

Der Verwaltungsrat im neuen Aktienrecht

Dr. iur. Giorgio Meier-Mazzucato, ITERA & AEDES (Aarau/Zürich)

Das neue Aktienrecht mit den Änderungen vom 19. Juni 2020 tritt am 1. Januar 2023 in Kraft. Es zeichnet sich durch eine umfassende Revision und erhebliche Weitläufigkeit aus. Vorliegend von Interesse sind einerseits wesentliche Neuerungen für den Verwaltungsrat und andererseits Aspekte der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats.

Die Bestimmungen zum Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften finden sich im bestehenden wie im neuen Aktienrecht in Art. 707 ff. OR. Nachstehend werden einige der Neuerungen in konzentrierter Form erläutert.

Neuerungen für den Verwaltungsrat

- Neu geregelt in Art. 710 Abs. 1 nOR ist die Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrats von börsenkotierten Gesellschaften, indem diese spätestens mit dem Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung endet. Bisher ist hinsichtlich der Amtsdauer zwischen KMU und börsenkotierten Gesellschaften – welche, vorbehaltlich anders lautender Statuten, drei Jahre betrug – nicht unterschieden worden.
- Neu nach Art. 712 Abs. 1 nOR ist, dass bei börsenkotierten Gesellschaften die Generalversammlung eines der Mitglieder des Verwaltungsrats zum Präsidenten wählt. Dessen Amtsdauer endet spätestens mit dem Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Bis dato hat sich der Verwaltungsrat, vorbehaltlich anders lautender Statuten, selber konstituiert.
- Das neue Aktienrecht geht mit der Zeit, indem es dem Verwaltungsrat gemäss Art. 713 Abs. 2 nOR neu möglich ist, seine Beschlüsse unter Verwendung elektronischer Mittel oder in elektronischer Form zu fassen, wobei im Fall der Beschlussfassung auf elektronischem Weg keine Unterschrift erforderlich ist.
- Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats sind gemäss Art. 716a nOR um zwei Aufgaben erweitert worden, nämlich die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung und die Erstellung des Vergütungsberichts bei börsenkotierten Gesellschaften. Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats folgt sogleich mehr.
- Die Ermächtigung des Verwaltungsrats zur Übertragung der Geschäftsführung ist laut Art. 716b nOR dahingehend vereinfacht worden, dass die Statuten diese Möglichkeit nicht mehr vorsehen und lediglich noch vom Gesetz abweichende Regelungen enthalten müssen. Bei börsenkotierten Gesellschaften kann die Geschäftsführung an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats oder an andere natürliche Personen übertragen werden, wobei die Vermögensverwaltung auch durch juristische Personen ausgeübt werden kann. Im Weiteren orientiert der Verwaltungsrat Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger, die ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen, auf Anfrage hin schriftlich oder in elektronischer Form über die Organisation der Geschäftsführung.
- Bislang gesetzlich gänzlich nicht geregelt waren Interessenkonflikte. Neu bestimmt Art. 717a nOR, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung den Verwaltungsrat unverzüglich und vollständig über sie betreffende Interessenkonflikte informieren. Der Verwaltungsrat ergreift dabei die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Aktiengesellschaft erforderlich sind.
- Wohl eine der wichtigsten Neuregelungen des Aktienrechts gilt für notleidende Gesellschaften bzw. soll den damit im Zusammenhang stehenden Problemen vorbeugen. Es handelt sich um die Bestimmungen von Art. 725 ff. nOR zu drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust, Überschuldung und Aufwertung bestimmter Aktiven. Diese Bestimmungen erfassen sowohl vorbeugende als auch sanierende Massnahmen des Verwaltungsrats und gehören zu seinen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, weshalb weiter unten näher darauf eingetreten wird.

Aspekte der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats

Art. 716a nOR bezeichnet die sog. unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats als Gesamtorgan, mithin dessen Kernkompetenzen, die weder an die Generalversammlung noch an die Geschäftsleitung delegiert werden können und dem Verwaltungsrat auch nicht entzogen werden können. Die explizite Umschreibung der Aufgaben des Verwaltungsrats und die Statuierung ihrer Unübertragbarkeit sind bedeutsam für die Frage der Verantwortlichkeit. Art. 716a Abs. 1 nOR bringt klar zum Aus-

druck, welcher Verantwortlichkeit sich der Verwaltungsrat unter keinen Umständen entledigen kann.

