

Das Kapitalband nach neuem Aktienrecht.

Erste Erfahrungen und offene Punkte – Update Juni 2023

28. Juni 2023

Fachgruppensitzung M&A
Sandro Bernet, Dr. iur., Rechtsanwalt, VISCHER

Neues Jahr neues Aktienrecht.

Überblick zum Kapitalband

Rechtliche Grundlagen:

- Art. 653s-653v OR für die AG (nicht vorgesehen für die GmbH)
- Art. 59a-59c HRegV

Was ist materiell neu?

- Ermächtigung des VR für bis zu fünf Jahre (früher zwei Jahre)
- Ermächtigung des VR zu Kapitalerhöhung und -herabsetzung innerhalb einer Bandbreite von bis zu +/- 50% des eingetragenen Kapitals (Herabsetzungsbefugnis nur möglich soweit kein *opting-out*)

Was ist neu für Anwaltschaft, Notariat und HR-Ämter?

- Neue Systematik, neue Begriffe, neue Hausnummern

Gesetzgebungsgeschichte.

2000
-
2007

2000-2007: Erste Entwürfe [[Weblink](#)]

- 2000: Expertenbericht «Nennwertlose Aktien»
- 2005: Vorentwurf 2005 & Begleitbericht
- 2007: Entwurf 2007, Bericht Vernehmlassung, Botschaft 2007

2009

2009: Teilberatung Entwurf 2007 im Ständerat [[Weblink](#)]

Kapitalband im Ständerat beraten vor Übungsabbruch

2014
-
2016

2014-2016: Zweiter Anlauf [[Weblink](#)]

- 2014: Vorentwurf 2014 & Erläuternder Bericht
- 2016: Entwurf 2014, Bericht Vernehmlassung, Botschaft 2016

2018
-
2020

2018-2020: Parlamentarische Beratung [[Weblink](#)]

Beratung inkl. Einigungskonferenz
Verabschiedung mit Beschluss vom 19. Juni 2020

2020
-
2023

2021-2023: Anpassung HRegV und Inkrafttreten [[Weblink](#)]

- 2021: Erläuternder Bericht und Vorentwurf HRegV
- 2022: Bericht Vernehmlassung HRegV und HRegV; [Praxismitteilung EHRA 3/22](#) vom 19. Dezember 2023
- 2023: [Praxismitteilung EHRA 1/23](#) vom 21. März 2023; [Praxismitteilung EHRA 2/23](#) vom 6. Juni 2023
(s. auch REPRAX 4/2022 «EHRA Faktenblätter»)

Übergangsbestimmungen.

Vgl. EHRA Praxismitteilung 1/23, Ziff. 2 und 2/23, Ziff. 2.1

Art. 3 ÜBest zur OR-Änderung vom 19. Juni 2020:

- Für genehmigte Kapitalerhöhungen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts beschlossen wurden, kommt das bisherige Recht zur Anwendung («Grandfathering-Klausel»)
- Die Beschlüsse der Generalversammlung können aber nicht mehr verlängert oder *materiell* geändert werden – zulässig z.B. Änderung Aktienanzahl & Nennbetrag nach Teilausschöpfung, Nennwertänderungen, redaktionelle Änderungen (vgl. EHRA Praxismitteilung 2/23, Ziff. 2.1)

Gleichzeitiges genehmigtes Kapital und Kapitalband?

- *Unzulässig*: Genehmigtes Kapital bei gleichzeitigem Kapitalband mit Erhöhungskompetenz (Kapitalband *nach oben* ersetzt Art. 651 f. aOR)
- *Offen*: Zulässigkeit von genehmigtem Kapital und gleichzeitigem Kapitalband mit blosser Herabsetzungsbefugnis (wohl fraglich, wegen Nachführungsbedarf der Kapitalbandgrenzen)

Ermächtigungsklausel (I/IV).

Basics bei **einseitigem** Kapitalband **nach oben** – EHRA Praxismitteilung 2/23, Ziff. 2.2

Statutenklausel

Art. 3a Kapitalband

Die Gesellschaft hat ein Kapitalband mit Obergrenze von [**max. AK+50%**].

