



Insights May 2021

## Das Kapitalband – Vorschlag und Diskussion einer Statutenklausel

**Das Kapitalband ist eine der meistkommentierten Neuerungen der Aktienrechtsrevision. In unserem Insight zeigen wir auf, wie eine mögliche Statutenklausel zum Kapitalband aussehen könnte und welche Aspekte es zu beachten gibt.**

### 1 EINLEITUNG

Das revidierte Aktienrecht bringt eine Flexibilisierung der Kapitalerhöhung und -herabsetzung mit sich. Das neue Institut des Kapitalbands soll die bereits unter geltendem Recht bestehende Möglichkeit einer genehmigten Kapitalerhöhung mit einer neuen «genehmigten Kapitalherabsetzung» verbinden. Das Kapitalband ist jedoch nicht «nur» eine Kombination aus genehmigter Kapitalherabsetzung und genehmigter Kapitalerhöhung, sondern geht darüber hinaus, indem der Verwaltungsrat seine Ermächtigung mit Nutzung nicht «erschöpft», sondern diese durch eine Kapitalveränderung in die entgegengesetzte Richtung wiederaufleben lassen kann (zum Beispiel die Ermächtigung zur Erhöhung des Kapitals nach vorgängiger Herabsetzung). An der ordentlichen Generalversammlung 2022 müsste es unseres Erachtens möglich sein, aufschiebend befristet auf das Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts bereits ein Kapitalband einzuführen. Relevant ist dies

insbesondere für die Ermächtigung des Verwaltungsrates zur Herabsetzung des Aktienkapitals, welche vor Inkrafttreten nicht möglich ist. Gegebenenfalls ist eine Ergänzung der Statutenklausel in Erwägung zu ziehen, wonach das Kapitalband vor Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts als «genehmigtes Kapital» gilt und eine Herabsetzung erst mit Inkrafttreten möglich wird.

Nachfolgend zeigen wir auf, wie eine mögliche Statutenklausel zum Kapitalband aussehen könnte und diskutieren die wesentlichen Aspekte.<sup>1</sup> Die unterschiedlichen Varianten und möglichen Interpretationsweisen der neuen Gesetzesbestimmungen werden anhand einer Aktiengesellschaft mit einem bestehenden Aktienkapital von CHF 200'000 aufgeteilt in 200'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1.00 aufgezeigt, die ein Kapitalband im grösstmöglichen Umfang einführen will.

<sup>1</sup> Für eine Auflistung des notwendigen Statuteninhalts zum Kapitalband vgl. Art. 653t Abs. 1 Ziff. 1-10 des

revidierten Obligationenrechts (BBI 2020, 557ff., zit. revOR).

