5MR-Beiträge #1-10

§ fünfminuten
§ recht

Generalversammlungen: Arten und Formen

fünfminuten recht

Arten von Generalversammlungen

Zeitpunkt

Ordentliche Generalversammlung

Innerhalb von 6 Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres (OR 699 II)

- Genehmigung der Jahresrechnung
- Beschlussfassung über das Bilanzergebnis
- Wiederwahl des VR

Keine automatische Verlängerung des VR-Mandats!

- Ggf. Wiederwahl der Revisionsstelle

Ausserordentliche Generalversammlung

So oft wie notwendig und/oder in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen

Z.B. (Auswahl):

- Statutenänderungen
- Kapitalveränderungen
- Personalmutationen ausserhalb einer ordentlichen GV
- Sonstige gemäss Statuten in die Kompetenz der GV fallende Beschlüsse

Teilnehmer

«Normale» Versammlung

Es müssen nicht alle Aktien an der GV anwesend / vertreten sein

- Einberufung gem. statutarisch vorgesehener Form
- Einhaltung der 20-tägigen Einberufungsfrist (Mindestfrist)
- Angabe der Verhandlungsgegenstände (Traktanden) und den dazugehörigen Anträgen

Universalversammlung

Sämtliche Aktien sind an der GV anwesend oder vertreten (OR 701 I)

Weder die Einberufungsform noch die (20-tägige) Einberufungsfrist müssen eingehalten werden.

Sind während der gesamten Dauer der Universalversammlung nicht sämtliche Aktien anwesend oder vertreten, sind die gefassten Beschlüsse **nichtig**!

Formen von Generalversammlungen

Präsenz-GV

- «Klassischer» Fall
- Die GV findet **physisch** an einem Ort statt (=Tagungsort).
- Der Tagungsort wird vom VR bestimmt und in der Einladung bekannt gegeben (Ausnahme: Universal-versammlung).
- Die Stimmabgabe der Aktionäre oder deren Vertreter erfolgt vor Ort.

Von Gesetzes wegen möglich

Virtuelle GV

- Es existiert **kein Tagungsort**.
- Die Stimmabgabe erfolgt ausschliesslich elektronisch (z.B. Zoom u. dgl.).
- Identifikation der Teilnehmer muss sichergestellt werden.
- Bei technischen Problemen ist GV ab diesem Zeitpunkt zu wiederholen.

Statutarische Grundlage erforderlich

Hybride GV

- **Mischform zwischen Präsenz- und virtueller GV**: Anforderungen von beiden Formen müssen eingehalten werden.
- Es existiert ein physischer Tagungsort.
- Die Aktionäre können jedoch auch per Video teilnehmen und ihre Stimmen elektronisch abgeben.

Von Gesetzes wegen möglich (VR-Kompetenz)

Zirkularweg

- GV wird auf dem **Zirkularweg** (z.B. Brief) **oder in elektronischer Form** (z.B. E-Mail) durchgeführt.
- Es müssen sämtliche Aktionäre mit dieser Form einverstanden sein.
- Wie bei der Universal-versammlung müssen die Einberufungs-vorschriften (z.B. Einladungsfrist) nicht eingehalten werden.

Von Gesetzes wegen möglich

Mehrere Orte / Ausland

- Die GV kann im **Ausland** oder auch **an mehreren Tagungs-orten gleichzeitig** durchgeführt werden.
- Variante der Präsenz-GV
- Wird die GV an mehreren Tagungs-orten durchgeführt, so müssen die Voten an alle Tagungsorte unmittelbar in Bild und Ton übermittelt werden.

Statutarische Grundlage erforderlich

Dividendenausschüttungen: Arten und Voraussetzungen

§ fünfminuten recht

Arten von Dividendenausschüttungen

Gegenstand

Bardividende

- «Normalfall»
- Ausschüttung erfolgt in **Geld**.

Sachdividende

- Ausschüttung erfolgt **nicht in Geld**.
- Z.T. auch «Natural-dividende» genannt.
- Z.B. Ausschüttung von Beteiligungen an Tochtergesell-schaften an die Muttergesellschaft oder Koffer mit Schokolade.

Verteilschlüssel

Symmetrische Dividende

- «Normalfall»
- Anspruch auf **verhältnismässigen** Anteil am Bilanz-gewinn (OR 660 I).
- Berechnung des Verhältnisses erfolgt gestützt auf das **nominal** einbezahlte Aktienkapital, d.h. ohne Berücksichti-gung des Agios (OR 661).

Asymmetrische Dividende

- Verhältnis der Ausschüttung erfolgt **abweichend** von der kapitalproportional-en Beteiligung.
- Statutengrundlage notwendig (insb. Vorzugsaktien; OR 660 III).

Zeitpunkt

Ordentliche Dividende

- «Normallfall»
- Beschluss anlässlich der **ordentlichen GV**
- Dividendensubstrat stützt sich auf die Jahresrechnung des letzten Geschäfts-jahres, welche den Gewinnvortrag bzw. freie Reserven der Vorjahre umfasst.

Ausserordentliche Dividende

- Beschluss anlässlich einer **ausser-ordentlichen GV**.
- Dividendensubstrat analog ordentlicher Dividende (Gewinn-vortrag bzw. freie Reserven der Vorjahre).

Zwischendividende

- Seit Revision des Aktienrechts möglich (OR 675a)
- Beschluss anlässlich einer ord. / a.o. GV.
- Dividendensubstrat stützt sich auf Zwischen-abschluss und umfasst **Ausschüttungen aus dem erzielten Gewinn des laufenden Geschäftsjahres** (nach Abzug eines allfälligen Verlustvortrags des Vorjahres).

Verschiedene Hinweise (Auswahl):

§ **Fälligkeit der Dividende**: Sofort mit Beschluss. Die GV kann aber auch einen späteren Fälligkeitstermin beschliessen.

§ **Gestaffelte Dividende**: Ein einziger GV-Beschluss, jedoch beschliesst GV mehrere gestaffelte Fälligkeits-termine (Auszahlung erfolgt in mehreren Tranchen).

§ **Akonto-Dividende** (nicht empfohlen): Bevorschussung einer geplanten Dividende. Problematik: Zum späteren Beschluss-zeitpunkt ist nicht genügend frei verwendbares EK vorhanden.

§ **Dividenden auf eigene Aktien (≠ Aktien im Konzern)**: Die Gesellschaft kann sich selbst keine Dividende für eigene Aktien auszahlen («Niemand kann sein eigener Schuldner sein»).

§ **Gratis Aktien**: Es handelt sich nicht um eine Dividende. Nennwertbetrag wird steuerlich wie Dividende behandelt.

§ **Verdeckte Gewinnausschüttung**: Geldwerte Leistung an Aktionäre. Es handelt sich nicht um eine Dividende, jedoch steuerliche Behandlung wie eine Dividende.

Fünf Voraussetzungen an die Dividendenausschüttung

Jahresrechnung (oder Zwischenabschluss)

- Der VR hat eine Jahresrechnung zu erstellen bzw. erstellen zu lassen.
- Teil des Geschäftsberichts; wird vom VRP und Finanzchef unterzeichnet (OR 958 III).
- Bestimmungen über die Rechnungslegung sind zu beachten.
- Bei einer Zwischendividende ist ein Zwischenabschluss zu erstellen (analog der Jahresrechnung).

Revisionsbericht (sofern kein *Opting-Out*)

- Sofern kein *Opting-Out* besteht, muss die Revisionsstelle («RS») die Jahresrechnung prüfen.
- RS gibt *Empfehlung* ab, ob Jahresrechnung von der GV zu genehmigen ist.
- **Liegt der Revisionsbericht an der GV nicht vor**: **Nichtigkeit** betr. Beschluss über die Genehmigung der Jahresrechnung und Dividendenbeschluss (OR 731 III).
- Zwischendividende: Zwischenabschluss muss geprüft werden; Verzicht durch einstimmigen GV-Beschluss aber möglich (OR 675a II).

Verwendbares Eigenkapital («EK»)

- Bestehen Verluste, müssen diese zuerst mit dem Gewinnvortrag verrechnet werden (OR 674 I 1).
- Das verwendbare EK setzt sich zusammen aus:
  - + Bilanzgewinn (pos. Saldo aus Jahresergebnis und Gewinn- oder Verlustvortrag der letzten Geschäftsjahre);
  - + Freiwillige Gewinnreserve (soweit Statuten oder GV-Beschlüsse nicht etwas anderes vorsehen);
  - + Nicht gesperrter Teil der gesetzl. Reserven (gesetzl. Gewinnreserve und gesetzl. Kapitalreserve).

Zuweisung an Reserven (frei verwendbares EK)

- Nach Abzug der Zuweisung an die Reserven kommt man zum frei bzw. effektiv ausschüttbaren EK (frei verwendbar).
- Zuweisung von 5% des Jahresgewinns an die gesetzl. Gewinnreserve (OR 672 I), bis zusammen mit der gesetzl. Kapitalreserve 50% des im HR eingetragenen Aktienkapitals erreicht wird (Holdinggesellschaft: 20%) (OR 672 II).
- Statuten oder die GV durch Beschluss können bestimmen, dass freiwillige Gewinnreserven zu bilden sind (OR 673 I).

