

Bern, im Juni 2008

Die Auswirkungen der auf den 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Gesetzesänderungen im Aktienrecht auf Konzerngesellschaften – welcher Handlungsbedarf besteht?

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit der Revision des GmbH-Rechts, welche am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, wurden gleichzeitig auch Teile des Aktien- und Firmenrechts revidiert. Wir erlauben uns, Ihnen eine Auswahl der wichtigsten Änderungen zukommen zu lassen, welche Sie bzw. Ihre Firma als Konzerngesellschaft betreffen.

1. Abschaffung der Pflichtaktie

Die bisherige Pflicht der Verwaltungsräte, ebenfalls Aktionär der Gesellschaft zu sein, wurde mit dem revidierten Art. 707 OR aufgehoben. In der Praxis wurde den Verwaltungsräten häufig mittels eines Treuhandvertrags eine einzige Aktie übertragen (sog. Pflichtaktie). Diese Treuhandverträge können nun aufgelöst und die Aktien zurück übertragen werden; das Aktienbuch ist entsprechend anzupassen. Gemäss Art. 702a OR haben die Verwaltungsräte nun explizit das Recht, an der Generalversammlung teilzunehmen und sind berechtigt, Anträge zu stellen. Die Verwaltungsräte sind aus diesem Grund nach wie vor zu den Generalversammlungen – auch wenn diese als Universalversammlungen abgehalten werden – einzuladen, wenn sie nicht auf die Einhaltung der Einladefrist verzichten. Die Anwesenheit der Verwaltungsräte bzw. eine allfällige Erklärung betreffend Verzicht auf eine Teilnahme sind im Protokoll der Generalversammlung vorzugsweise festzuhalten.

2. Revisionsrecht – Verzicht auf einen Konzernprüfer

Die neuen Revisionsvorschriften von Art. 727 ff. OR knüpfen bezüglich der Prüfungspflicht nicht wie bisher an die Rechtsform an, sondern an die Grösse der Gesellschaften. Es wird neu unterschieden zwischen einer ordentlichen und einer eingeschränkten Revision. Unter gewissen Voraussetzungen kann eine Gesellschaft gänzlich von der Revisionspflicht befreit sind.

Ordentlich revidiert werden müssen Publikumsgesellschaften, wirtschaftlich bedeutende Unternehmen und Gesellschaften, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind.

Im neuen Aktienrecht ist im Gegensatz zur früheren Rechtslage kein separater Konzernprüfer mehr vorgesehen¹. Neu wird die Konzernrechnung von den Revisoren der Muttergesellschaft geprüft. Die Statuten sind entsprechend anzupassen und die Hinweise auf die Revisoren der Konzernrechnung zu streichen. An der Generalversammlung ist nur noch die Revisionsstelle und kein Konzernprüfer mehr zu wählen. Ein allfälliger weiterer Anpassungsbedarf der Statuten im Zusammenhang mit den obgenannten Änderungen ist in jedem Fall zu prüfen.

3. Firmenrecht

Neu müssen nach Art. 950 OR sämtliche Aktiengesellschaften ihre Rechtsform ("AG") in der Firma angeben; die frühere Einschränkung auf Aktiengesellschaften, die Personenangaben enthalten, wurde aufgehoben. Bisherige Aktiengesellschaften, die keine Angaben zu ihrer Rechtsform enthalten, haben gemäss den Übergangsbestimmungen 2 Jahre Zeit, ihre Firma anzupassen. Unterlässt eine Gesellschaft diese Anpassung, ergänzt das Handelsregisteramt die Firma von Amtes wegen.

4. Möglichkeit der Gründung einer Einpersonen-AG

Gemäss Art. 625 OR ist es neu möglich, eine Aktiengesellschaft mit nur einem Gründer zu gründen. Das Erfordernis, dass mindestens 3 Aktionäre für eine Gründung notwendig sind, ist weggefallen. Der Gründer kann entweder eine natürliche oder eine juristische Person sein, wobei die Nationalität – wie im übrigen bereits nach bisherigem Recht – grundsätzlich keine Rolle spielt.