Der VR ist ermächtigt, das Kapital bis zum [**GV-Datum + max. 5 J.**] jederzeit und beliebig oft zu erhöhen. Kapitalherabsetzungen sind untersagt.

Gesetz

Art. 653t OR

Die Statuten müssen Folgendes angeben:

1. Untere und obere Grenze des Kapitalbands
2. Datum, an dem die Ermächtigung endet
3. Einschränkungen, Auflagen und Bedingungen der Ermächtigung

Anmerkungen

- Bei einer Ermächtigung nur zur Kapitalerhöhung ist keine Untergrenze nötig (*und bei Ermächtigung nur zur Herabsetzung keine Obergrenze?*)
- EHRA: Falls als Untergrenze das im HR eingetragene AK eingetragen wird, kann davon ausgegangen werden, dass eine Kapitalherabsetzung nicht ausgeschlossen ist und diese nach einer Kapitalerhöhung möglich wird

Ermächtigungsklausel (II/IV).

Basics bei **doppelseitigem** Kapitalband – EHRA Praxismitteilung 2/23, Ziff. 2.2

Statutenklausel

Art. 3a Kapitalband

Die Gesellschaft hat ein Kapitalband mit Obergrenze von [*max. AK+50%*] und Untergrenze von [*min. CHF 100k und nicht tiefer als AK-50%*].

Die Ermächtigung des VR zur Veränderung des Kapitals endet am [*GV-Datum + max. 5 J.*].

Gesetz

Art. 653t OR

Die Statuten müssen Folgendes angeben:

1. Untere und obere Grenze des Kapitalbands
2. Datum, an dem die Ermächtigung endet
3. Einschränkungen, Auflagen und Bedingungen der Ermächtigung

Anmerkungen

- Massgeblich für Grenzen ist gesamtes Gesellschaftskapital (d.h. AK + PS-Kapital)
- Aufschlüsselung Kapitalband in zwei Statutenklauseln (z.B. bei unterschiedlichen Aktienkategorien) gemäss HR ZH möglich (vgl. On Holding AG)
- Welche Schritte der KE/KH müssen bis zum Enddatum erfüllt sein?

Ermächtigungsklausel (III/IV).

Umschreibung der Beteiligungsrechte – EHRA Praxismitteilung 2/23, Ziff. 2.2

Statutenklausel

Der VR ist bis zum Enddatum ermächtigt:

das AK durch eine oder mehrere Kapitalherabsetzungen bis zur Untergrenze zu reduzieren. Die Herabsetzung kann durch Reduktion des Nennwerts oder Vernichtung von Aktien erfolgen;

das AK durch eine oder mehrere Ausgaben von Aktien oder Nennwerterhöhungen von Aktien gemäss Art. 3 der Statuten bis zur Obergrenze zu erhöhen.

Gesetz

4. Anzahl, Nennwert und Art der Aktien/PS sowie Vorrechte der Aktien/PS
5. Inhalt und Wert von besonderen Vorteilen
6. Beschränkung der Übertragbarkeit der neuen Namenaktien

Anmerkungen

- EHRA: Sofern dem VR die umfassende Kompetenz für Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen erteilt wird, ist die Angabe von Anzahl und Nennwert der Aktien nicht sinnvoll
- Ergebnis: Funktionaler Ansatz, d.h. eindeutige Bestimmbarkeit der Beteiligungsrechte ist ausreichend

Ermächtigungsklausel (IV/IV).

Regelung Bezugsrecht

Statutenklausel

Der VR kann das Bezugsrecht beschränken oder aufheben und Dritten, der Gesellschaft oder Konzerngesellschaften zuweisen, sofern die Aktien wie folgt verwendet werden:

- [wichtige Gründe]

Nicht ausgeübte Bezugsrechte kann der VR im Interesse der Gesellschaft verwenden.

