Bild iStockphoto/primeimages

Was Verwaltungsratsmitglieder über das neue Aktienrecht wissen müssen!

Am 1. Januar 2023 trat nach mehrjähriger Vorlaufzeit das neue Aktienrecht vollständig in Kraft. Mit diesem Beitrag wird man in fünf Minuten fit für die wichtigsten Neuerungen gemacht, welche die Organisation des Verwaltungsrats und seine Pflichten betreffen.

Marion Bähler
Rechtsanwältin & Managing Associate

Dr. iur. Dario Galli
Rechtsanwalt & Senior Associate

Am 1. Januar 2023 trat nach mehrjähriger Vorlaufzeit das neue Aktienrecht vollständig in Kraft. Mit diesem Beitrag wird man in fünf Minuten fit für die wichtigsten Neuerungen gemacht, welche die Organisation des Verwaltungsrats und seine Pflichten betreffen.

Beschlussfassung: Wahl zwischen Tradition und Moderne

Das bisherige Aktienrecht ging implizit davon aus, dass sich die Verwaltungsratsmitglieder für Sitzungen physisch treffen. Aufgrund der zunehmenden digitalen Vernetzung führten Verwaltungsräte jedoch bereits in der Vergangenheit ihre Sitzungen oft mit elektronischen Mitteln (Telefon- oder Videokonferenzen) durch, obwohl dies gesetzlich nicht geregelt war.

Das neue Aktienrecht lässt Verwaltungsratssitzungen unter Verwendung elektronischer Mittel ausdrücklich zu. Dabei unterscheidet es einerseits zwischen Sitzungen, die an einem Tagungsort stattfinden, an welchen die Verwaltungsratsmitglieder aber auch auf elektronischem Weg teilnehmen können (sog. hybride Verwaltungsratssitzungen). Andererseits erlaubt das neue Aktienrecht Verwaltungsratssitzungen, die komplett im virtuellen Raum abgehalten werden (sog. virtuelle Verwaltungsratssitzungen). Ungeachtet der Form ist weiterhin bei jeder Verwaltungsratssitzung ein Protokoll zu führen, das die Vorsitzende und der Protokollführer unterzeichnen müssen.

Ausserhalb von Sitzungen kann der Verwaltungsrat, sofern keines seiner Mitglieder die mündliche Beratung verlangt, seine Beschlüsse wie bisher auf dem Zirkularweg fassen. Auch diese Beschlussfassungsform hat der Gesetzgeber liberalisiert. Neu sind nicht nur Zirkularbeschlüsse auf schriftlichem Weg, sondern auch in elektronischer Form zulässig. Dabei erlaubt das Gesetz sogar elektronische Beschlüsse ohne Unterschrift (z.B. per E-Mail oder in WhatsApp-Chatgruppen). Wir empfehlen aber Zirkularbeschlüsse u.a. aus Beweisgründen nur ausnahmsweise (z.B. bei Dringlichkeit) in elektronischer Form ohne Unterschrift zu fassen. Zu beachten ist ferner, dass etwa in WhatsApp-Chatgruppen gefasste Beschlüsse im Rahmen einer Due-Diligence-Prüfung bei möglichen Investorinnen oder Käufern der Aktiengesellschaft – zumindest was die interne Governance betrifft – nicht unbedingt einen vertrauenserweckenden Eindruck hinterlassen dürften. Zirkularbeschlüsse in elektronischer Form sollten daher eine einfache (z.B. DocuSign) oder qualifizierte elektronische Signatur tragen.

Bevor nun Verwaltungsratsbeschlüsse ausserhalb von Sitzungen in elektronischer Form gefasst werden, gibt es zweierlei zu bedenken:

- Erstens sind solche elektronischen Verwaltungsratsbeschlüsse nur zulässig, wenn die Statuten diese nicht indirekt verbieten, indem sie – wie es oft anzutreffen ist – vorschreiben, dass solche Beschlüsse schriftlich sein müssen. Dem Vorsichtsprinzip folgend, ist es sogar empfehlenswert, die Verwendung elektronischer Mittel in den Statuten ausdrücklich zu regeln. Möchte man von den neuen Formen der Beschlussfassung profitieren, sollten die Statuten daher geprüft und gegebenenfalls angepasst werden.