5. Offenlegung von beabsichtigten Sachübernahmen

Eine beabsichtigte Sachübernahme ist gegeben, wenn eine Kapitalgesellschaft bereits im Zeitpunkt ihrer Gründung oder bei einer Kapitalerhöhung den konkreten Plan hat, Vermögenswerte von Aktionären oder Dritten entgeltlich zu übernehmen. Eine beabsichtigte Sachübernahme muss unter Angabe des Objekts, des Maximalpreises und des Veräusserers in den Statuten und im Handelsregister offen gelegt werden, damit keine Umgehung der Sacheinlagevorschriften möglich ist. Diese Offenlegungspflicht ist gemäss Art. 628 Abs. 2 OR neu auf Übernahmen von Aktionären oder diesen nahe stehenden Dritten beschränkt; soweit eine Sachübernahme von einem unabhängigen Dritten beabsichtigt ist, entfallen nach revidiertem Aktienrecht die Offenlegungspflicht und die damit verbundenen Formalitäten (Aufnahme in die Statuten während 10 Jahren mit Nennung von Veräusserer und Maximalpreis, Bericht der Gesellschafter, Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisors, SHAB-Publikation).

6. In-Sich-Geschäfte

Wird die Gesellschaft beim Abschluss eines Vertrags durch diejenige Person vertreten, mit der sie den Vertrag abschliesst, so muss der Vertrag gemäss Art. 718b OR zwingend schriftlich abgefasst werden. Dieses Erfordernis gilt nicht für Verträge des laufenden Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von 1000 Franken nicht übersteigt. Ziel dieser neuen Bestimmung ist der Schutz der Gesellschaft vor Schaden und mitunter die Sicherung des Nachweises, dass die Geschäfte den Marktbedingungen entsprechend vorgenommen werden (arm's length Prinzip).

7. Lockerung des Domizil- und Nationalitätserfordernisses für Mitglieder des Verwaltungsrats

Gemäss der früheren Rechtslage musste die Mehrheit des Verwaltungsrats in der Schweiz wohnhaft sein und das Schweizer Bürgerrecht oder das Bürgerrecht eines Mitgliedstaats der EU oder der EFTA besitzen; diese Bestimmung von Art. 708 aOR wurde gestrichen. Nach Art. 718 OR ist neu einzig erforderlich, dass eine Person (bzw. zwei Personen bei Kollektivunterschrift zu zweien) mit Wohnsitz in der Schweiz – entweder ein Verwaltungsrat oder ein Direktor – die Gesellschaft vertreten kann. Das Nationalitätserfordernis ist ganz entfallen.

8. Änderungen bei der GmbH

Bei der GmbH ist generell eine Angleichung an die Aktiengesellschaft erfolgt. Auch sie kann neu als Einpersonen-Gesellschaft gegründet werden. Die bisherige Beschränkung des Kapitals auf 2 Millionen Franken ist entfallen. Die GmbH präsentiert sich damit auch für Grosskonzerne nun eher als Alternative zur AG, insbesondere etwa für Joint Ventures, da es bei der GmbH, anders als bei der AG, zulässig ist, Nachschusspflichten, Konkurrenzverbote, Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte, Konventionalstrafen oder andere Nebenleistungspflichten in den Statuten festzulegen.

9. Cash Pooling

Zum Thema des Cash Pooling gibt es im Rahmen der Aktienrechtsrevision keine eigentlichen Änderungen; aber diverse Fälle (z.B. Swissair und Erb) haben in jüngerer Zeit gezeigt, dass in der Schweiz ein Cash Pooling im Konzern zu erheblichen Problemen für die Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften führen kann.

Die Fragestellungen rund um das Cash Pooling sind vielschichtig. Zum Schutz der Verwaltungsräte sollten diverse Massnahmen getroffen werden. Die Anpassung des Zweckartikels ist dabei ein Element von vielen. Der Zweckartikel der Gesellschaft sollte die Möglichkeit des Cash Pooling ausdrücklich erwähnen; eine Anpassung der Statuten scheint aus diesem Grund angezeigt.

Wir hoffen, dass Ihnen diese Zusammenstellung dient. Gerne stehen wir Ihnen bei der Überprüfung, ob für Ihr Unternehmen Handlungsbedarf besteht, beratend zur Seite und sind Ihnen bei der konkreten Umsetzung der Statutenanpassungen behilflich.

Freundliche Grüsse

HÄUSERMANN + PARTNER

Markus Häusermann Christoph Käser