁴³ GLANZMANN/RUTSCHEIDT, 311; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 109.

⁵⁴⁴ GLANZMANN, SZW 2019, 468 m.w.N.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 110; siehe ferner KNECHT/KELLER, 138.

⁵⁴⁵ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725a N 8.

⁵⁴⁶ Vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, § 23 N 1997.

zu dessen Beseitigung zu ergreifen.⁵⁴⁷ Sanierungsmassnahmen sind zu treffen, sofern sie erforderlich sind.⁵⁴⁸ Denkbare Sofortmassnahmen des Verwaltungsrats sind eine rasche Reduktion der Schulden, ein Forderungsverzicht (ggf. auf ein Aktionärsdarlehen), *à fonds perdu*-Zuschüsse, Kapitalerhöhungen innerhalb eines bestehenden Kapitalbands, die rasche Veräusserung von nicht betriebsnotwendigen Aktiven über dem Buchwert oder ggf. «*sale and lease-back*».⁵⁴⁹ Genügen diese Massnahmen nicht, sind Sanierungsmassnahmen zu treffen.⁵⁵⁰ Demgemäss ist bei Vorliegen eines Kapitalverlusts auch eine Generalversammlung richtigerweise nicht mehr zwingend einzuberufen,⁵⁵¹ sondern lediglich dann, wenn Sanierungsmassnahmen im Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung getroffen werden müssen.⁵⁵² Diese Kaskade der Massnahmen führt dazu, dass zunächst dem Kapitalverlust mit Bilanzkosmetik begegnet wird, bevor effektive Massnahmen zur Eigenkapitalvergrösserung ergriffen werden.⁵⁵³ Der Verwaltungsrat kann mit Sanierungsmassnahmen, die in seiner eigenen Kompetenz liegen, wie bspw. operative Massnahmen zur Reduktion des Aufwands oder der Erhöhung des Ertrags oder eine Kapitalerhöhung innerhalb eines Kapitalbandes, reagieren.⁵⁵⁴ Unter den Massnahmen besteht keine Hierarchie und sie dürfen bzw. je nach Situation müssen miteinander kombiniert werden.⁵⁵⁵ Auch hier hat der Verwaltungsrat mit der «gebotenen Eile» vorzugehen.⁵⁵⁶

Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle – hat sie also von einem *Opting-out* i.S.v. Art. 727a Abs. 2 OR Gebrauch gemacht –, wird das *Opting-out* mit dem Kapitalverlust suspendiert.⁵⁵⁷ Der Verwaltungsrat hat vor der Genehmigung durch die Generalversammlung einen zugelassenen Revisor mit einer eingeschränkten Revision zu beauftragen.⁵⁵⁸ Unterlässt der Verwaltungsrat dies, sind die Generalversammlungsbeschlüsse zur Genehmigung der Jahres- und Konzernrechnung sowie zur Verwendung des Bilanzgewinns grundsätzlich nichtig.⁵⁵⁹ Von der Revisionspflicht ist die Gesellschaft allerdings gem.

⁵⁴⁷ Art. 725a Abs. 1 OR; GLANZMANN, SZW 2019, 478; KNECHT/KELLER, 138.

⁵⁴⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 171 f.; GLANZMANN, SZW 2019, 478.

⁵⁴⁹ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 171.

⁵⁵⁰ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 69 ff. und N 172.

⁵⁵¹ GLA. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 168; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725a N 9; GLANZMANN, SZW 2019, 478; GLANZMANN/RUTSCHEIDT, 313.

⁵⁵² Art. 725a Abs. 1 *in fine* OR.

⁵⁵³ KNECHT/KELLER, 138; vgl. GLANZMANN, SZW 2019, 469.

⁵⁵⁴ GLANZMANN/RUTSCHEIDT, 313.

⁵⁵⁵ Vgl. GLANZMANN/RUTSCHEIDT, 313.

⁵⁵⁶ Art. 725a Abs. 4 OR. Siehe zur Kritik an der «gebotenen Eile» oben, II.H.2.

⁵⁵⁷ BÖCKLI, SZW 2017, 529; GLANZMANN/RUTSCHEIDT, 313.

⁵⁵⁸ Art. 725a Abs. 2 OR.