Zwei Beschlüsse der Generalversammlung

- **1. Beschluss:** Genehmigung der Jahresrechnung (oder des Zwischenabschlusses).
- **2. Beschluss:** Beschluss über Gewinnverwendung (eigentlicher Dividendenbeschluss).
- Unübertragbare Kompetenzen der GV (OR 698 II 4).
- Bei ord. Revision muss RS an GV anwesend sein, ansonsten ist GV-Beschluss **anfechtbar** (OR 731 III). **Verzicht durch einstimmigen GV-Beschluss** aber möglich (OR 731 II).
- GV ist nicht an Empfehlung der RS gebunden und entscheidet nach freiem Ermessen.

Vgl. Beispiele auf der nächsten Folie

Verschiedene Hinweise (Auswahl):

§ **Information**: Geschäfts- und Revisionsbericht sind 20 Tage vor der GV elektronisch zugänglich zu machen (OR 699a I).

§ **Verwendungsantrag des VR**: Wird von der RS geprüft. Wird der Antrag abgeändert, braucht es neuen Bericht der RS. Hat Gesellschaft keine RS, sollte der VR an der GV die Gesetzes- und Statutenkonformität des Verwendungsantrags bestätigen.

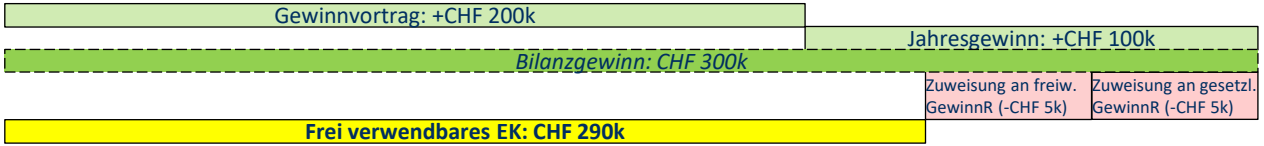
§ **Liquidität**: Nebst den 5 Voraussetzungen muss sich der VR darüber vergewissern, dass die Gesellschaft überhaupt über genügend liquide Mittel zur Auszahlung einer Dividende verfügt (vgl. auch OR 725 I).

3 Beispiele zur Ermittlung des frei verwendbaren Eigenkapitals

Ausgangslage (Aktiengesellschaft ohne Holdingzweck):

- Im HR eingetragenes Aktienkapital: CHF 100k
- Gewinnvortrag vom letzten GJ: +CHF 200k
- Jahresgewinn: +CHF 100k
- Gesetzl. Gewinnreserve: CHF 20k
- Gesetzl. Kapitalreserve: CHF 25k
- Zuweisung an freiwillige Gewinnreserve: -CHF 5k

Tipp: Vollständige Äufnung der gesetzl. Reserven (50%/20% des im HR eingetragenen AK), bevor überhaupt eine Dividende ausgeschüttet wird.



Bis die gesetzl. Gewinnreserven und die gesetzl. Kapitalreserven 50% des im HR eingetragenen Aktienkapitals erreichen, müssen vorweg 5% des Jahresgewinns an die gesetzl. Gewinnreserve zugewiesen werden (OR 672 I und II). Die Statuten oder die GV durch Beschluss können vorsehen, dass freiwillige Gewinnreserven gebildet werden. Diese dürfen jedoch nur dann gebildet werden, wenn das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre dies rechtfertigt (OR 673 II). Erst wenn die Zuweisung an die gesetzliche und freiwillige Gewinnreserve erfolgte, darf eine Dividende ausgeschüttet werden (OR 673 III).

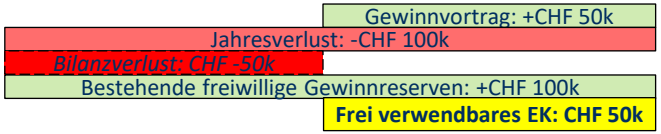
Ausgangslage (Aktiengesellschaft ohne Holdingzweck):

- Im HR eingetragenes Aktienkapital: CHF 100k
- Gewinnvortrag vom letzten GJ: +CHF 200k
- Jahresverlust: -CHF 100k
- Gesetzl. Gewinnreserve: CHF 125k
- Gesetzl. Kapitalreserve: CHF 125k

Bestehen Verluste (hier: CHF 100k Jahresverlust), müssen diese zuerst mit dem Gewinnvortrag verrechnet werden. Es resultiert ein Bilanzgewinn von CHF 100k. Da die gesetzl. Gewinn- und Kapitalreserve insg. CHF 250k ausmachen und damit die Schwelle von 50% des im HR eingetragenen Kapitals um CHF 200k überschreiten, sind CHF 200k zum verwendbaren EK zuzurechnen.

Ausgangslage (Aktiengesellschaft ohne Holdingzweck):

- Im HR eingetragenes Aktienkapital: CHF 100k
- Gewinnvortrag vom letzten GJ: +CHF 50k
- Jahresverlust: -CHF 100k
- Gesetzl. Gewinnreserve: CHF 25k
- Gesetzl. Kapitalreserve: CHF 25k
- Bestehende freiwillige Gewinnreserven: +CHF 100k



Zuerst ist der Jahresverlust mit dem Gewinnvortrag aus dem letzten Geschäftsjahr zu verrechnen. Somit besteht ein Bilanzverlust von -CHF 50k. Danach ist der restliche Jahresverlust von -CHF 50k mit der freiwilligen Gewinnreserve zu verrechnen (vgl. die Reihenfolge in OR 674). Somit beträgt das frei verwendbare EK noch +CHF 50k.

Möglichkeiten der Mitarbeiterbeteiligung

§ fünfminuten recht

Zweck der Mitarbeiterbeteiligung

- Incentivierung
- Langfristige Beschäftigung
- Motivation
- Ergänzung zum Gehalt
- Alternative zum Cash-Bonus

Arten von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen

Aktienplan

- Zuteilung von echten Aktien an Mitarbeiter, d.h. sie werden Aktionäre der Gesellschaft.
- Gesellschaft muss über Aktienpool verfügen (z.B. eigene Aktien oder «Sponsor» (=Aktionär, der sich zur Aktienübertragung im Bedarfsfall verpflichtet)) oder jeweils bei Zuteilung eine Kapitalerhöhung durchführen.

Optionsplan

- Zuteilung von Optionen an Mitarbeiter, welche bei Erfüllen bestimmter Voraussetzungen (z.B. Zeitablauf oder Erreichen vereinbarter Ziele) ausgeübt werden können.
- Erst bei Ausübung erhalten die Mitarbeiter Aktien und sind Aktionäre.
- Gesellschaft braucht bedingtes Kapital oder Aktienpool.

Phantom Plan

- Mitarbeiter erhält nur virtuelle/fiktive Aktien, d.h. Wert ist an jene einer echten Aktie geknüpft.
- Vertragliches Recht an Erfolgsbeteiligung in Geld bei Exit wie ein Aktionär aber ohne gesellschaftsrechtliche Aktionärsstellung.
- Für Gesellschaft sehr einfach zu implementieren; braucht kein bedingtes Kapital oder Aktienpool.

Ausgewählte Aspekte der Umsetzung:

§ **Beteiligungsplan**: Hält namentlich Grundsätze der Zuteilung und Ausübung (inkl. Ausübungspreis und Vesting), Löschung bzw. Rückkaufsrechte sowie allfällige Rechte und Pflichten der Mitarbeiter fest.

§ **Zuteilung**: Wird grundsätzlich durch den VR abgesegnet und in Zuteilungsverträgen/«Grants» mit Mitarbeitern festgehalten.

§ **Vesting**: Regelung, ab wann die Aktien nicht mehr weggenommen bzw. die Optionen ausgeübt werden können (typischerweise gestaffelt über eine gewisse Zeit). Ungevestete Aktien/Optionen müssen insb. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückgegeben werden.

§ **ABV («Aktionärbindungsvertrag»)**: Sieht Möglichkeit und Höhe der Mitarbeiterbeteiligung (Anzahl Aktien/Optionen) sowie Beitrittspflicht der beteiligten Mitarbeiter zum ABV vor.

Unterschiede bei Erwerbspreis und Besteuerung

Aktienplan

↓

Erwerbspreis: Nennwert oder Marktpreis

↓

Besteuerung bei **Zuteilung**

Optionsplan

↓

Erwerbspreis: Nennwert oder Marktpreis

↓

Besteuerung bei **Ausübung**

Phantom Plan

↓

Erwerbspreis: i.d.R. gratis

↓

Besteuerung bei **Realisation**

- Bei Erwerb der Aktien (Zuteilung Aktie bzw. Ausübung einer Option) wird die Differenz zwischen Zuteilungs- bzw. Ausübungspreis zum Marktpreis (bzw. Formelwert) als Einkommen besteuert und unterliegt Sozialversicherungsabgaben.
- Der Gewinn bei einem späteren Weiterverkauf ist grundsätzlich steuerfrei, sofern Aktien während mind. 5 Jahren gehalten wurden (vorbehalten sind kantonale Unterschiede).
- **Je früher der Erwerb der Aktie, desto eher im steuerfreien, privaten Kapitalgewinn.**

- Bei Auszahlung wird die erhaltene Geldleistung als Einkommen besteuert (analog zu einem Bonus).
- Sozialversicherungsabgaben sind ebenfalls geschuldet (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge).

