

# Das Kapitalband im neuen Aktienrecht

## Flexibilisierung der Kapitalveränderung durch Art. 653s–653v revOR

Hans Caspar von der Crone | Giovanni Dazio\*

*On June 19, 2020, the National Council and the Council of States adopted the revision of the Swiss law on companies limited by shares. This article deals with the capital band («Kapitalband») that introduces the possibility for shareholders to authorize the board of directors to increase and reduce the share capital without previous resolution by the general meeting.*

*In line with an international trend, the revision should bring more flexibility and simplification with regard to the share capital of Swiss companies,ulti-*

*mately coming near to the authorized capital of the US-law. The paper initially highlights the necessity of a flexible regulation of the share capital considering the modern Corporate Finance of firms. Then, it analyses the singles norms of the new regulation in light of the company self and the position of shareholders and stakeholders, in particular of minority shareholders and creditors. It appreciates the revision as a positive development of the Swiss law on companies limited by shares.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Konzept
- III. Ermächtigung
  - 1. Voraussetzungen
  - 2. Gestaltungsspielraum und Schranken
- IV. Kapitalveränderung
  - 1. Allgemeines
  - 2. Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands
  - 3. Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands
- V. Aufhebung
- VI. Gläubigerschutz
  - 1. Bei Einführung des Kapitalbands
  - 2. Bei Durchführung der Kapitalveränderung
  - 3. Nach erfolgter Kapitalveränderung
- VII. Verhältnis
  - 1. Zu den anderen Kapitalveränderungsformen
  - 2. Zum Erwerb eigener Aktien
- VIII. Übergangsrecht
- IX. Schlussbetrachtungen

### I. Einleitung

Am 19. Juni 2020 haben National- und Ständerat in den jeweiligen Schlussabstimmungen die Aktienrechtsrevision verabschiedet.<sup>1</sup> Nach der amtlichen Publikation ist die Referendumsfrist am 8. Oktober 2020 ungenutzt abgelaufen, sodass das revidierte Aktienrecht voraussichtlich im Laufe des übernächsten Jahres in Kraft gesetzt wird.<sup>2</sup>

Mit der Aktienrechtsrevision 2020 soll das schweizerische Aktienrecht ohne eigentlichen Systemwechsel auf den neusten Stand gebracht werden.<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang soll auch die bestehende Ordnung der Kapitalveränderungen weiterentwickelt werden.<sup>4</sup> Schweizerische Aktiengesellschaften sollen mit dem Institut des Kapitalbands nach Art. 653s–653v revOR<sup>5</sup> mehr Flexibilität bei der Gestaltung des Aktienkapitals erhalten. Auf diesen

\* Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone und MLaw Giovanni Dazio, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <[www.rwi.uzh.ch/vdc](http://www.rwi.uzh.ch/vdc)>. Ein Kurzvideo zu diesem Beitrag findet sich auf <[www.aktienrechtplus.ch](http://www.aktienrechtplus.ch)>.

<sup>1</sup> Vgl. BBl 2020, 5573 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. September 2020, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mn.msg-id-80358.html>> [zuletzt besucht am 27. November 2020].

<sup>3</sup> Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 399 ff., 401 (zit. Botschaft AR 2016); vgl. auch Dieter Gericke, Das Kapitalband (E Art. 653s–653x OR), GesKR 2008 (Sondernummer), 38 ff., 38 (zit. Gericke, Kapitalband I).

<sup>4</sup> Statt vieler Gericke, Kapitalband I (Fn. 3), 38.

<sup>5</sup> Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderung vom 19. Juni 2020, BBl 2020, 5573 ff. (AS 2020, 4005 ff.).

wichtigen Pfeiler des Aktienrechts 2020<sup>6</sup> soll im vorliegenden Beitrag näher eingegangen werden.

## II. Konzept

Nach Art. 653s Abs. 1 revOR können die Statuten den Verwaltungsrat künftig ermächtigen, während einer Dauer von längstens fünf Jahren das Aktienkapital innerhalb einer Bandbreite – innerhalb des Kapitalbands – zu verändern. Sie legen fest, innerhalb welcher Grenzen der Verwaltungsrat das Aktienkapital erhöhen und herabsetzen darf.