Gesetz

7. Einschränkung/Aufhebung des Bezugsrechts bzw. die Gründe für die Aufhebung
8. Voraussetzungen für den Erwerb vertraglich erworbener Bezugsrechte
9. Ermächtigung des VR zur Kapitalerhöhung mit bedingtem Kapital und die Angaben nach Art. 653b OR
10. Ermächtigung zur Schaffung eines Partizipationskapitals

Anmerkungen

- Gesellschaft kann in Schranken von Art. 652b und 659 ff. OR Aktien an KE selbst zeichnen
- BK-Vision Praxis des BGer gesetzlich verankert
- Ausgabepreis und weitere Erhöhungskonditionen können vom VR bestimmt werden, soweit nicht von GV in Ermächtigung fixiert (neu adressiert in Art. 652b Abs. 4 OR)

Anpassung der Ermächtigungsklausel durch den VR.

Vgl. EHRA Praxismitteilung 2/23, Ziff. 2.3

Grundsatz:

- Die Kapitalbandklausel ist nach Möglichkeit so zu formulieren, dass sie nicht nach jeder Kapitalveränderung im Kapitalband anzupassen ist (sondern nur die Kapitalklausel)

Zulässige Ausnahmen:

- Anpassung/Streichung von Angaben zu Anzahl Aktien und Nennwert in der Kapitalbandklausel (soweit sie nicht der Einschränkung der Ermächtigung dienen)
- Nachführung der Kapitalbandgrenzen nach einer Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital ausserhalb des Kapitalbands (Art. 653v Abs. 2 OR)
- Streichung infolge Zeitablauf oder vollständiger Ausschöpfung des Kapitalbands bei entsprechender Beschränkung (z.B. auf Durchführung einer einzigen Kapitalerhöhung)

Verhältnis zu verwandten Instituten.

Vgl. EHRA Praxismitteilung 1/23, Ziff. 2.2 und 2/23, Ziff. 2.3

Kapitalband und ordentliche Kapitalveränderungen:

- Bei gleichzeitiger HR-Anmeldung einer ordentlichen Kapitalveränderung und eines Kapitalbands darf für die Festsetzung der Kapitalbandgrenzen vom erhöhtem bzw. reduziertem AK ausgegangen werden (vgl. auch Botschaft 2016, 502, betr. bedingtes Kapital)
- Dahinfallen des Kapitalbands bei späterer ordentlicher KE/KH (Art. 653v Abs. 1 OR)

Kapitalband und bedingtes Kapital (Art. 653v Abs. 2 OR)

- *Regelfall*: Kapitalbandgrenzen nach KE aus bedingtem Kapital nachzuführen durch VR («Bedingtes Kapital ausserhalb des Kapitalbands») (vgl. auch Art. 653g Abs. 2 OR)
- *Ausnahme*: Statutarisch vorgesehene Abhängigkeit von bedingtem Kapital und Kapitalbandgrenzen («Bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands»)

Bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands.

Diskussionsvorschlag für diesen Ausnahmefall

Persönliches Verständnis:

- Bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands entspricht der unter altem Recht bisweilen vorgesehenen statuarische Verbindung von genehmigtem und bedingtem Kapital
- Auch bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands gehört wegen Art. 653i OR in separate Klausel

Formulierung in der Kapitalbandklausel (vgl. Anhang 1 zur Diss)

- Die Kompetenz des VR zur Ausgabe von Aktien gestützt auf dieses Kapitalband...
 - ist im Umfang des Nennbetrags von CHF [___] des bedingten Kapitals innerhalb des Kapitals gemäss Art. 3b Abs. 1 der Statuten beschränkt. **[Variante 1]**
 - reduziert sich im Umfang, in dem aktiengebundene Finanzierungsinstrumente aus bedingtem Kapital innerhalb des Kapitals nach Art. 3b der Statuten durch die Gesellschaft oder eine ihrer Tochtergesellschaften ausgegeben wurden. **[Variante 2]**

Kapitalveränderungen im Kapitalband (I/II).