Steuerruling empfohlen

Steuerruling empfohlen

Braucht kein Steuerruling

Bestimmung des Marktpreises ist bei nicht kotierten Unternehmen schwierig; insb. soll für Mitarbeiter nicht jener Wert massgebend sein, den Investoren für Vorzugsaktien bezahlen.
→Praxis: Als Alternative zum Marktpreis wird mit den Steuerbehörden der sog. **Formelwert** vereinbart (vgl. auch ESTV Kreisschreiben Nr. 37) und festgelegt, wann eine Dritttransaktion (z.B. Finanzierungsrunde oder Aktienverkauf) für Mitarbeiterbeteiligung massgebend ist.

Realisation erfolgt grds. beim Exit (Verkauf der Gesellschaft), wobei der Erlös der Phantom Aktie dem Marktpreis einer echten («existierenden») Aktie entspricht.

Die Unterschiede zwischen AG und GmbH

§ fünfminuten recht

Aktiengesellschaft (AG/SA/Ltd)

- Kapitalgesellschaft (OR 620 ff.)
- Aktien oder Partizipationsscheine
- Grds. Anonymität der Mitglieder *(SA = «société anonyme»)*
- Oft KMU und Familienbetriebe, insb. aber Grossunternehmen
- Klare Trennung zw. Willensbildungsorgan (GV) und Exekutivorgan (VR)

Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH/Sàrl/LLC)

- Personenbezogene Kapitalgesellschaft (OR 772 ff.)
- Stammanteile
- Eintragung der Gesellschafter im Handelsregister (OR 791)
- Oft KMU und Familienbetriebe und insb. bei Jungunternehmen
- Grundsatz der Selbstorganschaft: Gesellschafter sind gleichzeitig auch gemeinsam Geschäftsführer. Statuten können Abweichendes regeln und dadurch Drittorganschaft einführen (OR 809 I).

Gemeinsame Merkmale

- Dividenden: Recht an Gewinnbeteiligung
- Ein Gründungsmitglied ausreichend
- Formeller Gründungsakt notwendig (notarielle Beurkundung)
- Existiert erst mit Eintragung im Handelsregister (konstitutive Wirkung)
- Organisation: GV, Verwaltungsrat bzw. Geschäftsführung bei GmbH und Revisionsstelle
- Keine Haftung der Aktionäre/Gesellschafter (Ausnahme: Durchgriff)
- Buchführungs-/Rechnungslegungspflicht (kaufmännisches Gewerbe)
- Typischerweise gewinnorientiert (ideeller Zweck aber möglich)
- Umwandlung AG in GmbH und *vice versa* jederzeit möglich (FusG 53 ff.)
- Nennwert pro Aktie/Stammanteil muss grösser als null sein (OR 622 IV bzw. OR 774 I; früher mind. 1 Rp. pro Aktie bzw. CHF 100 pro Stammanteil)

Ausgewählte Kriterien für die Wahl der Rechtsform:

§ **Gründer**: Bei der GmbH wird ein tieferes Startkapital (CHF 20'000) benötigt als bei der AG (CHF 100'000; mind. 50% zu liberieren).

§ **Personenbezogenheit**: Bei der GmbH können pers. Rechte und Pflichten der Gesellschafter vorgesehen werden (z.B. Nachschusspflicht, Recht auf Selbstorganschaft).

§ **Mitarbeiterbeteiligung**: Nur bei der AG kann bedingtes Kapital geschaffen und damit Optionen für Mitarbeiter ausgegeben werden.

§ **Investoren**: Nebst der Anonymität ist auch die Schaffung von verschiedenen Aktienkategorien sowie die flexible Kapitalausgestaltung der AG interessant. Die AG wird aus Investorensicht oft als die professionellere Rechtsform (u.a. im Start-Up Bereich) angesehen.

§ **Kapitalbedarf**: Unternehmen mit höherem Kapitalbedarf sind typischerweise als AG ausgestaltet. Lediglich die Anteile an einer AG können an einer Börse kotiert werden (d.h. relevant bei IPO/Exit).

Ausgewählte Unterschiede im Einzelnen

AG		GmbH
CHF 100'000 (bzw. Gegenwert bei ausländischer Währung des Aktienkapitals)	**Mindestkapital**	CHF 20'000 (bzw. Gegenwert bei ausländischer Währung des Aktienkapitals)
Mind. 20% des Nennwerts jeder Aktie, insgesamt mind. CHF 50'000	**Liberierung**	100% (keine Teilliberierung möglich)
Zustimmung des **VR** (OR 685 ff.) nur bei statutarischer Übertragungsbeschränkung oder bei Teilliberierung nötig (ansonsten freie Übertragbarkeit)	**Übertragbarkeit**	Grds. Zustimmung durch die **GV** (OR 786 I); abweichende statutarische Bestimmung möglich (OR 786 II)
Nur VR und Revisionsstelle werden im Handelsregister eingetragen, nicht jedoch die Aktionäre	**Publizität der Organe**	Eintragung der Geschäftsführer, Revisionsstelle und auch der Gesellschafter inkl. Beteiligung im Handelsregister (OR 791; HRegV 73 I lit. i)
Ordentliche Kapitalerhöhung/-herabsetzung, Kapitalband, bedingtes Kapital	**Kapital-veränderungen**	Nur ordentliche Kapitalerhöhung/-herabsetzung; nicht möglich: Kapitalband und bedingtes Kapital
Nur Mitglieder des VR und der Geschäftsführung (OR 717 I), nicht jedoch die Aktionäre	**Treuepflicht**	Sowohl Geschäftsführer (OR 812 II/III) als auch Gesellschafter (OR 803); Verzicht möglich bei Gesellschafter (nicht bei Geschäftsführer)
Verboten! Pflicht des Aktionärs beschränkt sich auf die Bezahlung der Kapitaleinlage (OR 680 I)	**Nachschuss-/ Nebenpflichten**	Möglich bei statutarischer Grundlage (OR 795 I; OR 796 I); in der Praxis nur wenig verbreitet
Grds. nicht möglich, Aktionär auszuschliessen (Ausnahmen in Kapitalmarktgesetzgebung und Fusionsgesetz)	**Ausschluss**	Klage auf Ausschluss (OR 823 I) und Statuten können Ausschlussgründe vorsehen, bei deren Erfüllung die GV einen Gesellschafter ausschliessen darf (OR 823 II)

Die einfache Gesellschaft (eG)

§ fünfminuten
§ recht

Elemente einer eG

§ *«Gesellschaft ist die **vertragsmässige Bindung** von **zwei oder mehreren Personen** zur **Erreichung eines gemeinsamen Zwecks** mit **gemeinsamen Kräften oder Mitteln**.»* (530 I OR) ⚠ Fehlt eines dieser Elemente, so liegt keine eG vor!

Vertragsmässige Bindung

- Die eG ist ein Vertrag
- Bindungswille (sog. «*animus societatis*»)
- Übereinstimmende Willenserklärungen (konkludent möglich) betreffend:
  1. Identität der Gesellschafter
  2. Zweck der eG
  3. Beitragspflicht der Gesellschafter (aber nicht betr. Art und Umfang)

Zwei oder mehr Personen

- Einpersonen-eG unmöglich
- Natürliche oder juristische Personen
- Umstritten ist hingegen, ob die eG Gesellschafterin einer eG sein kann

Gemeinsamer Zweck

- Jeder ideelle oder wirtschaftl. Zweck möglich (sofern nicht rechtswidrig, sittenwidrig oder unmöglich)
- Gesellschafter streben dasselbe Ziel an
- Verfolgung von Individualinteressen schliesst eine gemeinsame Zweckverfolgung nicht aus (BGer 4A_148/2024 E. 2.2)

Gemeins. Kräfte od. Mittel

- Jeder Gesellschafter muss einen Beitrag leisten (OR 531 I)
- Irrelevant ist grds. dessen Art und Umfang
- Ist nicht etwas anderes vereinbart, sind gleiche Beiträge in Art und Umfang zu leisten (OR 531 II)

Merkmale einer eG

Fehlende Rechtsfähigkeit

- Die eG ist keine juristische Person und deshalb **nicht rechtsfähig** (ZGB 53).
- Rechtsgeschäfte berechtigen und verpflichten ausschliesslich die Gesellschafter gemeinsam (sog. Gesamthandverhältnis) und nicht die eG.
- Das hat insb. folgende Konsequenzen (Auswahl):
  - Die eG kann weder klagen noch beklagt werden (D.h.: grds. müssen **alle Gesellschafter zusammen** klagen bzw. beklagt werden; sog. notwendige Streitgenossenschaft i.S.v. ZPO 70 I);
  - Die eG kann weder Eigentum noch Besitz erwerben;
  - Die eG kann weder Gläubigerin noch Schuldnerin sein.

Auffangfunktion

- Rechtlich existieren nur die im OR vorgesehenen Gesellschaftsformen (sog. «*numerus clausus*»).
- Sind die Voraussetzungen für die Existenz dieser anderen Gesellschaftsformen nicht erfüllt, so liegt eine eG vor (OR 530 II).
- Die eG übernimmt damit eine Auffangfunktion.
- Deshalb: **Grosser Anwendungsbereich der eG**, z.B.:
  - Gründergesellschaften und Investmentsyndikate
  - Arbeitsgemeinschaften (ARGEs)
  - Konkubinate
  - ABV? (umstritten; vgl. aber BGE 143 III 480 E. 4.3)

Einfache «Gründung»

- Unkomplizierte, schnelle und formlose Gründung
- Insb. keine Statuten und kein Eintrag im Handelsregister nötig bzw. möglich.
- Einzige Voraussetzung ist der Vertragsschluss.
- **Unbewusste Gründung möglich und sogar oft der Fall** (z.B. gemeinsam geplanter Urlaub mit Freunden, Entwicklung eines Projekts oder Anfangsphase eines Start-Ups).
- Schwierige Abgrenzungen zur losen Bindung, zu Solidarverhältnissen und z.T. sogar zu Austauschverträgen.