Das Rechtsinstitut des Kapitalbands geht auf einen Expertenbericht zuhanden des Bundesamts für Justiz aus dem Jahr 2001 zurück,<sup>7</sup> fand Eingang in die (Vor-)Entwürfe der darauffolgenden Jahre und wurde mit der Aktienrechtsrevision 2020 definitiv im Obligationenrecht verankert.<sup>8</sup> Das Kapitalband kombiniert die heutige genehmigte Kapitalerhöhung nach Art. 651–651a OR mit einer spiegelbildlichen, bisher nicht vorgesehenen «genehmigten Kapitalherabsetzung».<sup>9</sup> Konsequenterweise wird deshalb im Aktienrecht 2020 die genehmigte Kapitalerhöhung gestrichen.<sup>10</sup> Das Kapitalband steht nur für Aktiengesellschaften zur Verfügung.<sup>11</sup>

Das Kapitalband soll es Gesellschaften ermöglichen, ihre Kapitalstruktur flexibler zu gestalten und ihr Eigenkapital zeitnah den tatsächlichen Bedürfnissen anzupassen.<sup>12</sup> Die Ermächtigung zur Kapitalerhöhung im Rahmen des Kapitalbands soll dem Verwaltungsrat nach Bedarf mehr Gestaltungsspielraum und Flexibilität bei der Eigenkapitalfinanzierung einräumen.<sup>13</sup>

Insbesondere grössere Gesellschaften haben häufig ein Interesse an der raschen Verfügbarkeit von neuem Eigenkapital. Bei der Projektfinanzierung schafft die zusätzliche Flexibilität bei der Eigenkapitalfinanzierung die Voraussetzung für eine optimale Kombination von Eigen- und Fremdfinanzierung.<sup>14</sup> Bei Unternehmensübernahmen erleichtert ein flexibleres Kapitalerhöhungsverfahren die Bereitstellung von Aktien für ein Aktientauschangebot (vgl. Art. 7 und Art. 13 FusG).<sup>15</sup> Mit umgekehrten Vorzeichen soll das Kapitalband für den Fall der Überkapitalisierung mehr Flexibilität für Kapitalherabsetzungen schaffen.<sup>16</sup>

Nach den Grundsätzen der modernen *Corporate Finance* folgt der Finanzierungsentscheid funktional dem Investitionsentscheid.<sup>17</sup> Ein Projekt ist zu realisieren, wenn es einen positiven Barwert verspricht. Im Verhältnis zu diesem Investitionsentscheid hat der Entscheid über die Finanzierung nachgelagerte, technische Bedeutung. Umgesetzt in das Aktienrecht,

<sup>6</sup> So Hans Caspar von der Crone/Keivan Mohasseb, Stand der Aktienrechtsrevision, Zehn Kernpunkte der ständerätlichen Debatte, AJP 8/2019, 781 ff., 784.

<sup>7</sup> Siehe Hans Caspar von der Crone, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/2002, 1 ff., 16 ff. (zit. von der Crone, Nennwertlose Aktien). Dieser Expertenbericht sprach sich zugleich gegen einen Übergang zu nennwertlosen Aktien aus.

<sup>8</sup> Zur Entstehung des Aktienrechts 2020 im Hinblick auf das Kapitalband Benjamin Büchler, Das Kapitalband, Diss. Zürich 2011, N 53 ff. Zur Entwicklung der verschiedenen (Vor-)Entwürfe Hans Caspar von der Crone/Linus Cathomas, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, SZW 5/2017, 586 ff., 597 f.

<sup>9</sup> Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 514; von der Crone, Nennwertlose Aktien (Fn. 7), 16; Gericke, Kapitalband I (Fn. 3), 42.

<sup>10</sup> Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 435 und 513.

<sup>11</sup> Auch die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 ff. revOR) als besondere Form der Aktiengesellschaft kann ein Kapitalband einführen (vgl. Art. 764 Abs. 2 OR), nicht aber etwa die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die bereits keine genehmigte Kapitalerhöhung kennt (kritisch dazu Dieter Gericke, Das Kapitalband im Vorentwurf 2014, GesKR 1/2015, 109 ff., 110 f. [zit. Gericke, Kapitalband III]).