Art. 716a nOR führt den Katalog der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben explizit auf, wobei die Lehre die Ansicht vertritt, dass auch Aufgaben, die dem Verwaltungsrat in anderen Bestimmungen des Aktienrechts auferlegt werden, als unübertragbar und unentziehbar gelten, bspw. die nachträgliche Liberierung von Aktien gemäss Art. 634b nOR und die Abberufung von Personen mit delegierten Befugnissen laut Art. 726 nOR.

Nun aber zum besagten Katalog der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats. Er umfasst:

1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen;
2. die Festlegung der Organisation;
3. die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist;
4. die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen;
5. die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen;
6. die Erstellung des Geschäftsberichts sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse;
7. die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung und die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung;
8. bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind: die Erstellung des Vergütungsberichts.

Aus diesem umfassenden Katalog werden nachfolgend die Ziffern 3 und 6 näher erläutert.

Ziffer 3: Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört u.a. die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist.

■ **Rechnungswesen:** Die Ausgestaltung des Rechnungswesens erfolgt in Übereinstimmung mit den Besonderheiten des konkreten Unternehmens und soll zweckmässig sein, m.a.W. jene Elemente, bspw. Finanzbuchhaltung, Betriebsbuchhaltung, Nebenbücher usw., umfassen, die für dieses konkrete Unternehmen zweckmässig sind. Mit dem Begriff der Ausgestaltung soll verdeutlicht werden, dass der Verwaltungsrat nicht für Einzelheiten, wohl aber für die zweckmässige Ausgestaltung des Rechnungswesens die Verantwortung trägt.

■ **Finanzkontrolle:** Unter Finanzkontrolle ist die laufende Überwachung der finanziellen Daten des Unternehmens zu verstehen, wobei diese liquiditäts-, ertrags- und kapitalseitig zu erfolgen hat. Sie zeigt sich in einer Abweichungsanalyse von Soll-Ist-Daten, mithin dem Vergleich von aktuellen finanziellen Daten mit entsprechenden Zielgrössen des Unternehmens, namentlich durch Budgetvergleich und Kennzahlensysteme. Die Ausgestaltung, Implementierung und Aufrechterhaltung einer Finanzkontrolle und eines internen Kontrollsystems sollen ebenfalls zweckmässig sein. Dem Verwaltungsrat obliegt die diesbezügliche Verantwortung.

■ **Finanzplanung:** Die Finanzplanung basiert auf einer unternehmensadäquaten Planungsrechnung, die mit Blick auf Art. 725 Abs. 1 nOR laufend zu erfolgen hat und mittels eines Liquiditätsplans bzw. einer Liquiditätskontrolle, welche den Geldfluss aus Betriebstätigkeit, aus Investitionen und aus Finanzierung in bspw. mo-

natlicher Abfolge zeigen, konkretisiert wird. Grundlage für die Finanzplanung und damit den Liquiditätsplan bilden die Planbilanz, die Planerfolgsrechnung und die Plangeldflussrechnung, welche in Übereinstimmung mit den Besonderheiten des Unternehmens primär ein ganzes Geschäftsjahr umfassen und danach auch in kürzere Zeitabschnitte, bspw. Semester oder Quartale, unterteilt werden können. Die Finanzplanung ist ein wichtiges Mittel, um die Realisierung der Gesellschaftsziele sicherzustellen und rechtzeitig Zielkorrekturen vorzunehmen. Auch für die Finanzplanung ist der Verwaltungsrat verantwortlich.

Ziffer 6: Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehören u.a. die Erstellung des Geschäftsberichts sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse.

Gemäss Art. 699a OR sind den Aktionären mindestens 20 Tage vor der Generalversammlung der Geschäftsbericht und die Revisionsberichte zugänglich zu machen, wobei dies neu auch elektronisch gemacht werden kann.