- Zweitens akzeptieren die Handelsregisterämter elektronische Verwaltungsratsbeschlüsse in diesen «modernen» Formen nicht. Wie bisher müssen eigenhändig (oder mit qualifizierter elektronischer Signatur) unterzeichnete Beschlüsse bzw. Protokolle beim Handelsregisteramt eingereicht werden, wenn ein Handelsregistergeschäft einen Verwaltungsratsbeschluss erfordert.

Neue Pflichten und Fallstricke bei finanzieller Schieflage

Das revidierte aktienrechtliche Sanierungsrecht sieht wie bisher den Tatbestand des Kapitalverlusts und der Überschuldung vor, schafft aber zusätzlich den Sanierungstatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Es wird nun eine explizite Pflicht des Verwaltungsrats statuiert, die Zahlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft zu überwachen. Dazu war er allerdings bereits unter dem alten Recht aufgrund seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht verpflichtet. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit ist der Verwaltungsrat bei der Wahl geeigneter Massnahmen frei. Denkbar wäre beispielsweise die Aufnahme von Darlehen, eine Reduktion interner Kosten oder die Beschaffung von frischem Eigenkapital.

> **Neu sind nicht nur Zirkularbeschlüsse auf schriftlichem Weg, sondern auch in elektronischer Form zulässig. Dabei erlaubt das Gesetz sogar elektronische Beschlüsse ohne Unterschrift (z.B. per E-Mail oder in WhatsApp-Chatgruppen).**

Der Sanierungstatbestand des Kapitalverlusts und die damit verbundenen Pflichten des Verwaltungsrats wurden durch das neue Aktienrecht nur teilweise geändert. Ein Kapitalverlust liegt wie bis anhin vor, wenn das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven nicht mehr vollständig durch die Vermögenswerte der Aktiengesellschaft gedeckt sind. In diesem Fall muss der Verwaltungsrat geeignete Massnahmen (z.B. Auflösung von Reserven, eine Aufwertung von Aktiven oder eine Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital) treffen, wobei er neu nicht mehr zwingend eine Generalversammlung einberufen muss. Überdies müssen nach neuem Aktienrecht alle Aktiengesellschaften, die einen Kapitalverlust aufweisen, ihre letzte Jahresrechnung durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen. Ist kein zugelassener Revisor gewählt, muss der Verwaltungsrat eine Ad-hoc-Prüferin bestellen. Wird dies unterlassen oder geht vergessen, so ist die spätere Genehmigung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung ungültig. Erfahrungsgemäss entgeht jedoch oftmals gerade Aktiengesellschaften, die keine Revisionsstelle gewählt haben, dass sie einen Kapitalverlust erlitten haben. Aktiengesellschaften ohne gewählte Revisionsstelle sollten daher durch interne Prozesse sicherstellen, dass ein allfälliger Kapitalverlust frühzeitig erkannt und bei dessen Vorhandensein die zusätzlichen Pflichten eingehalten werden.

Auch der Tatbestand der Überschuldung (d.h. die Verbindlichkeiten werden nicht mehr durch die Vermögenswerte der Aktiengesellschaft gedeckt) und die damit verbundenen Pflichten des Verwaltungsrats wurden durch das neue Aktienrecht teilweise geändert. Der Verwaltungsrat muss bei deren Vorliegen nach wie vor Zwischenabschlüsse erstellen und das Gericht benachrichtigten, welches entweder ein Konkursverfahren oder ein Nachlassverfahren eröffnet. Der Verwaltungsrat kann allerdings von der Benachrichtigung des Gerichts absehen:

- wenn Gläubiger im Umfang der Überschuldung einen Rangrücktritt erklären, sofern dieser den geschuldeten Betrag zuzüglich neu ausdrücklich auch die während der Zeit der Überschuldung fälligen Zinsen abdeckt. Um nicht zu riskieren, dass Rangrücktritte ungültig sind, sollte sichergestellt werden, dass die entsprechenden Erklärungen explizit auch allfällige Zinsen umfassen. Auch in der Vergangenheit abgeschlossene Verträge sollten dahingehend geprüft und angepasst werden; oder

- solange hinreichende Aussicht besteht, dass die Überschuldung innerhalb einer angemessenen Frist, spätestens jedoch innerhalb von 90 Tagen nach Erstellung der entsprechenden Zwischenabschlüsse, beseitigt werden kann und die Ansprüche der Gläubigerinnen nicht weiter gefährdet werden. Dass der Verwaltungsrat unter diesen Umständen mit der Anrufung des Gerichts zuwarten konnte, war bereits unter altem Recht anerkannt. Jedoch klafften die Meinungen in der Praxis und Lehre weit auseinander, wie lange er Zeit hat (wenige Tage bis hin zu mehreren Monaten), um die Überschuldung zu beseitigen. Die gesetzliche Frist von 90 Tagen schafft zwar Rechtssicherheit, engt aber den Handlungsspielraum für Sanierungsbemühungen ein und erhöht das Verantwortlichkeitsrisiko der Verwaltungsratsmitglieder aufgrund von Konkursverschleppung bei Überschreitung dieser Frist.

Achtung: Ein Verwaltungsratsmandat kann man automatisch verlieren!

Das neue Aktienrecht sieht für Verwaltungsratsmitglieder von nicht kotierten Aktiengesellschaften eine dreijährige Amtsdauer vor. In den Statuten kann von dieser gesetzlichen Regel abgewichen werden, was Aktiengesellschaften bereits in der Vergangenheit rege getan haben. So sehen viele Statuten eine Amtszeit von lediglich einem Jahr vor.

In diesem Zusammenhang sollte einem wichtigen, kürzlich ergangenen Urteil des Bundesgerichts Beachtung geschenkt werden: Verwaltungsratsmitglieder scheiden laut Bundesgericht automatisch aus dem Verwaltungsrat aus, wenn sie nicht innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres, in dem die Amtsdauer ausläuft, wiedergewählt werden. Wenn das Geschäftsjahr einer Aktiengesellschaft (wie bei vielen Aktiengesellschaften) am 31. Dezember endet, müssen die Verwaltungsratsmitglieder somit bis zum 30. Juni wiedergewählt werden. Andernfalls scheiden sie am 1. Juli automatisch aus dem Verwaltungsrat aus, d.h., das Mandat wird – auch wenn die Verwaltungsratsmitglieder gutgläubig weiter walten – nicht verlängert.

Angesichts der zahlreichen rechtlichen Probleme – im schlimmsten Fall kann der rechtmässige Zustand nur durch Anrufung des Gerichts wiederhergestellt werden –, die eine vergessene Wiederwahl und der damit einhergehende Verlust des Verwaltungsratsmandats verursachen, sollte die statutarische Amtsdauer überprüft und gegebenenfalls auf zwei oder drei Jahre verlängert werden. Diese Regel erhöht die Flexibilität und man kann, indem die Generalversammlung die Verwaltungsratsmitglieder trotzdem sicherheitshalber jährlich in ihrem Amt bestätigt, sicherstellen, dass bei einer ausnahmsweise verspäteten Wiederwahl die Mitglieder ihr Amt trotzdem noch behalten. Unabhängig davon sollte, beispielsweise durch Führung von Checklisten, sichergestellt werden, dass die ordentliche Generalversammlung rechtzeitig durchgeführt und dabei auch die Wahl des Verwaltungsrats traktandiert wird.

Text **Marion Bähler & Dario Galli**

Mehr Informationen unter
www.walderwyss.com/de

walderwyss rechtsanwälte