Ausgewählte Aspekte

Kapitalerhöhung im Kapitalband:

- VR erlässt erforderliche Bestimmungen im (nicht beurkundeten) Erhöhungsbeschluss (Art. 653u Abs. 2) und trägt *Verantwortung* für Einhaltung Gesetz & Statuten
- Grds. alle Liberierungsformen möglich – neue Offenlegungserfordernisse bei Verrechnungsliberierung (Art. 634a Abs. 3 OR)
- VR-Feststellungsbeschluss ohne Präsenzquorum möglich – Urkundsperson bestätigt (neu), dass *ihr* die Belege vorgelegen haben (Art. 652g OR)
- Art. 652g Abs. 2 OR in fine ändert nichts an einzureichenden Belegen gemäss Art. 46 HRegV (vgl. Botschaft 2016, 501; EHRA Praxismitteilung 3/22, Ziff. 6)
- EHRA, REPRAX 2022/4, 164: VR-Erhöungsbeschluss ist offenbar nicht (mehr) HR-Beleg
- Vgl. EHRA Praxismitteilung 1/21 betr. Eintragung und Wirksamkeit der Kapitalerhöhung

Kapitalveränderungen im Kapitalband (II/II).

Ausgewählte Aspekte

Kapitalherabsetzung im Kapitalband:

- Gläubigerschutzverfahren bei jeder KH im Kapitalband (1x SHAB-Publikation Schuldenruf, 30 Tage Wartefrist, Prüfungsbestätigung) (Art. 653u Abs. 3 OR)
- Fassung Herabsetzungsbeschluss durch VR möglich vor oder nach Einleitung Schuldenruf (Art. 653m Abs. 2 OR analog)
- KH im Kapitalband durch Nennwertreduktion oder Aktienvernichtung
- Art. 659 ff. OR im Zuge der Revision stiefmütterlich behandelt, d.h.:
 - Überschreitung 10%-Grenze erst zulässig nach Herabsetzungsbeschluss?
 - Keine explizite Option der GV zur Ermächtigung des VR zu Rückkäufen im Umfang freier Mittel über 10%-Grenze hinaus (Sonderfälle KH und Art. 659 Abs. 3 OR)
- Umsetzung durch beurkundeten VR-Feststellungsbeschluss basierend auf aktueller Prüfungsbestätigung (zugehöriger Abschluss aber kein HR-Beleg)

Steuerliche Gesichtspunkte.

Vgl. [ESTV Kreisschreiben 29c KEP](#) vom 23. Dezember 2022

Nettobetrachtung bei der Emissionsabgabe

- Erhebung am Ende des Kapitalbands (Art. 7 Abs. 1 Bst. f StG) im Umfang, in dem Zuflüsse die Rückzahlungen übersteigen (Art. 9 Abs. 3 StG)
- Punktuelle steuerliche Erleichterung eingefügt im Parlament

Nettobetrachtung bei der Anrechnung von KER

- Grundsatz: KER können erst am Ende des Kapitalbands und nur im Umfang gebildet werden, als diese die Rückzahlung von Reserven im Kapitalband übersteigen (Art. 5 Abs. 1^{septies} VStG; Art. 20 Abs. 8 DBG)
- (Begrüssenswerte) Präzisierungen durch Ziff. 3.1 ESTV KS 29c:
 - Nettobetrachtung nur auf Rückkäufe über zweite Handelslinie anwendbar
 - Während Dauer des Kapitalbands zurückbezahlte KER (z.B. bei kotierten Gesellschaften aufgrund von Art. 4a Abs. 4 VStG) werden von Nettobetrachtung ausgenommen

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.



Dr. Sandro Bernet
Associate
sbernet@vischer.com
+41 58 211 34 68

www.vischer.com



Zur Person:

- Sandro Bernet ist spezialisiert auf Unternehmensübernahmen (M&A), Private Equity, Venture Capital und Kapitalmarkttransaktionen. Überdies berät er bei Restrukturierungen und zu Fragen der Corporate Governance.
- Er ist in der Schweiz als Rechtsanwalt zugelassen und publiziert regelmässig in seinen Fachgebieten.



Zum Buch:

- Das Kapitalband als Instrument der Unternehmensfinanzierung, Zürcher Studien zum Privatrecht Nr. 314, Zürich 2023 [[Weblink](#)]