Die Definition des Begriffs Geschäftsbericht findet sich nicht im Aktienrecht, sondern im Rechnungslegungsrecht. Danach bzw. nach Art. 958 Abs. 2 OR erfolgt die Rechnungslegung im Geschäftsbericht, welcher die Jahresrechnung (Einzelabschluss) enthält, die sich aus der Bilanz, der Erfolgsrechnung und dem Anhang zusammensetzt. Die Vorschriften für grössere Unternehmen und Konzerne bleiben vorbehalten.

Der Geschäftsbericht muss laut Art. 958 Abs. 3 OR innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres erstellt und dem zuständigen Organ oder den zuständigen Personen zur Genehmigung vorgelegt werden. Er ist vom Vorsitzenden des obersten Leitungs- oder Ver-

waltungsorgans und von der innerhalb des Unternehmens für die Rechnungslegung zuständigen Person zu unterzeichnen, womit die Verantwortung der dafür zuständigen Personen klar bezeichnet wird. Der Kreis schliesst sich damit.

Die Einzelheiten zur Rechnungslegung und Jahresrechnung finden sich in Art. 957 ff. OR.

Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust, Überschuldung und Aufwertung bestimmter Aktiven

Last, but not least sollen Herausforderungen für den Verwaltungsrat bei notleidenden Unternehmen in Fällen von drohender Zahlungsunfähigkeit, von Kapitalverlust und von Überschuldung aufgezeigt werden. Zusammengefasst geht es dabei um die Feststellung, wann ein Unternehmen notleidend ist und wie der Verwaltungsrat darauf zu reagieren hat. Aufgrund der Komplexität der Bestimmungen von Art. 725 ff. nOR konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Aufgaben des Verwaltungsrats.

■ Das neue Aktienrecht weist dem Verwaltungsrat mit Art. 725 nOR zur drohenden Zahlungsunfähigkeit neue Aufgaben zu, indem der Verwaltungsrat vorausschauend die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft überwacht und im Fall, in dem die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden droht, Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit ergreift. Er trifft, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen. Er reicht nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung ein und handelt dabei mit der gebotenen Eile.

■ Im Falle des Kapitalverlusts gemäss Art. 725a nOR, wenn die letzte Jahresrechnung zeigt, dass die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten die Hälfte des Eigenkapitals nicht mehr decken, ergreift der Verwaltungsrat Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts. Er trifft, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen. Der Verwaltungsrat handelt auch hierbei mit der gebotenen Eile.

■ Besteht die begründete Besorgnis, dass die Gesellschaft überschuldet ist, m.a.W. die Verbindlichkeiten nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, so erstellt der Verwaltungsrat gemäss Art. 725b nOR unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und Veräusserungswerten. Der Verwaltungsrat lässt die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle – oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor – prüfen; er ernennt den zugelassenen Revisor. Ist die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenabschlüssen überschuldet, so benachrichtigt der Verwaltungsrat das Gericht. Dieses eröffnet den Konkurs oder verfährt nach Art. 173a SchKG. Erwähnt sei, dass die Benachrichtigung des Gerichts in bestimmten Fällen unterbleiben kann, bspw. bei Rangrücktritt von Gläubigern.

■ Das neue Aktienrecht bietet in Art. 725c nOR mit der Aufwertung die Möglichkeit einer bilanziellen Sanierung, indem zur Behebung eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung Grundstücke und Beteiligungen, deren wirklicher Wert über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten gestiegen ist, bis höchstens zu diesem Wert aufgewertet werden dür-

fen. Der Aufwertungsbetrag ist unter der gesetzlichen Gewinnreserve gesondert als Aufwertungsreserve auszuweisen.

Fazit

Bereits diese konzentrierte Darstellung zeigt, dass vom Verwaltungsrat hohe Professionalität und grosses Engagement verlangt werden. Prestigeüberlegungen haben definitiv keinen Platz.

ÜBER DEN AUTOR

Dr. iur. Giorgio Meier-Mazzucato ist Fachmann für Finanz- und Rechnungswesen mit eidg. Fachausweis, eidg. dipl. Treuhandexperte, eidg. dipl. Steuerexperte, zugelassener Revisionsexperte der eidg. Revisionsaufsichtsbehörde sowie Verwaltungsrat bei diversen KMU in unterschiedlichen Branchen.