Ausgewählte Einzelheiten zur eG

Innenverhältnis

Gewinn und Verlust

- Grds. trägt jeder den **gleichen Anteil am Gewinn und Verlust** (d.h. unabhängig vom Beitrag).
- Davon abweichende Vereinbarungen sind aber möglich (OR 533 I).
- Unzulässig jedoch: Vereinbarung, wonach ein allf. Verlust alle tragen, ein allf. Gewinn aber nur einem Einzigen zukommt (sog. *«societas leonina»*).

Gesamthandverhältnis

- Wird eine Sache im Rahmen des Gesellschafterbeitrags zu Eigentum übertragen oder durch einen Gesellschafter *im Namen der eG* erworben (OR 544 I), so steht diese im **Gesamteigentum** (≠Miteigentum) aller Gesellschafter i.S.v. ZGB 652.
- Vereinbarung, dass Miteigentum vorliegen soll, ist zulässig (sog. Bruchteilsgemeinschaft).

Aufnahme neuer Gesellschafter

- Einwilligung aller Gesellschafter nötig (OR 542 I); andere Vereinbarung aber möglich (z.B. Mehrheitsbeschluss).
- Abzugrenzen von
  - **Unterbeteiligung (OR 542 II):** Bewirkt keine Übertragung der Mitgliedschaft, *ergo* ohne Einwilligung möglich; rein obligatorische Berechtigung des Dritten; neue eG zwischen Gesellschafter und Unterbeteiligten.
  - **Gesellschafterwechsel:** Übertragung der Mitgliedschaft (erfolgt durch analoge Anwendung des Zessionsrechts).

Konkurrenzverbot ⚠

- **Gesellschafter müssen alle Handlungen unterlassen, welche die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks verunmöglichen oder auch nur beeinträchtigen** (OR 536).
- Gilt auch für die sog. unerlaubte Selbstbegünstigung.
- Vertragliche Erweiterungen oder Einschränkungen sind zulässig.
- Bei Verletzung: Schadenersatz oder Anspruch auf Übergabe des verbotenen Geschäfts an die eG.

Aussenverhältnis

Vertretung

- Nur durch bürgerliche Stellvertretung i.S.v. OR 32 ff. (OR 543 II).
- Besteht Geschäftsführungsbefugnis, so wird Ermächtigung vermutet (seit BGE 124 III 355 E. 3a wirkt die Vermutung im Innen- und Aussenverhältnis jedoch unterschiedlich).
- **Berechtigt und verpflichtet werden die Gesellschafter gemeinsam und nicht die eG!**

Haftung

- **Unbeschränkte persönliche Haftung** für Gesellschaftsschulden, die durch Vertretung der eG entstanden sind.
- Solidarhaftung (OR 544 III) aber nur für **obligatorische Verbindlichkeiten der Gesellschaft** (in *Abweichung des Gesamthandprinzips*, kann ein Gläubiger gegen einzelnen Gesellschafter vorgehen. Dingliche Ansprüche muss er aber gegen alle Gesellschafter geltend machen)
- Keine Haftung für Privatschulden der anderen Gesellschafter (OR 544 II).

Beendigung

Auflösung

- Vgl. die Auflösungsgründe in OR 545 I
- Z.B. Tod oder Kündigung = Auflösung, soweit keine sog. **Fortsetzungsklausel** vereinbart wurde (empfohlen).
- Kündigung aber nur bei eG auf unbestimmte Dauer mögl. (OR 546 I); muss in guten Treuen und darf nicht zur Unzeit erfolgen.
- Kein Austritts- oder Ausschlussrecht (auch nicht bei wichtigem Grund; diesfalls ist nur die gerichtliche **Auflösung** mögl.).

Liquidation

- Bei Auflösung tritt die eG ins Stadium der Liquidation mit einzigem Zweck der Beendigung der Gesellschaft.
- Verteilung Liquidationsergebnis gem. Regeln der Gewinn-/Verlusttragung.
- Lediglich **Wertersatz** und **keine Rückerstattung** der zu Eigentum eingebrachten Sachen; OR 548).
- Sacheinbringungen zum Gebrauch fallen hingegen an Einbringer zurück.
- Abweichende vertragliche Vereinbarungen sind möglich.

Aktionärbindungsvertrag (ABV)

§ fünfminuten recht

Übersicht ABV

Beschreibung

- Vertrag zwischen mehreren oder allen Aktionären
- Regelung von Rechten und Pflichten unter den Aktionären in Bezug auf ihre Aktionärsstellung
- Inhalt vielfältig (Vertrags- und Inhaltsfreiheit); sollte auf die Gesellschaft und Bedürfnisse der Aktionäre zugeschnitten sein
- Parteistellung zum ABV begründet selbst keine Mitgliedschaftsrechte an Gesellschaft

Zweck

- Gesellschaftsrechtlich dürfen Aktionären (bei einer AG) keine über die Liberierungspflicht hinausgehenden Pflichten auferlegt werden (OR 680; z.B. Konkurrenzverbot)
- Vertragliche Verpflichtung zu solchen weiteren Leistungspflichten aber möglich
- Schafft Personenbezogenheit bei Kapitalgesellschaften

Verhältnis zu Statuten & Gesetz

- ABV hat nur Wirkung unter den Vertragsparteien
- Vorrangklausel empfohlen, dass bei Widerspruch ABV den Statuten vorgeht
- Vorrang von zwingenden Gesetzesvorschriften
- Keine Änderung der gesellschaftsrechtlichen Ordnung, sondern nur **zusätzliche** vertragliche Bindung der Aktionäre
- Gerichtliche Durchsetzung mittels Klage aus Vertrag (≠ gesellschaftsrechtliche Klagen)

Typischer Inhalt eines ABV

Organisation

- Regelung der GV- Kompetenzen (insb. wenn über Gesetz hinausgehend)
- Wahl und Zusammensetzung des VR
- Quoren und Zustimmungserfordernisse bei wichtigen Beschlüssen
- Vetorechte (soweit kartellrechtlich zulässig, da u.U. kontrollbegründend)

Stimmrechtsbindung

- Verpflichtung, einheitlich oder in einem bestimmten Sinne (insb. an der GV) abzustimmen (z.B. Wahl des VR gem. ABV-Regelung)
- Verletzung = Vertragsbruch
- ⚠ **Stimmabgabe bleibt trotz ABV-Verletzung gültig**; GV-Beschluss weder anfechtbar noch nichtig

Informationsrechte

- Regelmässige finanzielle Berichterstattung (z.B. Budget, Quartalsberichte)
- Z.T. umfassende Auskunfts- und Einsichtsrechte (auch ausserhalb GV, vgl. OR 697 ff.)
- Grenze bei entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft

Vertretung Minderheitsaktionäre

- Bei Vielzahl an Kleinaktionären (i.d.R. < 2% Aktienanteil) empfiehlt sich ein sog. Stimmrechtspooling
- Kleinaktionäre ernennen Minderheitsvertreter, der ihre Aktionärsrechte ausübt (nach jeweils vorgängiger Instruktion der Kleinaktionäre)
- Ausmass kann je nach ABV variieren

Gewinnverteilungspolitik

- Regelung über Grundsätze der Gewinnverteilung (z.B. Hürde für Dividende)
- Gewissen Aktienkategorien kann ein Vorzugsrecht an Dividende und/oder Liquidationserlös gewährt werden

Übertragungsbeschränkungen

- Ermöglicht Kontrolle über Aktionärskreis (s. nächste Seite)
- Weitgehender Gestaltungsspielraum
- Ergänzung zur Aktienvinkulierung (OR 685 ff.)