## 2 MUSTERKLAUSEL<sup>2</sup>

### Art. 6 - Kapitalband<sup>3</sup>

- (1) **Variante 1:** Der Verwaltungsrat ist ermächtigt, bis zum [Datum] [Nr.2] jederzeit innerhalb der Obergrenze von [Maximalbetrag], entsprechend [Anzahl] Namenaktien von je [CHF] [Nr.3] [Betrag] Nennwert, und der Untergrenze von [Minimalbetrag], entsprechend [Anzahl] Namenaktien von je [CHF] [Betrag] Nennwert, [Nr. 1] eine oder mehrere Erhöhungen und/oder Herabsetzungen des Aktienkapitals vorzunehmen. Kapitalherabsetzungen können sowohl durch Reduktion des Nennwerts der Aktien als auch durch Vernichtung von Aktien durchgeführt werden. [Nr. 4]  
*ODER [Nr.1]*
- (1) **Variante 2:** Der Verwaltungsrat ist ermächtigt, das Aktienkapital bis zum [Datum] [Nr.2] jederzeit ein oder mehrere Male (i) auf bis zu [Maximalbetrag] durch Ausgabe von bis zu [Anzahl] vollständig zu liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von je [CHF] [Betrag] [Nr. 1] zu erhöhen und/oder (ii) auf bis zu [Minimalbetrag] herabzusetzen. Eine Herabsetzung kann durch Vernichtung von bis zu [Anzahl] Namenaktien im Nennwert von je [CHF] [Betrag], durch Herabsetzung des Nennwerts im Betrag von bis zu [CHF] [Betrag] pro Namenaktie, oder durch eine Kombination von beidem erfolgen. [Nr. 4]
- (2) Im Fall einer Kapitalerhöhung:
- (a) legt der Verwaltungsrat die Anzahl Aktien, den Ausgabebetrag, die Art der Einlagen, den Zeitpunkt der Ausgabe, die Bedingungen der Bezugsrechtsausübung und den Beginn der Dividendenberechtigung fest[, darf jedoch nur Aktien ausgeben, die mit einer bereits ausgegebenen Kategorie von Aktien fungibel sind]. [Nr. 5] Dabei kann der Verwaltungsrat neue Aktien mittels Festübernahme durch eine Bank oder einen anderen Dritten und anschliessenden Angebots an die bisherigen Aktionäre ausgeben. Der Verwaltungsrat ist ermächtigt, den Handel mit Bezugsrechten zu beschränken oder auszuschliessen. Nicht ausgeübte Bezugsrechte kann der Verwaltungsrat verfallen lassen oder diese bzw. die Aktien, für welche Bezugsrechte eingeräumt, aber nicht ausgeübt werden, zu Marktkonditionen platzieren oder anderweitig im Interesse der Gesellschaft verwenden.
  - (b) ist der Verwaltungsrat ermächtigt, die Bezugsrechte der Aktionäre zu entziehen oder zu beschränken und Bezugsrechte einzelnen Aktionären oder Dritten zuzuweisen:  
*[Auflistung der üblichen Bezugsrechtsausschlussgründe]*
- (3) [Im Rahmen dieses Kapitalbands ist der Verwaltungsrat auch ermächtigt:
- (a) eine Kapitalerhöhung durch Umwandlung von freien Reserven in Aktienkapital vorzunehmen; [Nr. 6]
  - (b) das Aktienkapital anlässlich eines Währungswechsels des Aktienkapitals auf einen runden Betrag der neuen Währung festzusetzen; [Nr. 3]
  - (c) Instrumente, die eine Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital durch die Ausübung von Wandel- oder Optionsrechten vorsehen, auszugeben. Der Verwaltungsrat hat dabei Art. [x] «Bedingtes Kapital» dieser Statuten zu beachten; [Nr. 7]
  - (d) Kapitalherabsetzungen durch Nennwertreduktion [ein- oder mehrmals / bis zu vier Mal] pro Jahr durchzuführen und den Herabsetzungsbetrag nach Anpassung der Statuten an die Aktionäre auszahlend. [Nr. 8]
  - (e) anstelle einer Kapitalerhöhung durch Erhöhung des Aktienkapitals, Partizipationskapital von bis zu [Gesamtnennbetrag] zu schaffen [durch Ausgabe von bis zu [Anzahl] Partizipationsscheinen mit je [CHF] [Betrag] Nennwert.]
- (4) Zeichnung und Erwerb neuer Aktien sowie jede nachfolgende Übertragung der Aktien unterliegen den Beschränkungen von Art. [x] dieser Statuten.

<sup>2</sup> Für die englische Version der Musterklausel siehe Anhang.

<sup>3</sup> Unser Vorschlag wurde bis zum heutigen Zeitpunkt weder von einem Handelsregisteramt vorgeprüft noch mit Handelsregisterbehörden diskutiert.

### [NR.1] FESTLEGUNG DER ANZAHL AKTIEN

Gemäss Art. 653t Abs. 1 Ziff. 4 OR sind in den Statuten beim Kapitalband unter anderem Anzahl und Nennwert der Aktien anzugeben. «Anzahl der Aktien» kann entweder als die Anzahl Aktien verstanden werden, **auf** die erhöht oder herabgesetzt werden kann, oder als die Anzahl Aktien, **um** die erhöht werden kann.

In **Variante 1** der Musterklausel wird die Anzahl Aktien festgelegt, **auf** die das Aktienkapital erhöht bzw. herabgesetzt werden kann. Mit anderen Worten ist eine Maximal- und Minimalanzahl Aktien festzulegen, die *ausstehend* sein kann. Entsprechend würde Abs. 1 der Musterstatuten lauten: «*innerhalb der Obergrenze von CHF 300'000, entsprechend 300'000 Namenaktien von je CHF 1.00 Nennwert, und der Untergrenze von CHF 100'000, entsprechend 100'000 Namenaktien von je CHF 1.00 Nennwert.*»