⁵⁵⁹ Art. 731 Abs. 3 OR; GLANZMANN/RUTSCHEIDT, 313; KNECHT/KELLER, 139.

Art. 725a Abs. 3 OR befreit, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht. Auch die Revisionsstelle ist angehalten, mit «gebotener Eile» vorzugehen.⁵⁶⁰

4. Überschuldung

Der Tatbestand der Überschuldung wurde in seiner Konzeption beibehalten, ist neu allerdings in einem eigenständigen Artikel geregelt. Auch der Begriff der Überschuldung wurde beibehalten; eine Überschuldung liegt vor, wenn gem. Art. 725b Abs. 1 OR «*die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind*». Eine Gesellschaft ist somit überschuldet, wenn das Eigenkapital aufgezehrt ist und es der Gesellschaft bei stichtagsbezogener Substanzwertbetrachtung nicht mehr möglich ist, ihre Gläubiger vollständig zu bedienen.

Besteht die begründete Besorgnis zur Überschuldung, ist ein Zwischenabschluss sowohl zu Fortführungswerten als auch zu Veräusserungswerten zu erstellen.⁵⁶¹ Unter altem Recht war nach dem Gesetzeswortlaut nur eine Zwischenbilanz zu erstellen.⁵⁶² Art. 725b Abs. 1 OR verlangt dagegen vom Verwaltungsrat, dass er einen Zwischenabschluss erstellt, wozu eine Bilanz, eine Erfolgsrechnung sowie ein Anhang gehört.⁵⁶³ Der Zwischenabschluss ist neu im Rechnungslegungsrecht in Art. 960f OR konkretisiert. Sodann ist in zwei Situationen nur ein Zwischenabschluss mit einer Bewertung erforderlich:

- Nur ein Zwischenabschluss zu Fortführungswerten ist zu erstellen, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist.⁵⁶⁴
- Nur ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten ist zu erstellen, wenn die Annahme der Fortführung nicht gegeben ist.⁵⁶⁵

Weist der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten eine Überschuldung auf, ist zudem ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten zu erstellen. Nur wenn beide Abschlüsse eine Überschuldung aufweisen, ist die Gesellschaft i.S.v. Art. 725b Abs. 1 OR überschuldet.

⁵⁶⁰ Art. 725a Abs. 4 OR. Wobei sich die Pflicht für ein sorgfältiges Vorgehen für die Revisionsstelle im Allgemeinen aus Art. 755 OR ergibt. Siehe zur Kritik an der «gebotenen Eile» oben, II.H.2.

⁵⁶¹ Art. 725b Abs. 1 Satz 1 OR.

⁵⁶² Vgl. Art. 725 Abs. 2 aOR.

⁵⁶³ GLANZMANN, SZW 2019, 478 f.; KNECHT/KELLER, 142.

⁵⁶⁴ Art. 725b Abs. 1 Satz 2 OR; Botschaft 2016, 578 m.H.a. Erläuternder Bericht 2014, 34.

⁵⁶⁵ Art. 725b Abs. 1 Satz 3 OR; präzisierend zur Annahme der Fortführung Art. 958a Abs. 2 OR; vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725b N 13.

Die Zwischenabschlüsse unterliegen der Prüfpflicht durch die Revisionsstelle. Hat die Gesellschaft vom *Opting-out* Gebrauch gemacht, hat der Verwaltungsrat einen zugelassenen Revisor zu ernennen und mit der Prüfung zu beauftragen.⁵⁶⁶ Selbstredend ist die Ernennung eines Revisors gem. Art. 725b Abs. 2 OR nur relevant, wenn der Überschuldung kein Kapitalverlust vorausgeht und bereits gem. Art. 725a Abs. 2 OR zur Prüfung der Jahresrechnung ein Revisor ernannt wurde.⁵⁶⁷