Konkurrenzverbot

- Allen oder gewissen Aktionären (insb. Gründern) wird ein Konkurrenz- und Abwerbeverbot auferlegt
- Ausnahmen für ausgewählte Aktivitäten möglich

Sicherstellung Vertragserfüllung

- Konventionalstrafe oder Kaufrecht bei (schwerwiegender) Vertragsverletzung
- Abschreckende Wirkung (präventiv)
- Erleichtert gerichtl. Durchsetzung, da v.a. Schadensbezifferung schwierig

Vertragliche Übertragungsbeschränkungen im Einzelnen

Generell	• Grundsatz: Sämtliche Aktien unterliegen den ABV-Verfügungsbeschränkungen und sind **nicht frei übertragbar oder belastbar** • I.d.R. **Ausnahmen** für Übertragungen an 100%-Tochtergesellschaften und bei ABV-Vertragsschluss beabsichtigte Übertragungen • ABV sollte Pflicht vorsehen, dass jeder (spätere) **Erwerber von Aktien dem ABV beitreten** muss • Verfahren zur Ausübung der nachfolgenden Rechte und Pflichten ist im ABV detailliert zu regeln

Kaufrecht (*Call-Option / Purchase Right*)	• Bei **Eintritt eines Kaufrechtsfalles** (*Triggering Event*) haben die Gesellschaft und/oder die anderen Vertragsparteien ein **Kaufrecht an allen Aktien** (und nicht nur an Teilen davon) der kaufrechtsbelasteten Partei
	• Typische Kaufrechtsfälle:
	  • Tod, Entmündigung, dauernde Handlungsunfähigkeit sowie Insolvenz / Konkurs
	  • Schwerwiegende Verletzung des ABV oder (vorzeitige) Kündigung des ABV
	  • Im Falle eines Gründers oder Mitarbeiters: Beendigung des Arbeits-/Auftragsverhältnisses
	• Preis: Grundsätzlich **Marktpreis** (*Fair Market Value; «FMV»*), jedoch oft **Aktiennennwert**, wenn Kaufrechtsfall pönalisiert werden soll

Kaufspflicht (*Put-Option*)	• Partei kann verlangen, dass eine andere Vertragspartei ihr einen Teil oder alle Aktien abkauft; belastete Partei ist zum Kauf verpflichtet • ABV kann einen fixen Kaufpreis vorsehen; zumindest sollten Grundsätze der Preisbestimmung vereinbart werden • Kann auch als Gegenstück zur *Call-Option* ausgestaltet werden (z.B. Kauf/Verkauf nach Fristablauf)
Vorhandrecht (*Right of First Refusal*)	• **Vorhandfall:** Bei Veräusserungs*absicht* muss Partei die Aktien zuerst den anderen Vertragsparteien zum Kauf anbieten (*Angebotspflicht*) • Vorhandfall ist unabhängig von einem Angebot eines Dritten • ABV kann vorsehen, dass Preis und weitere Konditionen durch verpflichtete Partei oder durch berechtigte Partei vorgegeben werden
Vorkaufsrecht	• **Vorkaufsfall**: Will eine Partei Aktien verkaufen/übertragen, können die anderen Vertragsparteien diese Aktien vorab erwerben • Massgebend sind grds. **Konditionen wie im Vertrag mit dem Dritten**, inkl. Preis (sog. unlimitiertes Vorkaufsrecht); Falls der Vertrag mit dem Dritten bereits unterzeichnet wurde, muss dieser auflösend bedingt sein, für den Fall dass jemand das Vorkaufsrecht ausübt • Bei Nichtausübung können Aktien an Dritten zu den mitgeteilten Konditionen innert festgelegter Frist verkauft/übertragen werden
Mitverkaufsrecht (*Tag-Along*)	• Bei Verkauf eines im ABV festgelegten Prozentanteils aller Aktien können die **übrigen Vertragsparteien verlangen**, dass sie ebenfalls ihre **Aktien zu den gleichen Bedingungen mitverkaufen dürfen** • Mögliche Vereinbarung, dass bei Kontrollwechsel alle Aktien mitverkauft werden dürfen • Aktienverkauf darf nur vollzogen werden, wenn auch Aktien der Parteien, die Mitverkaufsrecht ausgeübt haben, mitverkauft werden
Mitverkaufspflicht (*Drag-Along*)	• Bei Verkauf eines im ABV festgelegten Prozentanteils aller Aktien können die **veräussernden Parteien verlangen, dass die übrigen Vertragsparteien ihre Aktien mitverkaufen müssen**; Minderheitsaktionäre können so zum Verkauf gezwungen werden • Ermöglicht eine 100%-Übernahme der Gesellschaft durch einen potenziellen Käufer, ohne Beteiligung von Minderheitsaktionären • ABV kann gewisse Mindestkonditionen (z.B. Preis) vorsehen, damit *Drag-Along* gültig ausgeübt werden kann

Der Verwaltungsrat (VR)

§ fünfminuten
§ recht

Übersicht

Zusammensetzung

- Mind. 1 VR-Mitglied, jedoch keine gesetzl. Beschränkung der Anzahl (OR 707 I)
- Bestehen jedoch mehrere Aktienkategorien, so ist für jede Kategorie die Wahl mind. eines Vertreters im VR zu sichern (OR 709 I)
- Jur. Personen sind nicht als VR-Mitglieder wählbar (nur ihre Vertreter; OR 707 III)
- ABV sieht typischerweise Nominierungsrechte vor

Organisation

- Bei mehreren Mitgliedern muss ein Präsident («**VRP**») bezeichnet werden
- Optional: Vize-Präsident
- Funktionen und Zeichnungsberechtigung werden durch VR selbst festgelegt (sog. Selbstkonstituierung, vgl. OR 712 II; statuarische Abweichung möglich)
- Organisationsreglement empfohlen (bei Delegation der Geschäftsführung zwingend; OR 716*b*)

Aufgaben

- Auffangkompetenz: Alle Angelegenheiten, die nicht in die Kompetenzen der GV fallen (OR 716 I)
- Geschäftsführung, soweit diese nicht delegiert wurde (OR 716 II)
- Unübertragbare Aufgaben (OR 716*a*)
- Vertretung der Gesellschaft (OR 718; Mind. 1 Person mit Wohnsitz in CH muss zur Vertretung berechtigt sein (muss nicht Mitglied des VR sein))

Ausgewählte Aspekte

Beschlussfassung

- Mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (OR 713 I; vorbehältlich qualifizierter Mehrheitserfordernisse gemäss ABV)
- Stichentscheid des VRP (OR 713 I; (Abweichung in Statuten möglich)
- Mögliche Beschlussarten (OR 713 II)
  - VR-Sitzungen
  - Unter Verwendung elektr. Mittel
  - Zirkularbeschlüsse
  - Schriftliche Abstimmung

Wahl und Amtsdauer

- VR-Mitglieder werden durch GV gewählt (OR 698 II Ziff. 2)
  - Grundsätzlich je einzeln (Einzelwahl)
  - Gesamtwahl bei statutarischer Grundlage oder bei Zustimmung aller Aktionäre möglich (OR 710 II)
- 3 Jahre, sofern Statuten nichts Abweichendes vorsehen (OR 710 II)
- Maximale statutarische Amtsdauer beträgt 6 Jahre (OR 710 II), jedoch ist Wiederwahl möglich (OR 710 III)

Sorgfalts- und Treuepflicht

- OR 717 I erfordert strikte Sorgfalt («objektivierter» Sorgfaltsmassstab; jedoch erhöhen besondere (Fach-) Kenntnisse den Sorgfaltsmassstab)
- VR muss stets im besten Interesse der AG handeln (gilt auch im Konzern)
- Gleichbehandlung aller Aktionäre (OR 717 II)
- Bei Interessenkonflikten müssen Massnahmen ergriffen werden (OR 717*a*, z.B. Ausstand)

Besonderheiten bei kotierter AG

- Amtsdauer jeweils 1 Jahr (OR 710 I)
- VRP wird zwingend durch GV gewählt (OR 712 I)
- In der Praxis werden erhöhte Anforderungen an Wählbarkeit (bes. Qualifikationen) gestellt
- Vergütung muss durch GV genehmigt werden (OR 698 III Ziff. 3)

Abgrenzungen

Zur Generalversammlung («GV»)

Unübertragbare GV-Kompetenzen (Auswahl; vgl. OR 698 II):

- Festsetzung und Änderung der Statuten;
- Wahl und Abberufung des VR und der Revisionsstelle;
- Genehmigung der Jahresrechnung
- Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes;
- Festsetzung der Zwischendividende und Genehmigung des entspr. Zwischenabschlusses;
- Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrats.

Unübertragbare VR-Aufgaben (Auswahl, vgl. OR 716*a* I):

- Oberleitung und Erteilung der nötigen Weisungen;
- Festlegung der Organisation;
- Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle / -planung;
- Ernennung, Abberufung und Oberaufsicht der mit der Geschäftsführung betrauten Personen;
- Erstellung des Geschäftsberichtes sowie die Vorbereitung der GV und Ausführung ihrer Beschlüsse;
- Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung.

§ VR ist Exekutivorgan einer AG, während GV über die Kompetenz der Festsetzung der Statuten eine «rechtsetzende» Funktion einnimmt.

§ GV ist oberstes Organ (OR 698 I) und kontrolliert VR mittels Wahlen und Entlastungsbeschluss; VR muss gegenüber GV regelmässig Rechenschaft ablegen (z.B. Geschäftsbericht, inkl. Jahresrechnung).

Zur Geschäftsleitung («GL»)

- VR als Gesamtorgan setzt insb. Organisation und Strategie fest und ist für die Oberleitung zuständig
- VR hat zwingend unübertragbare Aufgaben (OR 716*a*) wahrzunehmen, jedoch kann VR ein Geschäft einzelnen Mitgliedern oder Ausschüssen zur Vorbereitung, Ausführung oder Überwachung zuweisen (OR 716*a* II)
- Die unübertragbaren Aufgaben können auch der GL *zur Vorbereitung* übertragen werden (Kompetenz zur Beschlussfassung bleibt jedoch bei VR)
- Im Rahmen seiner Überwachungsfunktion muss VR regelmässig informiert werden (vgl. OR 715*a*)

- Geschäftsführung (d.h. tägliches, operatives Geschäft) kann ganz oder teilweise an einzelne VR-Mitglieder (=VR-Delegierte) oder Dritte delegiert werden (OR 716*b* I)
- Regelmässige Rapportierung an VR
- Nimmt typischerweise an VR-Sitzungen teil zu Informations- und Auskunftszwecken, hat jedoch kein Stimmrecht
- Nebst VR sind auch die mit der Geschäftsführung befassten Personen persönlich verantwortlich für den Schaden, den sie durch fahrlässige/absichtliche Pflichtverletzung verursachen (OR 754 I)

§ Soweit der VR die Geschäftsführung nicht delegiert, steht sie allen VR-Mitgliedern gemeinsam zu (OR 716*b* V).