<sup>12</sup> Von der Crone, Nennwertlose Aktien (Fn. 7), 16; Urs Schenker, Das Kapitalband, Flexibilisierung des Kapitals mit Gefahren für Aktionäre und Gläubiger, in: Matthias P. A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 169 ff., 170; Peter Forstmoser, Die «grosse» Aktienrechtsreform – Übersicht und Gesamtwürdigung, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 1 ff., 11; vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2007, 1589 ff., 1616 (zit. Botschaft AR 2007). Für einen Überblick über die historische Entwicklung bis zu einer Flexibilisierung der Kapitalstrukturen Büchler (Fn. 8), N 35 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 435 und 513; von der Crone/Cathomas (Fn. 8), 597.

<sup>14</sup> Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2010, § 14 N 692 (zit. von der Crone, Aktienrecht).

<sup>15</sup> Vgl. BGE 121 III 219 E. 1d/cc.

<sup>16</sup> Von der Crone, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 693.

<sup>17</sup> Von der Crone/Cathomas (Fn. 8), 589 f. m.w.H.

setzt dies voraus, dass die Aktionäre dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung mit der Kompetenz zum Investitionsentscheid auch die Kompetenz zur Gestaltung der Finanzierung übertragen können. Bisher stand dazu nur die auf maximal zwei Jahre beschränkte genehmigte Kapitalerhöhung zur Verfügung.<sup>18</sup> Mit dem Kapitalband werden die Aktionäre künftig die Geschäftsführungskompetenz von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung um die Kompetenz zur Gestaltung der Finanzierungsstruktur erweitern können.

In rechtsvergleichender Hinsicht steht das Kapitalband zwischen der kontinentaleuropäischen Tradition des festen Grundkapitals<sup>19</sup> und dem US-amerikanischen Konzept des flexiblen *authorized capital*.<sup>20</sup> Ein Trend zur Flexibilisierung der Kapitalstruktur lässt sich aktuell in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen feststellen. Mit dem Kapitalband geht die Schweiz aber doch weiter als die meisten Nachbarstaaten.<sup>21</sup>

### III. Ermächtigung

#### 1. Voraussetzungen

Das Kapitalband setzt eine Statutenklausel voraus, mit welcher der Verwaltungsrat zur Veränderung des Aktienkapitals innerhalb einer definierten Bandbreite ermächtigt wird (vgl. Art. 653s Abs. 1 revOR). Eine solche Bestimmung kann in die Statuten jederzeit aufgenommen werden, und zwar entweder bereits bei der Gründung oder nachträglich durch

Generalversammlungsbeschluss.<sup>22</sup> Für den Fall der nachträglichen Einführung verlangt Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 revOR die Zustimmung des qualifizierten Mehrs von (kumulativ) zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte. Mindestinhalt der Statutenbestimmung sind die obere und die untere Grenze des Kapitalbands, seine Laufzeit sowie Anzahl, Nennwert und Art der erfassten Aktien (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 1, 2 und 4 revOR). Weitere Aspekte sind in den Statuten nur zu regeln, soweit von der dispositiven Ordnung abgewichen werden soll.<sup>23</sup> Dies gilt insbesondere für «Einschränkungen, Auflagen und Bedingungen», mit denen die Ermächtigung des Verwaltungsrats spezifiziert wird (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3 revOR). Der Beschluss der Generalversammlung muss nach Art. 647 revOR öffentlich beurkundet und in das Handelsregister eingetragen werden.<sup>24</sup>

Die Statuten dürfen den Verwaltungsrat nur dann ermächtigen, das Aktienkapital herabzusetzen, wenn die Gesellschaft nicht auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verzichtet hat (Art. 653u Abs. 4 revOR).<sup>25</sup> Bei Gesellschaften, die von der Möglichkeit zum *Opting-out* gemäss Art. 727a Abs. 2 OR Gebrauch gemacht haben, kann der Verwaltungsrat also nur einseitig zur Erhöhung des Aktienkapitals ermächtigt werden. Diese Einschränkung dient dem Gläubigerschutz.<sup>26</sup> Beim Entscheid über eine Kapitalherabsetzung spielt die Jahresrechnung naturgemäss eine zentrale Rolle. Sie soll deshalb revidiert und damit von einer unabhängigen Stelle überprüft sein. Zu Recht wurde auch nach dem Verzicht auf den ursprünglich vorgesehenen vorgelagerten Gläubigerschutz an dieser Einschränkung festgehalten. Auch

<sup>18</sup> Von der Crone/Cathomas (Fn. 8), 589 f. m.w.H.