Ist die Gesellschaft überschuldet, hat der Verwaltungsrat das Gericht zu benachrichtigen und entweder die Konkursöffnung oder eine Nachlassstundung⁵⁶⁸ zu beantragen.⁵⁶⁹ Die Möglichkeit, den Konkurs aufzuschieben, wie das Art. 725a aOR erlaubt hatte, wurde mit der Aktienrechtsrevision gestrichen.⁵⁷⁰ Dafür erfolgten Verbesserungen der Nachlassstundung zwecks Sanierung im SchKG⁵⁷¹, mit denen die Funktion des altrechtlichen Konkursaufschubs übernommen wurden.⁵⁷² Die Überschuldungsanzeige und die mit ihr zusammenhängenden Pflichten sind – wie die Finanzverantwortung – zwingende unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrats.⁵⁷³ Unterlässt der Verwaltungsrat die Überschuldungsanzeige und ist die Überschuldung offensichtlich, hat die Revisionsstelle oder der *ad hoc* ernannte Revisor gem. Art. 728c Abs. 3 bzw. Art. 729c OR eine Meldepflicht. Der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle oder der zugelassene Revisor haben mit der «gebotenen Eile» zu handeln.⁵⁷⁴

Die Benachrichtigung des Gerichts darf unterbleiben, wenn Rangrücktritte in genügendem Umfang vorliegen⁵⁷⁵ oder Aussicht auf eine stille Sanierung besteht.⁵⁷⁶ Der Rangrücktritt von Gläubigern im Umfang der Überschuldung erfasst neu auch die Zinsforderung, womit von der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen wurde.⁵⁷⁷ Vor dem Hintergrund von Rangrücktritten ist zudem zu erwähnen, dass mit Art. 757 Abs. 4 OR die viel kritisierte Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass solche Forderungen Teil des Gesellschaftsschadens sind,⁵⁷⁸ korrigiert wurde.⁵⁷⁹ Nach Art. 757 Abs. 4

⁵⁶⁶ Art. 725b Abs. 2 OR.

⁵⁶⁷ GLANZMANN, SZW 2019, 479.

⁵⁶⁸ Art. 173a SchKG.

⁵⁶⁹ Art. 725b Abs. 3 OR.

⁵⁷⁰ Vgl. Botschaft 2016, 465 f.

⁵⁷¹ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1.

⁵⁷² Botschaft 2016, 465 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 305 f.

⁵⁷³ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

⁵⁷⁴ Art. 725b Abs. 6 OR. Siehe zur Kritik an der «gebotenen Eile» oben, II.H.2.

⁵⁷⁵ Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR.

⁵⁷⁶ Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR.

⁵⁷⁷ Vgl. BGer 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003, E.4; vgl. GLANZMANN, SZW 2019, 479; KNECHT/KELLER, 145.

⁵⁷⁸ BGer 4A_91/2011 und 4A_277/2010 vom 2. September 2010, E.2.3.

⁵⁷⁹ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725b N 16; KNECHT/KELLER, 145 f.

OR sind die im Rang zurückgetretenen Forderungen nicht in die Schadensberechnung der Gesellschaft einzubeziehen. Die stille Sanierung, die auch bereits unter altem Recht anerkannt war,⁵⁸⁰ wurde positivrechtlich in Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR geregelt.⁵⁸¹ Für die umstrittene Frage, in welcher Frist die stille Sanierung längstens möglich sein soll, wurde mit 90 Tagen nach Vorliegen der geprüften Zwischenbilanz Rechtssicherheit geschaffen.⁵⁸²

5. *Würdigung des Sanierungsrechts*

Die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats hat sich mit der Aktienrechtsrevision an einigen Stellen formell- und auch materiellrechtlich geändert. Mit dem neuen Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit erhält das Finanznotlagerecht einen längst fälligen Tatbestand.⁵⁸³ Allerdings ist die Situation einer Gesellschaft, die erkennt, dass auf absehbare Zeit die Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlich ist, bereits prekär. Das Warnsignal erfolgt daher eher spät. Es dürfte fraglich sein, ob Sanierungsbemühungen dadurch rechtzeitig ergriffen werden. Immerhin wird das Bewusstsein des Verwaltungsrats für die Liquidität geschärft. Die Abschaffung der obligatorischen Generalversammlung beim hälftigen Kapitalverlust ist zu begrüssen. Ist eine Generalversammlung nicht erforderlich, sollte die Gesellschaft in der Krise nicht auch noch mit der Durchführung belastet werden. Auch die weiteren Klarstellungen, wie der obligatorische Zwischenabschluss von Art. 725b Abs. 1 OR, die Korrektur der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die Schadensberechnung des Gesellschaftsschadens von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR sowie die Klarstellung, in welcher Frist eine stille Sanierung zu erfolgen hat, sind zu erwähnen. Für den Verwaltungsrat ist allerdings auch unter neuem Finanznotlagerecht die Vorsicht die Mutter der Porzellankiste.