§ VR ist im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht für Auswahl, Instruktion und Überwachung der GL-Mitglieder verantwortlich und kann bei Verletzung trotz gültiger Delegation persönlich haftbar sein (OR 754 II).

Die Amtsdauer des Verwaltungsrats

Keine stillschweigende (automatische) Verlängerung

§ fünfminuten recht

Grundsätzliches zur VR-Amtsdauer

§ Regelung im Gesetz

- Die Amtsdauer beträgt 3 Jahre, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen (OR 710 II)
- Die Amtsdauer darf 6 Jahre nicht übersteigen, wobei eine Wiederwahl (auch nach 6 Jahren) möglich ist (OR 710 II/III)
- Bei börsenkotierten AG: Alljährliche Wahl bzw. Wiederwahl für jedes einzelne VR-Mitglied zwingend (OR 710 I)

Regelungsmöglichkeiten in den Statuten

Zulässig:

- Beliebige Festlegung der Amtsdauer zwischen 1-6 Jahren (GV kann bei VR-Wahl aber eine kürzere Amtsdauer bestimmen)
- Ausschluss/Beschränkung Wiederwahlmöglichkeit
- Weitere Amtszeitbeschränkungen (z.B. Altersguillotine)
- Eintritt in die Amtsdauer eines vor Ablauf der Amts-dauer ausgeschiedenen VR-Mitglieds (Ersatzwahl muss durch GV erfolgen; VR darf nicht selbst Ersatz bestimmen)
- Periodische Gesamt- / Teilerneuerung des VR

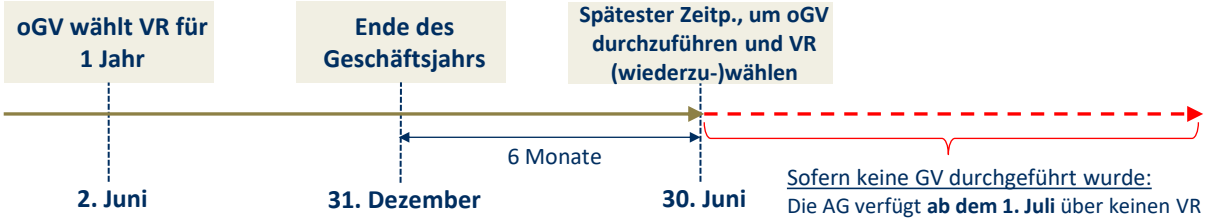
Nicht zulässig:

- Pflicht, im VR zu bleiben, bis Nachfolge gefunden wurde (Verstoss gegen Demissionsrecht; zulässig aber im ABV)
- Automatische und stillschweigende VR-Wiederwahl für den Fall, dass GV nicht oder nicht rechtzeitig durchgeführt wird oder eine Blockadesituation in der GV (Wahlpattsituation) vorliegt; **nichtige** Klausel gemäss BGE 140 III 349 E. 2

Bundesgericht: Keine stillschweigende Verlängerung der Amtsdauer!

Bundesgericht in BGE 148 III 69 E. 3.5:

*«Das Amt des Verwaltungsrates endet **mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres**, wenn keine Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde.»*



Sofern keine GV durchgeführt wurde:
Die AG verfügt **ab dem 1. Juli** über keinen VR mehr. Es fehlt damit an einem gesetzlich vorgeschriebenen Organ. Es liegt somit ein **Organisationsmangel** vor (OR 731*b* I Ziff. 1).

Nächste Seite: **Konsequenzen** sowie **präventive & reaktive Massnahmen** zur Vermeidung bzw. Behebung eines solchen Organisationsmangels.

Konsequenzen, wenn VR nicht rechtzeitig (wieder-)gewählt wurde (Auswahl):

§ **Keine Einberufung zur GV möglich**: Der VR ist für die GV-Einberufung zuständig (OR 700 I). Existiert kein VR (weil die Amtsdauer abgelaufen ist), kann keine GV einberufen werden. Vorbehältlich einer Universalversammlung, ist die durch ein unzuständiges Organ («Nichtmehr-VR») einberufene **GV nichtig** (BGer 4A_387/2023 E. 6.3.2). An einer solchen GV kann deshalb auch der VR nicht (wieder-)gewählt werden.

§ **Haftungsrisiko bleibt dennoch bestehen**: Auch wenn die VR-Mitglieder nach Ablauf der Amtsdauer automatisch aus dem Amt scheiden, bleibt ihr Haftungsrisiko aus der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (vgl. OR 754 I) als sog. «faktische Verwaltungsräte» weiterhin bestehen, sofern sie sich weiterhin wie VRs verhalten (BGE 148 III 69 E. 3.3). Zudem sind die faktischen VRs verpflichtet dafür zu sorgen, den Organisationsmangel (z.B. durch Hinwirken auf eine Universalversammlung) zu beheben (BGer 4A_387/2023 E. 6.2.2).

§ **Keine Zustimmung zur Aktienübertragung möglich**: Sind Aktien nicht voll liberiert (OR 685) oder unterliegen sie statutarischen Übertragungsbeschränkungen («Vinkulierung»; OR 685*a*), so geht das Eigentum erst mit Zustimmung des VR zur Aktienübertragung auf den Erwerber über (OR 685*c* I). Existiert kein VR, kann *ergo* keine Zustimmung erteilt werden. Jedoch: 3 Monate nach Gesuch um Zustimmung durch den Erwerber greift die Fiktion von OR 685*c* III und das Eigentum geht dennoch über.

§ **Unzutreffender HR-Eintrag; jedoch Gutglaubensschutz**: Durch den mangels rechtzeitiger Wiederwahl ausgeschiedene VR wird der Eintrag im Handelsregister («HR») unzutreffend. Vertritt ein solcher ehem. VR (als faktischer VR) die AG, darf ein **gutgläubiger** Dritter auf den (falschen) HR-Eintrag vertrauen (OR 718*a* II) und der Vertrag kommt dennoch zustande. Wusste der Dritte aber, dass der VR (mangels rechtzeitiger Wiederwahl) aus dem Amt geschieden ist, greift der Gutglaubensschutz nicht (d.h. der Vertrag kommt nicht zustande).

Präventive und reaktive Massnahmen (Auswahl):

Präventive Massnahmen

§ **Rechtzeitige Durchführung der oGV**: Konsequente Durchführung der oGV innerhalb von 6 Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres (OR 699 II) und dabei VR (wieder-)wählen.

§ **«Notfall-aoGV»**: Zeichnet sich ab, dass die oGV nicht rechtzeitig stattfinden kann (z.B. weil Revisionsbericht nicht rechtzeitig vorliegt), sollte der VR eine aoGV einberufen (zwingend vor Ablauf der 6 Monate), anlässlich welcher der VR präventiv (wieder-)gewählt wird.

§ **Geeignete Statutenbestimmung / jährliche Wiederwahl (sehr empfohlen)**: Die VR-Amtsdauer in den Statuten auf ≥ 2 Jahre festsetzen. Den VR aber dennoch *alljährlich* für eine weitere zweijährige Amtsdauer (wieder-)wählen. So bleibt der VR im Amt, auch wenn die oGV nicht innerhalb von 6 Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres stattfindet.

Reaktive Massnahmen

§ **Universalversammlung («UV»)**: VR-Wahl durch UV (da hier VR nicht einberufen muss). Voraussetzung: *Sämtliche Aktionäre* müssen an der UV anwesend oder vertreten sein (OR 701 I). Andernfalls *Nichtigkeit* der GV, womit VR wieder nicht gewählt wäre.

§ **Einberufung durch Revisionsstelle («RS»)**: Notfalls kann auch die RS eine GV einberufen (OR 699 I). Setzt aber voraus, dass AG über eine RS verfügt (kein *Opting-out*).