<sup>19</sup> Das System des festen Grundkapitals drückt sich bei der Regulierung der Kapitalaufbringung, -erhaltung und -veränderung aus (vgl. dazu statt vieler Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe?, Teil I, SJZ 113/2017, 73 ff., 80 [zit. Forstmoser/Küchler, Aktienrechtsreform I]).

<sup>20</sup> Dieter Gericke, Kapitalband: Flexibilität in Harmonie und Dissonanz, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 113 ff., 114 (zit. Gericke, Kapitalband II); Büchler (Fn. 8), N 535; vgl. auch Olivier Baum, Kapitalband und bedingtes Kapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, Zwei Spieler derselben Mannschaft?, GesKR 1/2017, 47 ff., 47. Für eine Analyse des Kapitalbands aus rechtsvergleichender Sicht Büchler (Fn. 8), N 423 ff.

<sup>21</sup> Nach Büchler (Fn. 8), N 423, 479 und 535, kennt keine andere Rechtsordnung ein vergleichbares Instrument.

<sup>22</sup> Von der Crone, Nennwertlose Aktien (Fn. 7), 16; Gericke, Kapitalband I (Fn. 3), 39. Es handelt sich dabei als Statutenänderung um eine unübertragbare Kompetenz der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Zur Beschlussfassung in der Generalversammlung eingehend Büchler (Fn. 8), N 195 ff.

<sup>23</sup> Zum Ganzen Botschaft AR 2007 (Fn. 12), 1653; Büchler (Fn. 8), N 252.

<sup>24</sup> Dabei wird die HRegV noch zu revidieren sein (Vanessa Oesch, Ausgewählte Aspekte der Aktienrechtsrevision aus der Perspektive des Handelsregisters, REPRAX 4/2019, 161 ff., 173; Botschaft AR 2007 [Fn. 12], 1636).

<sup>25</sup> Umgekehrt darf ein *Opting-out* nur beschlossen werden, wenn die Statuten im Falle eines Kapitalbands nur die Möglichkeit zur Erhöhung des Aktienkapitals vorsehen (vgl. Art. 727a Abs. 2 *in fine* E-OR).

<sup>26</sup> Vgl. dazu hinten S. 515.

der zugelassene Revisionsexperte nämlich, der die volle Deckung der Forderungen der Gläubiger trotz Herabsetzung des Aktienkapitals zu bestätigen hat (Art. 653u Abs. 3 i.V.m. Art. 653m revOR), muss sich auf eine verlässliche Buchführung und Rechnungslegung abstützen können.

Änderungen oder Verlängerungen der Ermächtigung kann die Generalversammlung jederzeit, auch vor Ablauf der Ermächtigungsdauer vornehmen. Dabei sind die gleichen Regeln wie bei der Einführung des Kapitalbands zu beachten.<sup>27</sup>

## 2. Gestaltungsspielraum und Schranken

Beim Entscheid über die Einführung eines Kapitalbands steht der Generalversammlung weite Gestaltungsfreiheit zu. Dieser beträchtliche Spielraum und dessen Schranken ergeben sich aus Art. 653s und Art. 653t revOR. Art. 653s Abs. 3 Satz 1 revOR verankert dabei den Grundsatz, wonach die Statuten die Befugnisse des Verwaltungsrats beschränken können.