I. **Transparenzvorschriften für Rohstoffunternehmen**

In Art. 964d–964i OR sind Transparenzregelungen für Unternehmen im Rohstoffbereich vorgesehen. Damit wurde das schweizerische Recht an ausländisches –

⁵⁸⁰ Vgl. statt vieler GLANZMANN/RUTSCHEIDT, 314 m.w.H.

⁵⁸¹ Siehe eingehend dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 250 ff.

⁵⁸² GLANZMANN/RUTSCHEIDT, 315; KNECHT/KELLER, 146; krit. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 725b N 16.

⁵⁸³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 7.

insb. EU-Recht⁵⁸⁴ – angepasst.⁵⁸⁵ Vorgesehen ist einerseits, dass eine Bericht-erstattungspflicht besteht, dergestalt, dass betroffene Unternehmen in einem separaten zu veröffentlichenden Bericht ihre Zahlungen oder Sachleistungen an staatliche und staatsnahe Stellen offenlegen müssen, wobei die Schwelle bei CHF 100'000 pro Geschäftsjahr liegt.⁵⁸⁶ Zunächst sind nur rohstofffördernde Unternehmen, die der ordentlichen Revision unterstehen, von der Transparenzpflicht erfasst. Der Bundesrat wurde indes in Art. 964i OR dazu ermächtigt, im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens den Geltungsbereich auf Unternehmen, die im Rohstoffhandel tätig sind, auszuweiten.

III. Intertemporale Regelung

Grundsätzlich gelten gem. Art. 1 Abs. 1 Ueb. Best. OR, die Art. 1–4 des Schlusstitels des ZGB. Die Bestimmungen des neuen Rechts sind gem. Art. 1 Abs. 2 Ueb. Best. OR ab dem Inkrafttreten anwendbar. Abgesehen von zwei Ausnahmen (Geschlechterrichtwerte und Transparenzvorschriften von Rohstoffunternehmen) wurde das neue Recht vom Bundesrat per 1. Januar 2023 in Kraft gesetzt.⁵⁸⁷

Für die Anpassung von Statuten und Reglementen stehen den Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Aktienrechtsrevision im Handelsregister eingetragen waren, zwei Jahre nach Inkrafttreten zur Verfügung.⁵⁸⁸ Die Unternehmen haben also bis Ende 2024 Zeit für die Anpassungen. Die Übergangsfrist ist von untergeordneter Bedeutung, denn mit der Aktienrechtsrevision sind, soweit ersichtlich, keine zwingenden Änderungen der Statuten nötig.⁵⁸⁹ Allerdings sind, wie bereits erwähnt, fakultative Statutenbestimmungen und Verweisungen an das neue Recht anzupassen.⁵⁹⁰ Wollen die Gesellschaften von den neuen Möglichkeiten, die mit der Aktienrechtsrevision geschaffen wurden, profitieren, müssen sie ggf. die Statuten einer Revision unterziehen, diese ist jedoch nicht an die Zweijahresfrist gebunden. Statuten und Reglemente, die mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind, bleiben bis zur Anpassung, längstens bis zum Ende der Übergangsfrist von zwei Jahren, in Kraft. Änderungen sind

⁵⁸⁴ Vgl. die Richtlinie 2013/43/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und die Richtlinie 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013.

⁵⁸⁵ Botschaft 2016, 466 f. und 468.

⁵⁸⁶ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Jusletter 2020, N 56.

⁵⁸⁷ AS 2022 109 f., 109.

⁵⁸⁸ Art. 2 Ueb. Best. OR.

⁵⁸⁹ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 2 OR UeB N 5; JENTSCH, ZHR 2022, 933.