In **Variante 2** der Musterklausel wird die Anzahl Aktien festgelegt, **um** die das Aktienkapital erhöht bzw. herabgesetzt werden kann. Abs. 1 der Musterstatuten wäre bei dieser Variante: «*auf bis zu CHF 300'000 durch Ausgabe von bis zu 100'000 vollständig zu liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1.00 zu erhöhen und/oder (ii) auf bis zu CHF 100'000 herabzusetzen. Eine Herabsetzung kann durch Vernichtung von bis zu 100'000 Namenaktien im Nennwert von je CHF 1.00, durch Herabsetzung des Nennwerts im Betrag von bis zu CHF 0.50 pro Namenaktie, oder durch eine Kombination von beidem erfolgen.*»

Unseres Erachtens sind beide Varianten mit dem Gesetzeswortlaut und den Materialien vereinbar. Die erste Variante scheint indessen dem Zweck des Kapitalbands, der Flexibilität mehrmaliger Erhöhungen und

Herabsetzungen innert definierter Grenzen, spricht dem Gedanken eines eigentlichen «Bands», gerechter zu werden.<sup>4</sup> Die Angabe der maximalen Anzahl Aktien, um die erhöht werden kann, wie in Variante 2 vorgesehen, würde dem heutigen genehmigten Kapital entsprechen und ginge von einer einmaligen Begebung bzw. einer Art «Erschöpfungsprinzip» aus (es sei denn man vertritt die Auffassung, dass der Verwaltungsrat die Anzahl Aktien *um* die erhöht werden kann, nach einer Kapitalherabsetzung entsprechend anpassen kann, vgl. dazu auch nachfolgend [Nr. 4]).

So oder so kann das Kapitalband auch enger als vom Gesetzgeber vorgesehen ausgestaltet und eine fixe Anzahl Aktien festgelegt werden, um die das Kapital erhöht werden kann (unabhängig davon, ob eine Kapitalherabsetzung stattfindet oder nicht). Dies muss als «Einschränkung, Auflage oder Bedingung der Ermächtigung» im Sinne von Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3 zulässig sein.

### [NR.2] DAUER DER ERMÄCHTIGUNG

Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, während einer Dauer von *höchstens fünf Jahren* das Aktienkapital innerhalb des Kapitalbands zu verändern.<sup>5</sup> Das Gesetz sagt nicht, wann die Fünfjahresfrist zu laufen beginnt. In Anlehnung an das bisherige genehmigte Kapital wäre der Zeitpunkt der Eintragung der statutarischen Grundlage ins Handelsregister massgebend, wobei das Enddatum in der Praxis in der Regel auf zwei Jahre nach der genehmigenden Generalversammlung festgelegt wird.<sup>6</sup> Für die Berechnung der Frist (nicht aber für den Beginn der Ermächtigung des Verwaltungsrats) scheint uns auch beim Kapitalband praktikabel, das Datum der genehmigenden Generalversammlung zu nehmen.

<sup>4</sup> Vgl. zum Zweck des Kapitalbands Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, S. 501 in fine (zit. Botschaft AR 2016), 515.

<sup>5</sup> Art. 653s Abs. 1 revOR.

<sup>6</sup> *Böckli*, § 4 N 84 und N 176; BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 651 N 5.

Unseres Erachtens wäre es sinnvoll, wenn bei Einführung eines Kapitalbands bereits vor Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts festgelegt werden könnte, dass die fünf Jahre erst ab Inkrafttreten zu laufen beginnen (jedoch nur dann, wenn bis zum Inkrafttreten kein Gebrauch vom Kapitalband als einstweiliges genehmigtes Kapital gemacht werden kann). Diesfalls müsste das «Datum», das zwingender Statuteninhalt<sup>7</sup> ist, abstrakt formuliert werden.

### [NR.3] WÄHRUNG UND WÄHRUNGSWECHSEL

Die Währung des Aktienkapitals kann auch eine für die Geschäftstätigkeit wesentliche ausländische Währung sein (gemäss Vorentwurf der HRegV GBP, EUR, USD und JPY).<sup>8</sup>

Bei einem Währungswechsel kann es Sinn machen, das Aktienkapital auf einen vernünftig erscheinenden Betrag festzulegen, was eine Auf- bzw. Abrundung und entsprechend eine Kapitalerhöhung oder -herabsetzung nach sich zieht. Der Verwaltungsrat kann eine solche Anpassung im Rahmen des Kapitalbands vornehmen. Gesetzestext und Materialien lassen offen, ob eine explizite Ermächtigung in den Statuten, so wie unter Ziff. 3(b) der Musterklausel vorgesehen, zwingend notwendig ist oder ob der Verwaltungsrat im Rahmen des Kapitalbands eine Rundung auch dann vornehmen kann, wenn sich die Statuten nicht explizit dazu äussern.<sup>9</sup> Unseres Erachtens ist letzteres zu bevorzugen.

