

VISCHER

Das Kapitalband nach neuem Aktienrecht.

Erste Erfahrungen und offene Punkte

28. März 2023

ZAV, Fachgruppe Handelsrecht, Mittagsevent
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 (mit qualifiziertem GV-Beschluss) für bis zu fünf Jahre (früher zwei Jahre)
- Ermächtigung des VR zu Kapitalerhöhung und -herabsetzung innerhalb einer Bandbreite von +/- 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 2016, Bericht Vernehmlassung, Botschaft 2016

2018
2020

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

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

2021
2023

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

- 2021: Erläuternder Bericht und Vorentwurf HRegV
- 2022: Ergebnisbericht Vernehmlassung, Fixierung HRegV und Inkrafttreten auf 1. Januar 2023
- 2023: [Praxismitteilung EHRA 1/23](#) vom 21. März 2023 (s. auch REPRAX 4/2022 «EHRA Faktenblätter»)

Übergangsbestimmungen.

Vgl. EHRA Praxismitteilung 1/23, 3

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 allerdings nicht mehr verlängert oder *materiell* geändert werden

Gleichzeitiges genehmigtes Kapital und Kapitalband?

- *Unzulässig*: Altrechtliches genehmigtes Kapital bei gleichzeitigem Kapitalband mit Erhöhungskompetenz (Kapitalband *nach oben* ersetzt Art. 651 f. aOR)
- *Wohl Zulässig (m.E.)*: Altrechtliches genehmigtes Kapital und gleichzeitiges Kapitalband mit blosser Herabsetzungsbefugnis

Ermächtigungsklausel (I/III).

Basics bei einseitigem Kapitalband nach oben

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%*].

Der VR ist ermächtigt, das Kapital bis zum [*GV-Datum + max. 5 Jahre*] jederzeit und beliebig oft bis zur Obergrenze 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

- Ist eine Untergrenze auch nötig ohne Ermächtigung zur Herabsetzung (und vice versa eine Obergrenze)?
- Muss Untergrenze unter dem eingetragenen AK liegen und Obergrenze stets darüber?
- Welche Schritte der Kapitalveränderung müssen bis zum Enddatum erfüllt sein?

Ermächtigungsklausel (II/III).

Umschreibung der Beteiligungsrechte

Statutenklausel

Die Erhöhung erfolgt durch Ausgabe von max. [Anzahl] voll zu liberierenden Namenaktien mit Nennwert von [>CHF 0].

Nach einer Nennwertanpassung gilt der neue Nennwert auch im Rahmen des Kapitalbands.

Erwerb und Übertragung der neuen Aktien sowie der Erwerb vertraglich erworbener Bezugsrechte unterliegen der Beschränkung nach Art. [...] der Statuten.

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

- Was geschieht mit den Angaben nach einer Nennwertherabsetzung im Kapitalband?
- Ist die Angabe der Anzahl Aktien (welche?) und des Nennwerts konzeptionell überhaupt sinnvoll?
- Funktionaler Ansatz: Bestimmbarkeit sollte m.E. ausreichend sein

Ermächtigungsklausel (III/III).

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 & 659 ff. OR Aktien an KE selbst zeichnen
- BK Vision-Rechtsprechung des BGer gesetzlich verankert
- Ausgabepreis und weitere Erhöhungskonditionen können vom VR bestimmt werden, soweit nicht von GV in der Ermächtigung fixiert (beachte insb. Art. 652b Abs. 4 OR)

Verhältnis zu verwandten Instituten.

Vgl. EHRA Praxismitteilung 1/23, 2

Kapitalband und ordentliche Kapitalveränderungen:

- Bei gleichzeitiger HR-Anmeldung einer ordentlichen Kapitalveränderung und eines Kapitalbands darf für die Festsetzung der Kapitalbandgrenzen vom erhöhten bzw. reduzierten Aktienkapital ausgegangen werden (vgl. 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») (s. auch Art. 653g Abs. 2 OR)
- *Ausnahme*: Statutarisch vorgesehene Abhängigkeit von bedingtem Kapital und Kapitalbandgrenzen («Bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands»)

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
- Grundsätzlich alle Liberierungsformen möglich – insb. 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) (VR bestätigt für sich selbst)
- Art. 652g Abs. 2 OR in fine ändert nichts an einzureichenden Belegen gemäss Art. 46 HRegV (vgl. Botschaft 2016, 501)
- EHRA in REPRAX 2022/4, 164: VR-Erhöungsbeschluss ist nicht (mehr) HR-Beleg
- S. EHRA Praxismitteilung 1/21 betr. Eintragung und Wirksamkeit der Kapitalerhöhung

Kapitalveränderungen im Kapitalband (II/II).

Ausgewählte Aspekte

Kapitalherabsetzung im Kapitalband:

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

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 Kapitaleinlagereserven (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) – zu beachten bei Festsetzung der Ermächtigungsdauer
- (Begrüssenswert) 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](#)]