⁵⁹⁰ Siehe oben, II.A.3.d).

in dieser Zeit nur zugunsten des neuen Rechts zulässig. Altrechtliche Regelungen, die unter dem neuen Recht nicht mehr zulässig sind, sind nicht möglich.⁵⁹¹

Für genehmigte Kapitalerhöhungen und Kapitalerhöhungen aus bedingtem Kapital,⁵⁹² die vor Inkrafttreten des neuen Rechts beschlossen wurden, kommt das alte Recht zur Anwendung. Die Beschlüsse der Generalversammlung können jedoch nicht mehr verlängert oder geändert werden.⁵⁹³ Möchte die Gesellschaft das genehmigte Kapital weiterführen, so kann sie dies im Rahmen des Kapitalbands tun, muss dazu allerdings die nötigen Beschlüsse fällen.⁵⁹⁴

Die Berichterstattung über die Richtwerte für die Vertretung der Geschlechter in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gem. Art. 734f OR hat für den Verwaltungsrat gem. Art. 4 Abs. 1 Ueb. Best. OR spätestens ab dem Geschäftsjahr, das fünf Jahre nach Inkrafttreten beginnt, zu erfolgen und für die Geschäftsleitung gem. Art. 4 Abs. 2 Ueb. Best. OR ab dem Geschäftsjahr, das zehn Jahre nach Inkrafttreten beginnt. Der Bundesrat hat Art. 734f OR auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt,⁵⁹⁵ und demnach beginnt die Berichterstattungspflicht für den Verwaltungsrat mit dem Geschäftsjahr 2026 und für die Geschäftsleitung ab dem Geschäftsjahr 2031.

Auf einen altrechtlichen Konkursaufschub gem. Art. 725a aOR, der noch vor Inkrafttreten des neuen Rechts bewilligt wurde, kommen gem. Art. 5 Ueb. Best. OR bis zu dessen Abschluss die altrechtlichen Regelungen zur Anwendung. Es ist auch erlaubt, den Konkursaufschub zu verlängern.⁵⁹⁶

Altrechtliche Verträge sind innerhalb von einer Zweijahresfrist nach Inkrafttreten des neuen Rechts anzupassen.⁵⁹⁷ Dies betrifft Verträge insb. mit Verwaltungsräten und der Unternehmensspitze von börsenkotierten Gesellschaften. Da allerdings die Regelungen der VegüV überwiegend unverändert übernommen wurden, dürfte diese Regelung in der Praxis von untergeordneter Bedeutung sein.⁵⁹⁸ Die Übergangsbestimmung überlässt die Regelung der Rechtsfolgen aufgrund der Vielzahl der möglichen Anwendungsfälle zu Recht den Gerichten im konkreten Einzelfall.⁵⁹⁹

⁵⁹¹ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 2 OR UeB N 7 f.

⁵⁹² Art. 651 und 653 aOR.

⁵⁹³ Art. 3 Ueb. Best. OR.

⁵⁹⁴ Siehe zum Kapitalband oben, II.B.b); vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 2 OR UeB N 6.

⁵⁹⁵ AS 2020 4005 ff., 4063.

⁵⁹⁶ Botschaft 2016, 627.

⁵⁹⁷ Art. 6 Ueb. Best. OR.

⁵⁹⁸ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, Art. 6 OR UeB N 3 f. m.H.a. Art. 735b OR.

⁵⁹⁹ Vgl. Botschaft 2016, 627.

Die Regeln zur Transparenz bei Rohstoffunternehmen (Art. 964d–964h OR) finden erstmals Anwendung auf das Geschäftsjahr, das ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt. Da der Bundesrat die Bestimmungen per 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt hat,⁶⁰⁰ war die Berichterstattungspflicht für das Geschäftsjahr, das am oder nach dem 1. Januar 2022 begann, zu erfüllen. Die ersten Berichte erfolgen somit in diesem Jahr.

IV. Schlussbemerkungen

Die Revision des Aktienrechts war ein umfangreiches Gesetzgebungsprojekt. An bewährten Regelungen wurde festgehalten, in bestimmten Bereichen erfolgten Neuerungen, Anpassungen und Klarstellungen, die unterschiedlich überzeugen. Insgesamt kann gesagt werden, dass mit den Änderungen das Aktienrecht gestrafft, modernisiert und aktualisiert wurde. Gelungene Änderungen sind beim Begriff der Aktiengesellschaft,⁶⁰¹ den neu formulierten sowie durch die bisherige Handelsregisterpraxis ergänzte Sacheinlagebestimmungen,⁶⁰² der Kodifizierung der Verrechnungsliberierung,⁶⁰³ bei der Verlängerung der Frist für die Durchführung einer ordentlichen Kapitalerhöhung,⁶⁰⁴ bei der Reduktion der Schuldenrufe von drei auf einen bei der Kapitalherabsetzung,⁶⁰⁵ mit der neuen Möglichkeit zur Ausrichtung einer Zwischendividende⁶⁰⁶ sowie bei den Transparenzvorschriften für Rohstoffunternehmen⁶⁰⁷ zu finden.

Mit der Abschaffung der Bestimmungen zur (beabsichtigten) Sachübernahme von Art. 628 aOR wurde das Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, verpasst. In der Lehre ist strittig, inwiefern die Bestimmungen über die Sacheinlage zur Anwendung kommen, wenn von einer Gesetzesumgehung auszugehen ist.⁶⁰⁸ Die neue Rechtsunsicherheit ist in der Frage zu finden, wann eine Umgehung der Sacheinlagebestimmungen gegeben ist. Diese Frage wird das Bundesgericht zu klären haben. Die Gründer bzw. der Verwaltungsrat kann sich neu nicht mehr i.S. einer *best practice* auf den *safe harbour* der Sachübernahme verlassen und muss sich bis zu einer bundesgerichtlichen Klärung und ggf. auch darüber hinaus anderweitig, wie z.B. mit *fairness opinions* behelfen müssen.⁶⁰⁹

⁶⁰⁰ AS 2020 4005 ff., 4063.

⁶⁰¹ Siehe oben, II.A.1.

⁶⁰² Siehe oben, II.A.2.b).

⁶⁰³ Siehe oben, II.A.2.d).

⁶⁰⁴ Siehe oben, II.B.4.a).

⁶⁰⁵ Siehe oben, II.B.4.b).

⁶⁰⁶ Siehe oben, II.D.

⁶⁰⁷ Siehe oben, II.I.

⁶⁰⁸ Siehe oben, II.A.2.c).

⁶⁰⁹ Siehe oben, II.A.2.c).

Das bundesrätliche Ziel, dass die Aktienrechtsrevision nicht alle Gesellschaften zur Änderung ihrer Statuten verpflichtet, wurde erreicht. Die Änderungen bei den absolut notwendigen und den bedingt notwendigen Statutenbestimmungen ist zu begrüßen.⁶¹⁰ Will eine Gesellschaft von den mit der Aktienrechtsrevision eingeführten Neuerungen profitieren, die einer statutarischen Grundlage bedürfen, hat sie selbstredend ihre Statuten anzupassen.⁶¹¹

Das Kapitalband, das die genehmigte Kapitalerhöhung mit der genehmigten Kapitalherabsetzung kombiniert, erlaubt es, das Eigenkapital zeitnah an die jeweiligen Bedürfnisse anzupassen, was im Grundsatz positiv zu werten ist. Die Neuerung scheint insbesondere auf Publikumsgesellschaften und sonstige grosse Gesellschaften mit grossem Aktionariat zugeschnitten. Dass kleine Aktiengesellschaften vom Kapitalband rege Gebrauch machen werden, ist u.E. unwahrscheinlich. Wird das Kapitalband mit bedingtem Kapital kombiniert, sind komplexe Fragestellungen zu erwarten, die wohl auch komplexe Lösungen nach sich ziehen werden.⁶¹²

Beim Aktiennennwert darf man sich gleich in zwei Bereichen über neue Möglichkeiten freuen. Einerseits verschafft der Mindestnennwert von grösser als Null Flexibilität für Aktiengesellschaften mit grossem Aktionariat, ohne das Nennwertprinzip in Frage zu stellen,⁶¹³ und andererseits vollzieht der Aktiennennwert in Fremdwährung auf der aktienrechtlichen Seite das, was im Rechnungslegungsrecht mit der Rechnungslegung in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Währung begonnen wurde. Der Nennwertwechsel erlaubt es den Gesellschaften, alle kapitalbezogenen Aspekte in der gleichen Währung zu beachten.⁶¹⁴

Mit der Möglichkeit, eine statutarische Schiedsklausel vorzusehen, sollte Rechtssicherheit geschaffen werden. Dieses Ziel konnte nur beschränkt erreicht werden. Möchte sich eine Gesellschaft für eine statutarische Schiedsklausel entscheiden, ist sie u.E. gut beraten, den sachlichen Anwendungsbereich vorsichtig zu formulieren, insb. der Ausschluss von Streitigkeiten im summarischen Verfahren ist angezeigt, aber auch weitere Vorbehalte sind empfehlenswert. Ausserdem ist kritisch zu sehen, dass Minderheitsaktionäre, die sich einer Mehrheit gegenübersehen, die über das Quorum von Art. 704 OR für wichtige Beschlüsse verfügt, sich eine Oktroyierung einer solchen Klausel gegen ihren Willen gefallen lassen müssen.⁶¹⁵

⁶¹⁰ Siehe oben, II.A.3.a) und II.A.3.b).

⁶¹¹ Siehe oben, II.A.3.c) und II.A.3.d).

⁶¹² Siehe oben, II.B.1.

⁶¹³ Siehe oben, II.B.2.

⁶¹⁴ Siehe oben, II.B.3.

⁶¹⁵ Siehe oben, II.C.

Die Generalversammlung war Gegenstand von umfangreichen Änderungen. Richtigerweise wurde bei der Kompetenz zur Einberufung zwischen Publikumsgesellschaften und privat gehaltenen Aktiengesellschaften unterschieden. Auch für das Traktandierungs- bzw. Antragsrecht wurde eine entsprechende Unterscheidung vorgesehen. Diese beiden Regelungen tragen den unterschiedlichen Realitäten Rechnung. Die Regelungen zum Tagungsort bzw. zu den Tagungsorten der Generalversammlung kodifizieren, was bereits unter altem Recht als zulässig erachtet wurde.⁶¹⁶ Dass für einen Tagungsort im Ausland gem. Art. 701b OR eine statutarische Grundlage erforderlich ist, ist insofern eine Verschärfung. Herausforderungen sind insb. bei Tagungsorten im Ausland für die Eintragung von beurkundeten Geschäften und ggf. im Zusammenhang mit ausländischen Gerichtsständen zu erwarten.⁶¹⁷

Hervorzuheben sind die Neuerungen im Zusammenhang mit der Durchführung der Generalversammlung. Eine Generalversammlung ist neu in Form einer hybriden bzw. virtuellen Form möglich.⁶¹⁸ Bei diesen Varianten üben die Aktionäre ihre Aktionärsrechte unter Zuhilfenahme von elektronischen Mitteln aus. Diese Neuerungen sind insgesamt zu begrüßen. Die Möglichkeit sich direkt an der Generalversammlung zu beteiligen – ohne physische Präsenz –, ist eine klare Verbesserung im Vergleich zum alten Aktienrecht.⁶¹⁹ Bedauerlich ist nach der hier vertretenen Ansicht einzig, dass der Gesetzgeber die Gesellschaft nicht (bzw. in bestimmten Fällen) zur Übertragung des Bildes verpflichtet hat.⁶²⁰ Die Aktionäre müssen sich ggf. mit einer Übertragung des Tons begnügen. Insbesondere für Gesellschaften mit übersichtlicher Aktionärsstruktur wird die neue Möglichkeit der Generalversammlung auf dem Zirkularweg von Bedeutung sein. Da jeder Aktionär eine mündliche Beratung verlangen kann, ist an dieser effizienten Variante der Generalversammlung u.E. nichts auszusetzen. Das Verfahren kann als Zirkularverfahren oder als schriftliche Urabstimmung ausgestaltet sein, allerdings ist u.E. für beide Verfahren die (zumindest konkludente) Zustimmung aller Aktionäre zu gewährleisten.⁶²¹

Das Auskunfts- und Einsichtsrecht erfuhr punktuelle Änderungen. Einzige zentrale Neuerung ist das als Minderheitenrecht ausgestaltete Auskunftsrecht für Aktionäre nicht kotierter Gesellschaften von Art. 697 Abs. 2 und 3 OR. Damit wird eine Lücke in den Informationspflichten geschlossen, zumal private Aktiengesellschaften keiner *ad hoc*-Publizität unterliegen.⁶²² Eine kleine, jedoch weitreichende Änderung erfolgte für das Einsichtsrecht, das neu in einem

⁶¹⁶ Siehe oben, II.E.2.a).