<sup>7</sup> Art. 653t Abs. 1 Ziff. 2 revOR.

<sup>8</sup> Art. 621 revOR; Art. 118a i.V.m. Anhang 3 Vorentwurf HRegV.

<sup>9</sup> Botschaft AR 2016, 483.

<sup>10</sup> Botschaft AR 2016, 513.

<sup>11</sup> Bei einer AG mit Aktienkapital von 100'000 kann erst dann herabgesetzt werden, wenn zuerst erhöht wird, weil das Aktienkapital zu keiner Zeit unter CHF 100'000 fallen

### [NR. 4] KAPITALHERABSETZUNG IM RAHMEN DES KAPITALBANDS

#### a. Allgemeines

Interessanterweise müssen die Statuten nicht angeben, auf welche Art das Kapital herabgesetzt werden kann (vgl. Art. 653t OR), d.h. grundsätzlich sind sowohl Herabsetzung durch Vernichtung von Aktien als auch durch Nennwertreduktion zulässig.<sup>10</sup> Selbstverständlich kann die Generalversammlung im Sinne der «Einschränkungen» von Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3 auch beschliessen, dass nur die eine oder die andere Form der Herabsetzung zulässig ist.<sup>11</sup>

#### b. Rückkauf eigener Aktien zur Vernichtung

Die Kapitalherabsetzung mittels Aktienvernichtung erfordert oftmals in einem ersten Schritt den Rückkauf von Aktien. Dementsprechend enthält das Kapitalband grundsätzlich auch eine Ermächtigung des Verwaltungsrates zu dem für Zwecke einer erlaubten Kapitalherabsetzung notwendigen Rückkauf von Aktien. Unter geltendem Recht ist anerkannt, dass die in Art. 659 Abs. 1 OR festgelegte Grenze für Rückkäufe eigener Aktien von 10 Prozent überschritten werden darf, wenn ein Grundsatzbeschluss der Generalversammlung über eine Kapitalherabsetzung durch Aktienvernichtung vorliegt – die zu diesem Zweck gekauften Aktien sind dann unwiderruflich zur Vernichtung bestimmt und «zählen» daher nicht als eigene Aktien im Sinne von Art. 659 Abs. 1 OR.<sup>12</sup> Genügt für diese Konsequenz unter dem neuen Recht bereits das Bestehen einer Kapitalband-Bestimmung in den Statuten?

Diese Annahme ginge unseres Erachtens zu weit, da ein Verwaltungsrat dann – sofern die

darf. Daneben kann der VR im Rahmen des Kapitalbands auch eine deklaratorische Kapitalherabsetzung vornehmen. Bei einer Unterbilanz könnte er das Kapital ohne Auszahlung reduzieren und den Herabsetzungsbetrag mit dem Bilanzverlust verrechnen.

<sup>12</sup> Bockli, Aktienrecht, § 4 N 267; CR OR II-*Trigo Trindade*, Art. 659-659b N 23.

Statutenklausel den betragsmässigen Spielraum ausschöpft – bis zu der Hälfte der ausstehenden Aktien der Gesellschaft zurückkaufen und erst danach entscheiden könnte, ob er sie tatsächlich im Rahmen einer Kapitalherabsetzung vernichtet oder vielmehr anderweitig damit verfährt; die Begrenzung von Art. 659 Abs. 2 revOR würde dadurch ausgehöhlt. In Analogie zur Praxis unter dem geltenden Recht ist vielmehr zu verlangen, dass der Verwaltungsrat zunächst einen bindenden Grundsatzbeschluss über eine konkret beabsichtigte Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbands fasst; zu dessen Umsetzung (und nur dafür) darf er dann Rückkäufe ohne Beachtung der 10 Prozent-Grenze tätigen.

#### c. Reduktion des Nennwerts der Aktien

Der Nennwert der Aktien muss im Wortlaut der Statutenklausel über das Kapitalband enthalten sein (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 4). Diese Bestimmung stellt jedoch kein Hindernis dafür dar, dass der Verwaltungsrat den Nennwert und damit das Aktienkapital innerhalb des Kapitalbands herabsetzen kann.