§ **Gerichtliches Organisationsmangelverfahren**: Da ein Organisationsmangel vorliegt (vgl. erste Seite), kann jeder Aktionär dem Gericht die Ergreifung der erforderlichen Massnahmen beantragen; u.a. die Ernennung des fehlenden Organs (OR 731*b* I^{bis} Ziff. 1). *Achtung: Risikobehaftet, da Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist und andere Massnahmen als die Beantragten anordnen kann (sog. Offizialmaxime; BGer 4A_50/2024 E. 3.1.1).*

§ **Gerichtliche GV-Einberufung**: Aktionäre mit ≥ 10% des Aktienkapitals können vom VR die Einberufung einer GV verlangen (OR 699 III Ziff. 2). Reagiert VR nicht (da nicht mehr im Amt), könnte ggf. die Einberufung durch das Gericht verlangt werden (vgl. OR 699 V). *Achtung: Umstritten, ob diese Vorgehensweise möglich/zulässig ist!*

Die Revisionsstelle (RS)

§ fünfminuten recht

Übersicht

Wahl

- Unentziehbare GV-Kompetenz, die RS zu wählen (OR 698 II Ziff. 2)
- Eine oder mehrere natürliche oder jur. Pers. oder Personengesellschaften (OR 730 II)
- Mind. ein Mitglied der RS muss Wohnsitz, Sitz oder eingetragene Zweigniederlassung in der Schweiz haben (OR 730 IV)
- Die Abberufung der RS durch die GV ist nur aus wichtigen Gründen möglich (OR 730*a* IV)
- *Opting-Out* ist nur für künftige Geschäftsjahre möglich (OR 727*a* II)

Amtsdauer

- 1-3 Jahre; Amt endet mit Abnahme der letzten Jahresrechnung; Wiederwahl möglich (OR 730*a* I)
- Wird RS nicht (rechtzeitig) wiedergewählt, weil oGV nicht (rechtzeitig) durchgeführt wurde, verbleibt RS dennoch im Amt bis zur Abnahme der nächsten Jahresrechnung (keine analoge Anwendung der Rechtspr. zur VR-Amtsdauer; BGer 4A_387/2023 E. 8.2)
- Nur bei *ordentlicher* Revision: Höchstdauer von 7 J., danach darf gleiches Mandat erst nach Unterbruch von 3 J. wieder aufgenommen werden (OR 730*a* II)

Anforderungen an die RS

- Abgestufte Anforderungen je nach Unternehmen bzw. Umfang der Revisionspflicht (OR 727*b*/727*c*):
  - Publikumsgesellschaften: Staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen
  - Ordentliche Revision: Zugelassener Revisionsexperte
  - Eingeschränkte Revision: Zugelassener Revisor
- Anforderungen vorgenannter Revisionstypen sind im Revisionsaufsichtsgesetz (RAG) geregelt
- **Tipp**: Vor Wahl der RS im öffentl. Register überprüfen, ob RS den Anforderungen genügt: Öff. Register RAB
- Anforderungen an Unabhängigkeit der RS variieren je nach Umfang der Revisionspflicht (OR 728/729).

Umfang der Revisionspflicht bei der AG

Ordentliche Revision (OR 727)

- Publikumsgesellschaften
- Überschreiten folgender zwei Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren
  - Bilanzsumme von CHF 20 Mio.
  - Umsatzerlös von CHF 40 Mio.
  - 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt
- Bei Pflicht Konzernrechnung zu erstellen
- Wenn Aktionäre, die 10% des Aktienkapitals halten, dies verlangen
- Wenn Statuten dies vorsehen oder GV dies beschliesst (selbst wenn keine Pflicht zur ord. Revision besteht)

Eingeschränkte Revision (OR 727*a*)

- Voraussetzungen für ord. Revision nicht erfüllt
- Im Falle eines Kapitalverlusts (OR 725*a* II)
- Zwingend bei mehr als 10 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (kein *Opting-Out* möglich)
- Jeder Aktionär hat (unentziehbares) Recht, spätest. 10 Tage vor GV eine eingeschr. Revision zu verlangen; GV muss dann zuerst RS wählen
- Bei rechtzeitigem Widerruf, muss auch das *bereits abgeschlossene* Geschäftsjahr (GJ) revidiert werden; folglich müssen GV-Beschlüsse betr. Genehmigung Jahresrechnung und Verwendung des Bilanzergebnis vertagt werden

Verzicht auf eingeschränkte Revision, sog. «*Opting-Out*» (OR 727*a*)

- Voraussetzungen (kumulativ):
  - Keine Pflicht zur ordentlichen Revision;
  - Zustimmung *sämtlicher* Aktionäre (inkl. allf. Partizipanten)
  - Nicht mehr als 10 Vollzeitstellen
- Wirkt neu nur für *zukünftige* GJ (kein rückwirkendes *Opting-Out* mehr möglich)
- Anmeldung des Verzichts *vor* Beginn des nächsten GJ beim Handelsregister (HRA)
- Dem HRA ist der Jahresabschluss des letzten abgelaufenen GJ und eine sog. «KMU-Erklärung» einzureichen
- Aktionäre können *Opting-Out* schriftl. zustimmen; VR darf Frist ansetzen mit Androhung, dass Stillschweigen als Zustimmung gilt
- Wird *Opting-Out* anlässlich GV beschlossen, müssen alle Aktionäre an GV anwesend/vertreten sein (str.)
- ***Opting-Out* hat keine Auswirkung:**
  - Pflicht zur Buchführung und Erstellung Geschäftsbericht
  - Gesetzl. Fälle, für die Revisor für Prüfung/Bestätigung notwendig ist

Aufgaben und Pflichten der Revisionsstelle

Hauptaufgabe: Prüfung der Rechnungslegung

Ordentliche Revision

Umfassende Prüfung (OR 728*a*):

- *Positive* Prüfung: Jahresrechnung (ggf. Konzernrechnung) bzgl. Konformität mit Gesetz/Statuten und gewähltem Rechnungslegungsstandard (IFRS, etc.)
- *Positive* Prüfung: VR-Antrag über Verwendung Bilanzergebnis betr. Konformität mit Gesetz/Statuten
- Existenz internes Kontrollsystem (IKS)
- Börsenkotierte AG: Vergütungsbericht auf Konformität mit Gesetz/Statuten prüfen
- *Nicht erfasst:* Geschäftsführung des VR

Revisionsbericht (OR 728*b*):

- Umfassender Bericht an VR
- Zusammenfassender Bericht an GV mit Inhalt gem. OR 728*b* II

Eingeschränkte Revision

Summarische Prüfung (OR 729*a*):

- *Negative* Prüfung: Ob Sachverhalte vorliegen aus denen zu schliessen ist, dass Jahresrechnung *nicht* Gesetz/Statuten entspricht
- *Negative* Prüfung: Hinweise, ob VR-Antrag betr. Verwendung Bilanzergebnis *nicht* dem Gesetz/Statuten entspricht
- *Nicht erfasst*: Geschäftsführung des VR sowie Kontrolle betr. IKS (Pflicht für IKS nur bei AG, die ord. Revision unterliegen)

Revisionsbericht (OR 729*b*)

- Zusammenfassender Bericht an GV mit Inhalt gem. OR 729*b* I

Weitere Aufgaben und Pflichten

Anzeigepflichten (OR 728*c* / OR 729*c*)

- **Nur** Ordentliche Revision: Umfangreiche Anzeigepflichten der RS an den VR bei Feststellung von Verstössen gegen Gesetz, Statuten und Organisationsreglement. Anzeige an GV bei Verstössen gegen Gesetz und Statuten, sofern diese «wesentlich» sind und VR nach Meldung der RS keine angemessenen Massnahmen trifft.
- Ordentliche **und** eingeschränkte Revision: **Bei offensichtlicher Überschuldung muss RS das Gericht benachrichtigen, wenn VR dies unterlässt.**
  RS ist nicht verpflichtet ihrer Anzeige einen Zwischenabschluss beizulegen, wenn der VR keinen solchen erstellt. RS ist auch nicht verpflichtet, selber/unentgeltlich eine Zwischenbilanz zu erstellen. Sie muss den Tatbestand der Überschuldung diesfalls auf andere Tatsachen stützen, z.B. auf die letzte Jahresrechnung (BGE 150 III 315 E. 5.3).

Gesetzliche Prüfungshandlungen und Bestätigungen

- Das Gesetz sieht in verschiedenen Fällen Prüfungshandlungen/Bestätigungen durch einen zugelassenen Revisionsexperten oder zugelassenen Revisor vor (vgl. Bonusfolie)
- Bei ordentlicher Revision: Gesetzl. vorgesehene Prüfungshandlungen/Bestätigungen, die gem. Gesetz von einem zugelassenen Revisor vorzunehmen sind, müssen dennoch von einem zugelassenen Revisionsexperten durchgeführt/erstellt werden.

Verschiedene Hinweise:

§ **Anwesenheit der RS**: Unterliegt die AG der ordentlichen Revision, muss RS an der GV anwesend sein, ansonsten ist GV-Beschluss **anfechtbar** (OR 731 III). Verzicht auf Anwesenheit der RS durch einstimmigen GV-Beschluss aber möglich (OR 731 II).

§ **Organstellung**: Die RS ist ein Gesellschaftsorgan. Fehlt eine RS, obwohl die AG zur ordentlichen oder eingeschränkten Revision verpflichtet wäre, so liegt ein Organisationsmangel vor (OR 731*b* I Ziff. 1).

§ **Revisionsbericht muss an GV vorliegen**: Liegt der Revisionsbericht an der GV nicht vor, so sind der GV-Beschluss über die Genehmigung der Jahresrechnung und der Dividendenbeschluss **nichtig** (OR 731 III).

§ **Einberufungsrecht**: Sofern nötig, ist die RS berechtigt, die GV einzuberufen (OR 699 I); Einberufungsrecht der RS kann als Ausweg dienen, wenn AG über keinen VR mehr verfügt, der die GV einberufen kann (vgl. 5MR/#8 - Die Amtsdauer des Verwaltungsrats).