⁶¹⁷ Siehe oben, II.E.2.b).bb).

⁶¹⁸ Siehe oben, II.E.3.b) und II.E.3.c).

⁶¹⁹ Siehe oben, II.E.5.

⁶²⁰ Siehe oben, II.E.3.d) und II.E.5.

⁶²¹ Siehe oben, II.E.4.

⁶²² Siehe oben, II.F.1.

eigenen Artikel geregelt ist (Art. 697a OR). Dieses ist neu kein Individual-, sondern ein Minderheitenrecht und für die Geltendmachung gilt für alle Gesellschaften ein Quorum von mindestens 5 % der Stimmen oder des Aktienkapitals. Mit dieser Schwelle wurde das Einsichtsrecht für Publikumsgesellschaften faktisch abgeschafft, was u.E. zu kritisieren ist.⁶²³ Für die Einleitung einer Sonderuntersuchung erfolgt hingegen eine entsprechende Differenzierung und auch weitere Anpassungen, die Klarheit schaffen.⁶²⁴

Für den Verwaltungsrat waren die Änderungen geringer als für die Generalversammlung. Dass das Gesetz für die Durchführung der Verwaltungsratssitzungen auf die Bestimmungen der Generalversammlung verweist (Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 OR), führt nicht zu Änderungen in der Beschlussfassung im Vergleich zum alten Recht, sondern schafft rechtliche Grundlagen für bereits gelebte Praxis.⁶²⁵ Wesentlich ist das Novum, dass mit Art. 717a OR eine Bestimmung für den Umgang mit Interessenkonflikten in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung eingeführt wurde. Im Grundsatz ist diese zu befürworten, allerdings wäre u.E. eine Handlungsanweisung im Gesetz, welche Massnahmen u.a. zu ergreifen sind, zu bevorzugen gewesen.⁶²⁶

Das Finanznotrecht bzw. Sanierungsrecht wurde in einigen formellen und materiellen Bereichen geändert. Das Grundkonzept des alten Rechts wurde beibehalten und durch den Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit ergänzt. Auch mit dieser neuen Pflicht, die u.E. richtigerweise eingeführt wurde, greift die Handlungspflicht relativ spät.⁶²⁷ Die weiteren Änderungen betreffen hauptsächlich Präzisierungen und Klarstellungen.⁶²⁸

Zusammenfassend ist festzustellen, dass dem Bundesrat die Aktienrechtsrevision im Grossteil gelungen ist. Die Überführung der VegüV ins OR erfolgte ohne viel Aufhebens und an den Grundprinzipien wurde festgehalten – es fand also kein grundsätzlicher Paradigmenwechsel statt und es wurde überwiegend eine Modellpflege betrieben. Dies ist auch richtig, denn das schweizerische Aktienrecht ist im Grundsatz bewährt. Unstimmigkeiten wurden geklärt, Widersprüche aufgelöst und bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert und korrigiert. Gleichwohl ist an einigen Stellen das Kind mit dem Bade ausgeschüttet worden. Festzustellen ist ausserdem die Tendenz, dass gesellschaftspolitische Anliegen mit Regelungen in wirtschaftsrechtlichen Bereichen begegnet wird; dieser Entwicklung konnte sich auch das Aktienrecht nicht verschliessen.

⁶²³ Siehe oben, II.F.1. und II.F.3.

⁶²⁴ Siehe oben, II.F.2.

⁶²⁵ Siehe oben, II.G.1. und II.G.3.

⁶²⁶ Siehe oben, II.G.4.

⁶²⁷ Siehe oben, II.H.2.

⁶²⁸ Siehe oben, II.H.3. und II.H.4.