Der Verwaltungsrat kann somit eine Reduktion des Nennwertes mit entsprechender Ausschüttung des Differenzbetrages beschliessen und damit ein funktionales Äquivalent einer Dividende ohne Zustimmung der Generalversammlung veranlassen. Er passt die Statuten im entsprechenden Verwaltungsratsbeschluss in Anwesenheit eines Notars an (vgl. Art. 653u Abs. 4 OR, siehe auch nachfolgend unter lit. d).

Durch eine Nennwertreduktion dürfen hingegen keine neuen bzw. in den Statuten nicht vorgesehenen Kategorie von Aktien oder Partizipationsscheine geschaffen werden. Die Herabsetzung muss deshalb sämtliche Aktien einer bestehenden Kategorie von Beteiligungsrechten betreffen oder – wenn nur gewisse Aktien betroffen sind – die Umwandlung in eine andere bestehende Kategorie bewirken, wobei in beiden Fallkonstellationen das (relative) Gleichbehandlungsprinzip beachtet werden muss.

Die logische Folge einer Nennwertreduktion wäre dann, dass der Verwaltungsrat auch gleich die maximale Anzahl Aktien, auf bzw. um die das Kapital im Rahmen des Kapitalbands erhöht werden kann, anpassen kann.

#### d. Nachführung der Statuten durch den Verwaltungsrat

Gemäss Art. 653u Abs. 2 revOR ist der Verwaltungsrat ermächtigt, die notwendigen Bestimmungen zur Anpassung der Statuten zu erlassen. Es stellt sich dabei die Frage, inwieweit der Verwaltungsrat nach erfolgreicher Durchführung einer Kapitalherabsetzung (insbes. bei Nennwertreduktion) die Statutenklausel über das Kapitalband eigenständig anpassen kann. Es bestehen hier zwei mögliche Interpretationsweisen, die nachfolgend anhand der AG im Beispiel, die ihr Aktienkapital im Rahmen des Kapitalbands mittels Nennwertreduktion von CHF 1.00 auf CHF 0.50 auf CHF 100'000, entsprechend 200'000 Aktien mit einem Nennwert von CHF 0.50 herabsetzt, aufgezeigt werden.

Nach der **ersten Interpretationsweise** umfasst die Ermächtigung des Verwaltungsrats zur Anpassung der Statutenklausel über das Kapitalband als Folge einer Kapitalherabsetzung lediglich den Nennwert, jedoch nicht die Anzahl Aktien. Entsprechend setzt die Generalversammlung die Anzahl Aktien für die Dauer des Kapitalbands fest. Nach der **zweiten Interpretationsweise** kann der Verwaltungsrat sowohl den Nennwert als auch die Anzahl Aktien in den Statuten anpassen, so dass das Kapitalband jederzeit innerhalb der Sperrziffern voll ausgeschöpft werden kann; es sei denn die Statuten sehen explizit eine Einschränkung vor.

Die erste Interpretationsweise scheint nicht mit dem Wortlaut der Variante 1 der Musterstatuten vereinbar, da dieser diesfalls lauten würde: «*innerhalb der Obergrenze von CHF 300'000, **entsprechend 300'000 Namenaktien** von je CHF **0.50 Nennwert**.*» Mit Variante 2 wäre diese Interpretationsweise zwar besser vereinbar: «*auf bis zu CHF 300'000 durch Ausgabe von **bis zu 100'000** vollständig zu*

*liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.50 zu erhöhen»* - das Kapitalband könnte jedoch ebenfalls nicht mehr im vollen Umfang ausgeschöpft werden. Zudem scheint auch bei dieser Variante das Resultat unbefriedigend, denn die Obergrenze des Kapitalbands stimmt dadurch nicht mehr mit der Anzahl Aktien, um die erhöht werden kann, überein.

Unseres Erachtens sollte daher der zweiten Interpretationsweise Vorrang gewährt werden: Danach könnte der Verwaltungsrat die Statuten in Variante 1 wie folgt anpassen: *«innerhalb der Obergrenze von CHF 300'000, **entsprechend 600'000 Namenaktien von je CHF 0.50 Nennwert**»* und in Variante 2 wie folgt: *«auf bis zu CHF 300'000 durch Ausgabe **von bis zu 400'000** vollständig zu liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.50 zu erhöhen»*. Für diese Interpretationsweise spricht sowohl die *ratio legis* als auch die Tatsache, dass eine konsequente Umsetzung der ersten Interpretationsweise zu Statutenklauseln führen würde, die falsch bzw. irreführend sind.