### 2.1 Einseitiges Kapitalband

Die Statuten können anstelle der dispositiven Ordnung, die dem Verwaltungsrat innerhalb des Kapitalbands die zweiseitige Zuständigkeit zur Kapitalerhöhung und -herabsetzung einräumt, ein einseitiges Kapitalband vorsehen (Art. 653s Abs. 3 Satz 2 revOR). In diesem Fall darf der Verwaltungsrat das Aktienkapital im Rahmen des Kapitalbands nur erhöhen oder herabsetzen. Der Generalversammlung stehen also drei Möglichkeiten offen: Sie kann den Verwaltungsrat nur zur Kapitalerhöhung ermächtigen, womit ein ähnliches Ergebnis wie bei der heute bereits zulässigen genehmigten Kapitalerhöhung erzielt wird. Sie kann ihn nur zur Herabsetzung des Aktienkapitals ermächtigen, womit eine «genehmigte Kapitalherabsetzung» ermöglicht wird, die im geltenden Recht nicht zulässig ist. Oder sie kann ihm schliesslich sowohl die Befugnis zur Erhöhung als auch diejenige zur Herabsetzung des Aktienkapitals erteilen und so die zwei Varianten kombinieren.<sup>28</sup> Dispositiv kann der Verwaltungsrat das Aktienkapital sowohl erhö-

hen als auch herabsetzen (vgl. Art. 653s Abs. 1 und Art. 653u Abs. 1 revOR).

### 2.2 Grenzen des Kapitalbands

Wird ein Kapitalband eingeführt, so müssen die Statuten gemäss Art. 653s Abs. 1 Satz 2 und Art. 653t Abs. 1 Ziff. 1 revOR die untere und die obere Grenze des Kapitalbands festlegen.<sup>29</sup> Die obere Grenze des Kapitalbands darf das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital<sup>30</sup> höchstens um die Hälfte übersteigen, die untere Grenze darf es höchstens um die Hälfte unterschreiten (Art. 653s Abs. 2 revOR).<sup>31</sup> Weil Art. 621 Abs. 1 revOR ein Aktienkapital von mindestens CHF 100 000 verlangt, stellt diese Summe zugleich auch die tiefstmögliche untere Grenze eines Kapitalbands dar.<sup>32</sup> Führt eine Gesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 100 000 ein Kapitalband ein, so kann die Kompetenz zur Kapitalherabsetzung systembedingt erst dann relevant werden, wenn das Aktienkapital zuvor erhöht worden ist.<sup>33</sup> Schliesslich ist ein allfälliges Partizipationskapital bei der Festsetzung der Grenzen des Kapitalbands nach Art. 656b Abs. 3 Ziff. 5 revOR dem Aktienkapital zuzurechnen.

### 2.3 Ermächtigungsdauer

Die Ermächtigung des Verwaltungsrats zur Kapitalveränderung im Rahmen des Kapitalbands darf die Generalversammlung laut Art. 653s Abs. 1 Satz 1 revOR für eine Dauer von maximal fünf Jahren erteilen.<sup>34</sup> Das Datum, an dem die Ermächtigung endet, ist statutarisch festzulegen (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 2

<sup>29</sup> Bis zum Vorentwurf wurden dabei noch die beiden Begriffe «Basiskapital» bzw. «Maximalkapital» verwendet (vgl. Botschaft AR 2016 [Fn. 3], 513).

<sup>30</sup> Es gilt mithin das sog. Stichtagsprinzip (Botschaft AR 2016 [Fn. 3], 514).

<sup>31</sup> Beispiel: Eingetragenes Aktienkapital CHF 400 000, untere Grenze CHF 200 000, obere Grenze CHF 600 000.

<sup>32</sup> Vgl. Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 513; *Büchler* (Fn. 8), N 253.

<sup>33</sup> Aktiengesellschaften, die vor dem 1. Januar 1985 gegründet wurden und noch ein Aktienkapital unter CHF 100 000 aufweisen (vgl. Art. 2 Abs. 2 Satz 3 Schlussbestimmungen zum XXVI. Titel OR), müssen es zunächst nach Art. 621 Abs. 1 revOR auf CHF 100 000 erhöhen, damit sie ein Kapitalband einführen können. Vgl. dazu statt vieler *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Darstellung für den Praktiker, 2. Aufl., Zürich 1996, N 2065 ff., insb. N 2071 f.

<sup>34</sup> Bei der genehmigten Kapitalerhöhung beträgt die Höchstdauer zwei Jahre (vgl. Art. 651 Abs. 1 OR). Für das Kapi-

<sup>27</sup> *Büchler* (Fn. 8), N 228 f.; *Gericke*, Kapitalband I (Fn. 3), 40.

<sup>28</sup> