

NKF Client News

22. DEZEMBER 2022

Das neue Aktienrecht in der Praxis

1. Vorbemerkungen

Am Tag der parlamentarischen Schlussabstimmung zum revidierten Schweizer Aktienrecht, dem 19. Juni 2020, hat Peter Forstmoser den ersten *Newsletter* von Niederer Kraft Frey zum Thema mit einer Gesamtübersicht über die wesentlichen Elemente der Reform veröffentlicht ([Link](#)). Seither wurde Einiges zum Thema geschrieben und vorgetragen. Im Hinblick auf die Inkraftsetzung des neuen Aktienrechts auf den 1. Januar 2023, möchten wir in diesem *Newsletter* erneut eine Übersicht über die Revision bieten und auf Themen von besonderer praktischer Relevanz etwas vertieft eingehen.

2. Flexibilisierung der Kapitalbasis

2.1 Übersicht über die Änderungen

Es war eines der erklärten Ziele des Gesetzgebers, mit der Revision die Regelungen zum Grundkapital zu flexibilisieren. Auf folgende Neuerungen soll in diesem Zusammenhang hingewiesen werden:

- **Aktienkapital in Fremdwährungen:** Das Aktienkapital kann künftig in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung geführt werden (Art. 621 Abs. 2 nOR; der Bundesrat erlaubt vorderhand USD, EUR, GBP und JPY).
- **Herabsetzung des Mindestnennwerts pro Aktie:** Neu wird der Mindestnennwert pro Aktie von einem Rappen auf einen Betrag, der grösser als null ist, reduziert (Art. 622 Abs. 4 nOR). Dies ermöglicht auch börsenkotierten Unternehmen, deren Aktien bisher am oder nahe am Mindestnennwert von einem Rappen waren, weitere Kapitalherabsetzungen durch Nennwertreduktion oder Aktiensplits.
- **Abschaffung der Sachübernahmeverordnungen:** Unter neuem Recht werden die Tatbestände der Sachübernahme und beabsichtigten Sachübernahme im Rahmen der Gründung und der Kapitalerhöhung abgeschafft.
- **Zusätzliche Offenlegungspflichten in den Statuten:** Die Verrechnungsliberalisierung und die Erhöhung des Aktienkapitals aus freiem Eigenkapital (Art. 652d Abs. 3 nOR) führen zu einer Offenlegungspflicht in den Statuten (Art. 634a Abs. 3 nOR). Bei der Verrechnungsliberalisierung müssen die Statuten den Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung, den Namen des Gläubigers und die ihm zukommenden Aktien angeben.
- **Ausgabebetrag:** Das neue Recht hält ausdrücklich fest, dass Aktionäre weder durch den Entzug der Bezugsrechte (bisher) noch durch die Festsetzung des Ausgabebetrags (neu) in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden dürfen (Art. 652c Abs. 4 nOR). U.E. ist dies eine Ausformulierung des bisherigen (relativen) Gleichbehandlungsgebots und Rechtsmissbrauchsverbots. Bei Vorliegen sachlicher Gründe sollte ein Ausgabebetrag unter dem inneren Wert der Aktien möglich bleiben.

- **Straffung des Kapitalherabsetzungsverfahrens:** Beim Kapitalherabsetzungsverfahren werden bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigt und der Prozess wird verkürzt. Insbesondere dank der Klarstellung, dass der Schuldenruf vor dem Generalversammlungsbeschluss betreffend die Kapitalherabsetzung erfolgen darf, wird das Kapitalherabsetzungsverfahren auch für kotierte Gesellschaften einfacher für regelmässige Kapitalrückzahlungen an Aktionäre nutzbar.
- **Partizipationskapital:** Partizipationskapital, das in an einer Börse kotierte Partizipationsscheine eingeteilt ist, darf neu bis das Zehnfache des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals betragen (bisher das Doppelte; 656b nOR).
- **Reserven:** Das neue Aktienrecht differenziert, dem Rechnungslegungsrecht folgend, zwischen gesetzlichen Kapitalreserven sowie gesetzlichen und freiwilligen Gewinnreserven. Die unter geltendem Recht erforderliche zweite Zuweisung nach Ausrichtung einer Dividende von 5% entfällt (Art. 671 ff. nOR). Das Gesetz gibt des Weiteren eine klare Verrechnungsreihenfolge allfälliger Verluste vor, wobei Verlustvorträge zulässig bleiben (Art. 674 nOR).
- **Zwischendividende:** Das neue Aktienrecht erlaubt nun ausdrücklich Zwischendividenden. Damit können unterjährig beispielsweise Quartals- oder Halbjahresdividenden aus laufenden Gewinnen ausgeschüttet werden. Dafür muss ein Zwischenabschluss erstellt werden, der grundsätzlich durch die Revisionsstelle zu prüfen ist (Ausnahmen bei Verzicht auf die eingeschränkte Revision oder bei gesetzlich zulässigem Verzicht sämtlicher Aktionäre).

2.2 Das Kapitalband (Art. 653s ff. nOR)

Das Institut des Kapitalbandes

Mit dem neuen Aktienrecht wird das Institut des Kapitalbandes eingeführt. Dies stellt eine der grundlegendsten Änderungen des neuen Aktienrechts dar. Beim Kapitalband wird das Institut der *genehmigten Kapitalerhöhung*, welches durch das Kapitalband ersetzt wurde, mit einer "genehmigten Kapitalherabsetzung" kombiniert und die Höhe des Aktienkapitals flexibel ausgestaltet, wobei das Mindestkapital von CHF 100'000 die absolute Untergrenze bildet. Zudem wird das Kapitalband durch die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals im Zeitpunkt des Ermächtigungsbeschlusses nach unten und durch eine Erhöhung desselben im Umfang der Hälfte nach oben begrenzt. In zeitlicher Hinsicht kann das Kapitalband auf maximal fünf Jahre festgelegt werden.

Innerhalb einer in diesen Grenzen festgelegten Bandbreite wird der Verwaltungsrat ermächtigt, das Aktienkapital zu erhöhen und herabzusetzen. Kapitalveränderungen im Rahmen des Kapitalbandes sind durch den Verwaltungsrat festzustellen, öffentlich zu beurkunden und die entsprechende Statutenanpassung anschliessend im Handelsregister anzumelden.

Im Falle, dass die Generalversammlung das Aktienkapital während der Laufzeit des Kapitalbandes ordentlich erhöht oder herabsetzt, fällt der Ermächtigungsbeschluss über das Kapitalband dahin.

Bedingtes Kapital und Kapitalband

Bedingtes Kapital kann ausserhalb oder innerhalb des Kapitalbandes geschaffen werden. Ist es ausserhalb des Kapitalbandes festgelegt, erhöhen sich die Grenzen des Kapitalbandes dynamisch mit der Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital. Ist das bedingte Kapital innerhalb des Kapitalbandes festgelegt, beansprucht die Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital einen Teil des Kapitalbandes. In diesem Fall wird somit der Handlungsspielraum des Verwaltungsrates eingeschränkt.

Bestehendes genehmigtes Kapital

Altrechtliche genehmigte Kapitalerhöhungen bestehen unter neuem Recht bis zu dessen Ablauf von maximal zwei Jahren ab dem zugrundeliegenden Beschluss fort.

3. Aktionärsrechte und Generalversammlung

In diesem Abschnitt wird eine Übersicht über die angepassten Aktionärsrechte gegeben, gefolgt von eingehenden Erläuterungen rund um die Generalversammlung, deren Neuerungen insbesondere auch eine flexiblere Vorbereitung und Durchführung erlauben.