Bonusfolie: Prüfungshandlungen und Bestätigungen (Auswahl)

In folgenden ausgewählten (nicht abschliessend aufgezählten) Fällen sieht das Gesetz eine Prüfungshandlung oder Bestätigung eines zugelassenen Revisors oder zugelassenen Revisionsexperten vor:

Obligationenrecht

Zugelassener Revisor

- Prüfungsbestätigung Gründungs-bericht (OR 635*a*; jedoch kein Gründungsbericht und somit keine Prüfungsbestätigung erforderlich bei Barliberierung)
- Revisionsbericht bei Kapitalerhöhung aus Eigenkapital (OR 652*d*)
- Prüfungsbestätigung betr. Kapitalerhöhungsbericht bei ordentlicher Kapitalerhöhung (OR 652*f*), sofern nicht in bar liberiert wird
- Prüfung letzte Jahresrechnung bei Kapitalverlust; Verzicht mögl. bei Gesuch um Nachlassstundung (OR 725*a*)
- Prüfung Zwischenabschlüsse bei Überschuldung (OR 725*b*)
- Prüfungsbestätigung bei Aufwertung von Grundstücken u. Beteiligungen (OR 725*c*)

Zugelassener Revisionsexperte

- Prüfungsbestätigung bei Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital (OR 653*f*)
- Bestätigung bei Streichung Statutenbestimmung über bedingtes Kapital (OR 653*i*)
- Prüfungsbestätigung bei Kapitalherabsetzungen (OR 653*m* / OR 653*u*)
- Kapitalherabsetzung bei Unterbilanz (OR 653*p*)
- Bestätigung bei frühzeitiger Verteilung des Vermögens bei der Liquidation (OR 745)
- Bestätigung betr. Rückzahlung von Nachschüssen bei der GmbH (OR 795*b*)
- Feststellung frei verwendbares Eigenkapital, wenn Gesellschaftern bei der GmbH Abfindung zu bezahlen ist (OR 825*a*)

Fusionsgesetz

Zugelassener Revisor

- Prüfungsbericht betr. Fusionsvertrag und Bilanz bei Fusion von Stiftungen (FusG 81)
- Prüfungsbericht bei Fusion von Stiftungen, wenn SHAB-Schuldenruf unterbleiben soll (FusG 85)

Zugelassener Revisionsexperte

- Prüfungsbestätigung bei Fusion von Gesellschaften im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung (FusG 6)
- Prüfungsbestätigung des Fusionsvertrags, Fusionsberichts und Fusionsbilanz (FusG 15); Verzicht auf die Prüfung möglich, bei KMU, sofern alle Gesellschafter zustimmen (FusG 15 II)
- Prüfungsbestätigung, wenn SHAB-Schuldenruf unterbleiben soll (FusG 25)
- Prüfung des Umwandlungsplans, Umwandlungsberichts und Umwandlungsbilanz (FusG 62); Verzicht möglich bei KMU, sofern alle Gesellschafter zustimmen (FusG 62 II)

! **OR 727*b*: Spricht das Gesetz von zugelassenem Revisor und untersteht die Gesellschaft der *ordentlichen Revision,* so muss die Prüfungshandlung oder Bestätigung anstelle des zugelassenen Revisors dennoch durch einen zugelassenen Revisionsexperten erfolgen.**

EXPERTsuisse bietet sog. Prüfungsstandards zu den vorgenannten Prüfungsbestätigungen an, welche in der Praxis von grosser Bedeutung sind und als Leitlinien für die Prüfungshandlungen dienen.

Der Organisationsmangel

§ fünfminuten
§ recht

Anwendungsfälle (OR 731*b* I)

Vorgeschriebenes Organ fehlt

- Verwaltungsrat (**VR**) wurde nicht rechtzeitig wiedergewählt (vgl. 5MR/#8 - Die Amtsdauer des Verwaltungsrats)
- Revisionsstelle (**RS**) fehlt, obwohl die AG zur ordentlichen oder eingeschränkten Revision verpflichtet wäre (vgl. 5MR/#9 – Die Revisionsstelle)
- Alle VR-Mitglieder treten ohne Ersatz gleichzeitig zurück
- Einziges VR-Mitglied stirbt
- Einziger Liquidator tritt zurück bei Gesellschaft in Liquidation

Mangelhafte Zusammensetzung

- Gesellschaft erfüllt das gesetzliche Wohnsitzerfordernis (OR 718 IV/730 IV) nicht
- Fehlen der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Mitglieder der Organe, z. B. des VR-Präsidenten (OR 712; Ausnahme bei Einpersonen-VR)
- Einziges VR-Mitglied wird handlungsunfähig
- Anforderungen an RS (OR 727*b*/727*c*) sind nicht erfüllt (z.B. ist Gesellschaft neu der ord. Revision unterstellt, hat aber «nur» zugelassenen Revisor und nicht zugelassene Revisionsexpertin)
- Gesetzlich vorgeschriebenes Organ ist nicht handlungsfähig (z.B. infolge Pattsituation)

Weitere Organisationsmängel

- Kein Rechtsdomizil der Gesellschaft an ihrem Sitz
- Aktienbuch (OR 686 I) oder Verzeichnis über die gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen (OR 697*l*) wird nicht vorschriftsgemäss geführt
- Die Gesellschaft hat Inhaberaktien ausgegeben, ohne dass sie Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind (OR 622 I^{bis})

Organisationsmangelverfahren

Vorgehen

- Aktivlegitimation: Aktionäre, Nutzniesser und Gläubiger (OR 731*b* I)
- Passivlegitimiert ist immer Gesellschaft
- Örtliche Zuständigkeit: Gericht am Sitz der Gesellschaft (ZPO 10 I)
- Summarverfahren (ZPO 250 lit. c Ziff. 6)

Rolle des Handelsregisters

- Stellt Handelsregister (**HR**) Mängel in der gesetzl. zwingend vorgeschriebenen Organisation fest, fordert es die Gesellschaft zur Behebung des Mangels auf (OR 939 I).
- Wird Mangel nicht innert Frist behoben, überweist HR Angelegenheit ans Gericht (OR 939 II).

Rechtsbegehren

- Klage auf Behebung des Organisationsmangels
- Kläger muss nicht besonderes Rechtsschutzinteresse aufzeigen (str.)
- Gericht ist nicht an Anträge der Parteien gebunden; kann auch Interesse Dritter (z.B. nicht-klagende Aktionäre) berücksichtigen

Entscheid des Gerichts

- Konkreter Sachverhalt und Verhältnismässigkeitsprinzip ist zu berücksichtigen
- Gericht hat grosses Ermessen bei Anordnung von Massnahmen; Bundesgericht schreitet nur zurückhaltend ein

Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels

Kaskade; Prüfung im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips

Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (OR 731*b* I^bis Ziff. 1)
- Gesellschaft soll innert angemessener Frist selbständig den Organisationsmangel beheben.
- Oft ordnet Gericht konkret an, welche Massnahmen erforderlich sind (z.B. Bezeichnung eines Vertreters mit Wohnsitz in der Schweiz und dessen Eintragung im HR).
- Mildeste Massnahme und daher grds. immer anzuordnen, ausser bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit.

Einsetzung eines Organs oder Sachwalters (OR 731*b* I^bis Ziff. 2)
- Selten: Gericht ernennt das fehlende bzw. nicht korrekt zusammengesetzte Organ selber.
- Zurückhaltend: Ernennung eines Sachwalters, um Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sicherzustellen.
- Dauer (OR 731*b* II) sowie Kompetenzen des Organs bzw. Sachwalters sind im Urteil festzuhalten.
- Gesellschaft kann die gerichtlich eingesetzten Personen nicht selber abberufen; bei wichtigem Grund (z.B. Unfähigkeit der eingesetzten Person oder Behebung des Mangels vor Ablauf der Dauer) kann sie deren Abberufung verlangen (OR 731*b* III).

Auflösung und Liquidation der Gesellschaft (OR 731*b* I^bis Ziff. 3)
- Ultima ratio, da einschneidendste Massnahme; Berücksichtigung sämtl. Umstände im Rahmen der Interessenabwägung.
- Liquidationsverfahren gemäss Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.
- Z.B. bei inaktiver Gesellschaft, welche keine Anstalten zur Behebung eines Organisationsmangels macht.
- Darf nicht als Umgehung der Auflösungsklage (OR 736 Ziff. 4) angewendet werden, welche z.B. bei dauerhafter Pattsituation im Aktionariat verlangt werden könnte (BGE 138 III 294 E. 3.3.2).

- Prüfung des Sachverhalts durch Gericht im Einzelfall, um passende Massnahme für Beseitigung des Organisationsmangels anzuordnen
- **Liste in OR 731*b* I^bis ist nicht abschliessend**; weitere nicht gesetzlich vorgesehene Möglichkeiten (Rechtsprechung):
  - Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrates
  - Einberufung einer Generalversammlung (z.B. für Wahl VR/RS oder für Statutenänderung zur Umwandlung Inhaber- in Namenaktien)
  - Bei Zweipersonengesellschaften: Möglichkeit der Übernahme der Aktien durch anderen Aktionär im Rahmen einer richterlich angeordneten Versteigerung, jedoch gibt es gemäss Bundesgericht keinen Anspruch auf Erwerb der Aktien bei gegenseitiger Blockade

§ fünfminuten
§ recht

Letizia Schlegel
MLaw, LL.M., Rechtsanwältin

Direkt: +41 58 658 57 26
letizia.schlegel@walderwyss.com

Florian Iten
MLaw, Rechtsanwalt

Direkt: +41 58 658 56 76
florian.iten@walderwyss.com