Der Verwaltungsrat erhält dadurch zwar weitreichende Kompetenzen und kann, rein theoretisch, das Aktionariat ohne explizite Zustimmung der Generalversammlung massgebend bzw. noch weitgehender verändern als nach der erste Interpretationsweise. Bei einer funktionierenden Corporate Governance sollte jedoch der Aktionärsschutz anderweitig sichergestellt sein und der Verwaltungsrat entsprechend besorgt sein, seine Kompetenzen innerhalb des Kapitalbands im Einklang mit seinen Sorgfalts- und Treuepflichten (Art. 717 Abs. 1 OR) auszuüben. Darüber hinaus werden dem Verwaltungsrat insbesondere bei kotierten Gesellschaften durch Stimmrechtsberater Schranken gesetzt, da diese eine umfassende Ausschöpfung des Kapitalbands ohnehin nicht befürworten werden.

Auch der Aspekt des Gläubigerschutzes scheint dieser Interpretationsweise nicht entgegen zu stehen. Es trifft zwar zu, dass das Kapitalband Gläubiger im Vergleich zum

bisherigen Recht insbesondere bei Kapitalherabsetzungen schlechter stellt. Dies spräche jedoch gegen die Einführung eines Kapitalbands insgesamt, jedoch nicht gegen eine der beiden Interpretationsweisen. Beschliesst die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft ein Kapitalband mit einer Sperrziffer nach unten und oben, so ist die Spannweite den Gläubigern bekannt und es spielt keine Rolle, ob das Kapital auf einen Schlag um 50 Prozent reduziert werden kann (was auch bei der ersten Interpretationsweise möglich ist) oder durch mehrfache Herabsetzungen mittels Nennwertreduktion (und jeweils Erhöhung der Anzahl Aktien um bzw. auf die das Kapital herabgesetzt werden kann).

#### [NR. 5]

### WAHL DER AKTIENKATEGORIE DURCH DEN VERWALTUNGSRAT

In aller Regel hat eine Aktiengesellschaft nur eine Aktienkategorie, weshalb sich eine Wahl der zu erhöhenden Kategorie erübrigt. Bestehen jedoch mehrere Kategorien und soll der Verwaltungsrat nur eine bestimmte Aktienkategorie ausgeben können, ist dies in den Statuten zu präzisieren (wie im Vorschlag oder alternativ in der Ermächtigungsklausel (Abs. 3)).

Das gleiche muss für eine gleichzeitige Ausgabe von Aktien bestehender Kategorien in einem disproportionalen Verhältnis (sprich die eine Kategorie wird in einem grösseren Umfang erhöht als die andere(n)) sowie die Umwandlung einer Aktienkategorie in eine andere Aktienkategorie gelten.

#### [NR. 6]

### KAPITALERHÖHUNG DURCH UMWANDLUNG VON RESERVEN

Wie unter bisherigem Recht kann die Liberierungen auch im Rahmen des Kapitalbands sowohl in bar als auch mittels Sacheinlage, Verrechnung oder durch Umwandlung von Reserven erfolgen.

Unter bisherigem Recht muss eine Klausel über genehmigtes Kapital eine ausdrückliche Ermächtigung enthalten, falls neue Aktien

durch Umwandlung von Reserven sollen geschaffen werden können.<sup>13</sup> Dies muss unseres Erachtens auch beim Kapitalband gelten.

#### [NR. 7]

#### KAPITALBAND UND BEDINGTES KAPITAL

Der Entwurf des Bundesrats vom 23. November 2016 sah in Art. 653v revOR noch vor, dass das Kapitalband bei einer Einführung eines bedingten Kapitals dahinfällt. Diese eher strikte Regelung wurde in den Räten dahingehend liberalisiert, dass eine Erhöhung des Aktienkapitals aus bedingtem Kapital, das neben einem Kapitalband (und wohl auch eine Erneuerung bzw. Erhöhung des bereits bestehenden Betrages des bedingten Kapitals) lediglich zu einer entsprechenden Erhöhung des oberen und unteren Endes des Kapitalbands führt.