3.1 Übersicht über die Änderungen der Aktionärsrechte

Ein weiteres Ziel des Gesetzgebers bestand in der Stärkung der Aktionärsrechte und des Minderheitenschutzes. In diesem Zusammenhang sind, im Sinne einer Übersicht, insbesondere folgende Neuerungen zu erwähnen:

- **Auskunft und Einsicht:** Das Auskunftsrecht der Aktionäre als Individualrecht bleibt im Grundsatz unverändert bestehen. Unter neuem Recht können Aktionäre einer nicht kotierten Gesellschaft, die gemeinsam 10% des Aktienkapitals oder der Stimmrechte vertreten, vom Verwaltungsrat jederzeit (also auch ausserhalb der Generalversammlung) schriftliche Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Dieser hat die Auskunft innert vier Monaten zu erteilen und die Antworten sind an der nächsten Generalversammlung sämtlichen Aktionären zur Einsicht aufzulegen. Das Einsichtsrecht ist neu nicht mehr als Individualrecht ausgestaltet und steht nur noch Aktionären zu, die (gemeinsam) mindestens 5% des Aktienkapitals oder der Stimmrechte vertreten (Art. 697 ff. nOR).
- **Herabsetzung der Schwellenwerte für die Ausübung von Aktionärsrechten:** Schwellenwerte für die Ausübung von Aktionärsrechten werden für kotierte Gesellschaften herabgesetzt. So kann die Sonderuntersuchung (vormals Sonderprüfung) durch Aktionäre verlangt werden, die 5% des Aktienkapitals oder der Stimmrechte **vertreten** (bisher 10%; Art. 699 Abs. 3 nOR). Gleiches gilt für das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung. Der Schwellenwert für das Traktandierungsrecht wurde gar auf 0.5% (bisher 10%) herabgesetzt (Art. 699b Abs. 1 nOR). 0.5% ist auch der Schwellenwert für Aktionäre, welche die Aufnahme eines Antrags zu einem Traktandum verlangen wollen (Art. 699b Abs. 2 nOR).
- **Abberufung der Revisionsstelle:** Unter dem neuen Recht ist eine Abberufung der Revisionsstelle nur noch aus wichtigen Gründen möglich, und die Gründe für die Abberufung sind im Anhang der Jahresrechnung offenzulegen (Art. 730a Abs. 4 nOR; Art. 959c Abs. 2 Ziff. 14 nOR).
- **Wahrung der Einheit der Materie:** Das neue Aktienrecht kodifiziert den bisher implizit geltenden Grundsatz, dass der Verwaltungsrat sicherzustellen hat, dass Verhandlungsgegenstände an einer Generalversammlung die Einheit der Materie zu wahren haben. Dies bedeutet, dass Verhandlungsgegenstände einen sachlichen inneren Zusammenhang aufweisen müssen. Bei Verletzung sind Beschlüsse anfechtbar. Dies ist auch bei der Umsetzung der Statutenrevision im Hinblick auf das neue Aktienrecht zu beachten.

3.2 Vorbereiten und Abhalten der Generalversammlung

Einberufung und Bekanntgabe des Geschäftsberichts

Die Einberufung der Generalversammlung erfolgt durch Mitteilung an die Aktionäre in der Form, die in den Statuten vorgesehen ist. Sofern die Statuten es vorsehen, ist es somit neu möglich, dass die

Einberufung ausschliesslich in elektronischer Form (z.B. mittels E-Mail und mittels elektronischer SHAB-Publikation oder gar nur mittels elektronischer SHAB-Publikation) erfolgt.

Geschäftsbericht, Vergütungsbericht und die Revisionsberichte können künftig den Aktionären elektronisch zugänglich gemacht werden.

Schriftliche oder elektronische Zirkularbeschlüsse

Künftig besteht die Möglichkeit einer Beschlussfassung der Generalversammlung mittels Zirkularbeschluss in schriftlicher oder elektronischer Form (z.B. E-Mail; Art. 701 nOR).

Tagungsort und virtuelle Generalversammlung (Art. 701a ff. nOR)

Das bisherige Recht kannte keine Bestimmungen zum Tagungsort der Generalversammlung. Im neuen Recht werden nun Zulässigkeit und Voraussetzungen für eine Tagung gleichzeitig an verschiedenen Orten kodifiziert. Weiter ist es neu auch ausdrücklich zulässig, die Generalversammlung ausserhalb der Schweiz durchzuführen (was auch unter geltendem Recht praktiziert wurde).

Unter dem bisherigen Recht mussten Generalversammlungen physisch an einem Tagungsort abgehalten werden. Nach revidiertem Aktienrecht ist es ausdrücklich möglich, eine hybride Generalversammlung durchzuführen, welche eine physische oder elektronische Teilnahme ermöglicht (wurde bereits unter geltendem Recht als zulässig erachtet), oder gar eine rein virtuelle Generalversammlung ohne physischen Tagungsort durchzuführen.

Der Verwaltungsrat regelt die Verwendung der elektronischen Mittel und stellt die ordnungsgemässe Durchführung sicher. Sofern während der Generalversammlung technische Probleme auftreten sollten, die dazu führen, dass die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, muss sie wiederholt werden. Hingegen sind Beschlüsse, die vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst wurden, gültig.

Sowohl die Durchführung einer Generalversammlung an einem Tagungsort ausserhalb der Schweiz als auch die Durchführung einer rein virtuellen Generalversammlung bedürfen einer statutarischen Grundlage.

Protokoll der Generalversammlung

Im neuen Recht wurde der Mindestinhalt des Protokolls der Generalversammlung überarbeitet, und die damit einhergehenden Präzisierungen und Erweiterungen sind zu berücksichtigen (Art. 702 nOR).

Stimmrechtsvertretung

Hinsichtlich der Stimmrechtsvertretung sind insbesondere zwei Punkte besonders erwähnenswert:

- **Stimmrechtsgeheimnis bei kotierten Gesellschaften:** Die Kommunikation zwischen Verwaltungsrat und dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter wird eingeschränkt. Letztere dürfen dem Verwaltungsrat nur noch allgemeine Auskünfte erteilen, was die Anzahl Ja- und Nein-Stimmen sowie Enthaltungen je Traktandum umfasst. Diese Auskünfte dürfen nicht früher als drei Werktage vor der Generalversammlung erteilt werden, und an der Generalversammlung muss Rechenschaft über die erteilte Auskunft abgelegt werden. Ohne Einschränkung zulässig sollte es weiterhin sein, dem Verwaltungsrat Informationen über die erfolgte Vollmachtserteilung zu erteilen (Art. 689c Abs. 5 nOR).
- **Einschränkung der Stimmrechtsvertretung:** Die statutarische Beschränkung der Stimmrechtsvertretung auf andere Aktionäre ist nur noch für nicht kotierte Gesellschaften zulässig (Art. 689d OR).

4. Verwaltungsrat

Ziel der Revision war es auch, die Beschlussfassung des Verwaltungsrates zu modernisieren und die Corporate Governance zu stärken. Die Revision bringt allerdings – insbesondere im Vergleich zur heute gelebten Praxis – wenig Bahnbrechendes. Das Gesetz stipuliert neu, dass Verwaltungsratssitzungen rein virtuell (ohne Tagungsort) abgehalten werden können. Zudem ist es neu möglich, Zirkularbeschlüsse in elektronischer Form zu fassen, wobei dafür ausdrücklich keine Unterschrift erforderlich ist, was eine Beschlussfassung z.B. per E-Mail oder elektronische Medien ermöglicht (Art. 713 nOR).

5. Finanznotlagerecht

Ein weiteres, ausdrückliches Ziel des Gesetzgebers bestand darin, die Sanierungschancen für schweizerische Gesellschaften zu erhöhen. Dafür sollten Anreize geschaffen werden, frühzeitig Sanierungsmassnahmen zu treffen. Weiter sollten die Sanierungsmassnahmen besser auf das Nachlassverfahren abgestimmt werden. Folgende Neuerungen sind in diesem Zusammenhang hervorzuheben:

- **Neue Kalibrierung der "Alarmanlage":** Zu den bestehenden Tatbeständen des Sanierungsrechts, an welche das Gesetz bisher die Pflicht zur Ergreifung von Sanierungsmassnahmen knüpfte (Kapitalverlust und Überschuldung), tritt der neue Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit hinzu. Gemäss Art. 725 nOR trifft den Verwaltungsrat neu auch ausdrücklich die Pflicht, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen und bei drohender Zahlungsunfähigkeit Gegenmassnahmen zu ergreifen. Weiter wird im neuen Recht ausdrücklich festgehalten, dass nur das nominelle Aktienkapital und die gesperrten gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven Grundlage für die Berechnung des hälftigen Kapitalverlusts bilden (nicht sämtliche gesetzlichen Reserven, wie es der gegenwärtigen Praxis der Wirtschaftsprüfer entspricht). Entgegen dem ursprünglichen Willen des Bundesrats hat dies nach parlamentarischer Behandlung des Gesetzes zur Folge, dass der Tatbestand des hälftigen Kapitalverlusts später eintritt, die Warnlampe also später zu leuchten beginnt, als unter geltendem Recht (Art. 725a nOR).
- **Anpassung der Handlungspflichten:** Die Pflicht zur Einberufung einer Generalversammlung bei Eintritt eines Sanierungstatbestands entfällt (keine blosser Informationspflicht der Aktionäre, was auch das Risiko von Informationslecks eindämmt). Neu ist eine Generalversammlung nur noch einzuberufen, wenn dies für die Umsetzung von Sanierungsmassnahmen erforderlich ist (z.B. Kapitalerhöhungen; vgl. Art. 725 Abs. 2 nOR, Art. 725a Abs. 2 nOR). Dagegen müssen kleine Unternehmen bei Eintreten eines Kapitalverlusts die Jahresrechnung prüfen lassen, selbst wenn auf die Revision verzichtet wurde.
- **Neuerungen im Zusammenhang mit der Überschuldung:** Der Tatbestand der Überschuldung bleibt unverändert (negatives Eigenkapital). Neu ist einerseits, dass Rangrücktrittsvereinbarungen auch die Zinsen erfassen müssen (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1). Dies ist bedauerlich, erschwert das doch die Beibringung von Sanierungsdarlehen. Bestehende Rangrücktrittsvereinbarungen, welche diese Anforderungen nicht erfüllen, dürften im Rahmen des Übergangsrechts bestehen bleiben (Erfassung der Zinsen kraft Gesetz nach Übergangsfrist). Andererseits wird die "stille Sanierung" normiert, also die Möglichkeit, die Benachrichtigung des Gerichts nach Feststellung der Überschuldung zu verzögern, solange begründete Aussicht auf Sanierung besteht. Das Gesetz schreibt dafür eine starre Maximalfrist von 90 Tagen nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse vor (kein *safe harbour*).

- **Aufhebung des Konkursaufschiebs:** Mit dem neuen Recht wird das Institut des Konkursaufschiebs aufgehoben (Art. 725a aOR). Der materielle Gehalt der Bestimmung wurde grösstenteils in das Nachlassrecht überführt.

6. Spezifische Bestimmungen für börsenkotierte Gesellschaften

Neben den vorgenannten Änderungen werden in diesem Abschnitt noch Änderungen der Revision beleuchtet, die spezifisch für kotierte Gesellschaften gelten.

6.1 Geschlechterrichtwerte

Ab dem Geschäftsjahr 2025 gilt für börsenkotierte Gesellschaften eine Mindestvertretung beider Geschlechter von 30% im Verwaltungsrat und ab 2030 eine Mindestvertretung beider Geschlechter von 20% in der Geschäftsleitung. Dabei gilt der Grundsatz *comply or explain*, wonach eine Nichteinhaltung im Vergütungsbericht begründet werden muss und Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts anzugeben sind. Die Berichterstattungspflicht beginnt 2026 bzw. 2031 (Art. 734f OR).

6.2 Vergütungsbestimmungen

Mit dem neuen Aktienrecht erfüllt der Gesetzgeber seinen verfassungsmässigen Auftrag und überführt die Bestimmungen gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften von der Vergütungsverordnung in das Gesetz. Daneben wurden gewisse Ergänzungen vorgenommen:

- **Abstimmung über den Vergütungsbericht:** Wird prospektiv über variable Vergütungen abgestimmt, muss der Vergütungsbericht der Generalversammlung fortan zwingend zur unverbindlichen Konsultativabstimmung vorgelegt werden (735 Abs. 4 nOR);
- **Einschränkung der Nutzung des Zusatzbetrags:** Neu und entgegen der bisherigen Praxis ist der Zusatzbetrag für die Entschädigung der Geschäftsleitung bedauerlicherweise nur noch für neue Mitglieder der Geschäftsleitung nutzbar und nicht mehr für Beförderungen innerhalb der Geschäftsleitung. Sinn und Nutzen dieser Verschärfung sind nicht nachvollziehbar (Art. 735a nOR).
- **Entschädigung eines Konkurrenzverbots:** Konkurrenzverbote dürfen ausdrücklich nur noch entschädigt werden, wenn sie geschäftsmässig begründet sind, und die Vergütung darf den Durchschnitt der Gesamtvergütung der letzten drei Jahre nicht übersteigen (Art. 735c nOR).
- **Antrittsprämien und weitere Vergütungen:** Im neuen Recht ebenfalls ausdrücklich unzulässig sind Antrittsprämien (*sign-on-boni*), die keinen nachweisbaren finanziellen Nachteil aufgrund der Annahme der entsprechenden Position ausgleichen (Art. 735c nOR).

7. Bedarf für Statutenänderungen und Übergangsfristen

Zwar war es ein erklärtes Ziel des Gesetzgebers, dass die Revision nicht dazu führt, dass die Statuten angepasst werden müssen. Dieses Ziel wurde indessen, zumindest was kotierte Gesellschaften betrifft, verfehlt. Statuten müssen angepasst werden, um Flexibilisierungen für die Gesellschaft nutzbar zu machen (Tagungsort, virtuelle Generalversammlung). Im Weiteren dürfte es von Aktionären kaum begrüsst werden, wenn neue bzw. gestärkte Aktionärsrechte nicht zeitnah in den Statuten reflektiert würden. Schliesslich können gewisse Widersprüche zwischen Statuten und dem neuen Recht zu nicht unwesentlichen Rechtsunsicherheiten führen.

Statuten und Reglemente sind innert zwei Jahren an das neue Aktienrecht anzupassen. Bestimmungen, die dann nicht dem neuen Aktienrecht entsprechen, treten mit Ablauf dieser Übergangsfrist automatisch ausser Kraft. Neue Statutenbestimmungen, die den aktienrechtlichen Bestimmungen widersprechen, können während der Übergangsfrist nicht mehr eingeführt werden.

Der allgemeine Trend für börsenkotierte Gesellschaften läuft dahin, die Statuten an der ordentlichen Generalversammlung 2023 an das neue Recht anzupassen.

Sollten Sie zu diesem Thema weitere Fragen und Anregungen haben, wenden Sie sich gerne an Ihren regulären NKF-Kontakt.

Autoren/Kontakt

Patrik Peyer
Partner, Corporate/M&A
patrik.peyer@nkf.ch

Moritz Maurer
Partner, Corporate/M&A
moritz.maurer@nkf.ch

Manuel Werder
Partner, Corporate/M&A
manuel.werder@nkf.ch

Roman Sturzenegger
Senior Associate, Corporate/M&A
roman.sturzenegger@nkf.ch

Diese Publikation behandelt nicht zwingend jedes wichtige Thema und deckt nicht jeden Aspekt der Themen ab, mit denen sie sich beschäftigt. Sie dient nicht der rechtlichen oder sonstigen Beratung.