Es bestehen somit zwei Möglichkeiten einer Koexistenz von bedingtem Kapital und Kapitalband. Einerseits ein separates bedingtes Kapital sowie andererseits ein in das Kapitalband integriertes bedingtes Kapital.<sup>14</sup> Bei der Musterklausel ist das bedingte Kapital integriert und die Ermächtigung des Verwaltungsrats zur Erhöhung aus bedingtem Kapital wird von der Ermächtigung zur Erhöhung im Rahmen des Kapitalbands erfasst.

Gegenüber einem separaten bedingten Kapital hat das integrierte den Nachteil, dass die Ermächtigung des Verwaltungsrats ebenfalls der Fünfjahresfrist des Kapitalbands unterliegt. Demgegenüber steht der Vorteil, dass es von der steuerrechtlichen Nettobetrachtung beim Kapitalband profitiert. Entsprechend ist die Emissionsabgabe erst am Ende des Kapitalbands geschuldet und nur, sofern Zuschüsse Rückzahlungen übersteigen.<sup>15</sup>

#### [NR. 8]

#### VERSTETIGUNG DER AUSSCHÜTTUNGEN AN AKTIONÄRE

Dieser Passus ist unseres Erachtens nicht notwendig, wenn das Kapitalband schon eine allgemeine Ermächtigung des Verwaltungsrats zur Kapitalherabsetzung vorsieht. Es kann allerdings vorkommen, dass sich der Verwaltungsrat eine Ermächtigung zur Ausschüttung mittels Nennwertreduktion ausdrücklich von der Generalversammlung einholen möchte; dies deshalb, weil die Nennwertherabsetzung ein Ersatz für eine Dividende ist und letztere rechtlich in der Schweiz von der Generalversammlung beschlossen wird. Wenn der Verwaltungsrat unterjährig mehrere «Ausschüttungen» mittels gestaffelter Kapitalherabsetzung durchführen möchte, kann der Wunsch nach Genehmigung durch eine Generalversammlung noch ausgeprägter sein.

<sup>13</sup> Art. 652d OR i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR; BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 652d N 7.

<sup>14</sup> Art. 653v Abs. 2 OR.

<sup>15</sup> Für weiterführende Ausführungen zum Thema bedingtes Kapital vgl. auch der Beitrag in der im Juli

erscheinenden SZW 3/2021 von *Thomas Reutter/Annina Hammer*, Lediglich «Punktueller Anpassungen und Präzisierungen der Bestimmungen zum bedingten Kapital»? Bedingt zutreffend!

## Kontakt



**Annina Hammer**

Attorney at Law  
T +41 58 510 92 95

[annina.hammer@advestra.ch](mailto:annina.hammer@advestra.ch)



**Dr. Thomas U. Reutter**

Attorney at Law  
T +41 58 510 92 80

[thomas.reutter@advestra.ch](mailto:thomas.reutter@advestra.ch)



**Roland Truffer**

Attorney at Law  
T +41 58 510 92 90

[roland.truffer@advestra.ch](mailto:roland.truffer@advestra.ch)



**Annette Weber**

Attorney at Law  
T +41 58 510 92 29

[annette.weber@advestra.ch](mailto:annette.weber@advestra.ch)



**Prof. Dr. Rashid Bahar**

Attorney at Law  
T +41 58 510 92 91

[rashid.bahar@advestra.ch](mailto:rashid.bahar@advestra.ch)



ADVESTRA

Uraniastrasse 9 | 8001 Zurich  
T +41 58 510 92 00  
[www.advestra.ch](http://www.advestra.ch) | [info@advestra.ch](mailto:info@advestra.ch)

## Anhang: Englische Statutenklausel

### Art. 6 - Capital Band

- (1) **Alternative 1:** *The Board of Directors is authorized until [date] to conduct one or more increases and/or reductions of the share capital within the upper limit of [maximum amount], corresponding to [number] of registered shares with a nominal value of [CHF] [amount] each, and the lower limit of [minimum amount], corresponding to [number] of registered shares with a nominal value of [CHF] [amount] each. Capital reductions can be conducted either through a reduction of the nominal value of the shares or through cancellation of shares.*
- OR
- (1) **Alternative 2:** *The Board of Directors is authorized, until [date], (i) to increase the Company's share capital one or several times up to a maximum of [amount] by way of issue of up to [number] fully paid up new shares of [CHF] [amount] nominal value each and/or (ii) to reduce the company's share capital to a minimum of [amount]. A capital reduction can be carried out by cancellation of up to [number] of registered shares with a nominal value of [CHF] [amount], by reduction of the nominal value [in an amount of up to [CHF] [amount] per registered shares], or a combination thereof.*
- (2) *In case of a capital increase:*
- (a) *The Board of Directors shall determine the number of shares, the issue price, the form of payment required for subscription, the date of issue, the conditions governing the exercise of subscription rights and the commencement of dividend entitlement, but is only entitled to issue shares that are fungible with a class of shares already in issue. The Board of Directors may issue new shares which are underwritten by a bank or other third party and subsequently offered to existing shareholders. The Board of Directors is authorized to restrict or to exclude trading in the subscription rights to the new shares. In the event of subscription rights not being exercised, the Board of Directors may, at its discretion, either allow such rights to expire worthless, place them or the shares to which they are entitled at market conditions, or use them in some other manner conducive to the interests of the Company.*
- (b) *The Board of Directors is empowered to withdraw or restrict shareholders' subscription rights and to allocate such rights to individual shareholders or third parties in the event:  
[List of usual reasons for exclusion of subscription rights]*
- (3) *[Within the limits of this Capital Band, the Board of Directors is also authorized:*
- (a) *to increase the capital by converting free reserves into share capital;*
- (b) *to change the share capital to a round amount of the new currency in connection with a change of currency of the share capital;*
- (c) *to issue instruments that foresee the increase of capital out of conditional capital through the exercise of conversion or option rights. In doing so, the Board of Directors must comply with art. [x] «conditional capital» of these Articles of Association;*
- (d) *to carry out capital reductions by means of a reduction in nominal value [once or several times / up to four times] per year and to pay out the reduction amount to the shareholders after adjusting the Articles of Association.*
- (e) *to, instead of increasing the share capital, create participation capital of up to [total nominal amount] [by issuing up to [number] participation certificates with [CHF] [amount] nominal value each].]*
- (4) *The subscription and acquisition of new shares as well as any subsequent transfer of the shares shall be subject to the restrictions of art. [x] of these Articles of Association.*

## Weiterführende Literatur

- Baum Olivier*, Kapitalband und bedingtes Kapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, *GesKR* 1/2017, S. 47-58.
- Böckli Peter*, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, *GesKR* 2/2017, S. 133-151.
- Büchler Benjamin*, Das Kapitalband, Diss. Zürich 2011.
- Forstmoser Peter/Küchler Marcel*, Die Reform des schweizerischen Aktienrechts, *ZSR-RDS* 139 (2020) I S. 353-427.
- Gericke Dieter*, Das Kapitalband im Vorentwurf 2014, *GesKR* 1/2015, S. 109-113.
- Gericke Dieter/Müller Andreas/Häusermann Daniel/Hagmann Nina*, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, *GesKR* 3/2020, S. 323-341.
- Dies.*, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, *GesKR* 1/2017, S. 25-46.
- Glanzmann Lukas*, Verrechnungsliberalisierung – Absage an die Werthaltigkeitstheorie, *GesKR* 2008 (Sondernummer), S. 15-17.
- Maag Harald*, Kapitalband, in: Fischer Willi/Drenckhan Helcke/Gwelessiani Michael/Theus Simoni Fabiana (Hrsg.), *Handbuch Schweizerisches Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis*, Basel 2014, S. 1036-1041.
- Meyer Tobias*, Kapitalschutz als Selbstzweck? Die Kapitalverfassung gemäss dem Gesetzesentwurf zur Revision des Aktien- und Gesellschaftsrechts im Kontext internationaler Entwicklungen, *GesKR* 3/2008, S. 220-234.
- Schenker Urs*, Das Kapitalband, Flexibilisierung des Kapitals mit Gefahren für Aktionäre und Gläubiger, in: Müller Matthias P.A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), *Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt*, Zürich/St. Gallen 2020, S. 169-191
- von der Crone Hans Caspar*, *Aktienrecht, 2.A.*, Bern 2020.
- von der Crone Hans Caspar/Angstmann Luca*, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, *SZW-RSDA* 1/2017, S. 3-24.
- von der Crone Hans Caspar/Cathomas Linus*, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, *SZW-RSDA* 5/2017, S. 586-606.
- von der Crone Hans Caspar/Dazio Giovanni*, Das Kapitalband im neuen Aktienrecht, *SZW-RSDA* 5/2020, S. 505-518.
- von der Crone Hans Caspar/Mohasseb Keivan*, Stand der Aktienrechtsrevision, *AJP-PJA* 8/2019 S. 781-794.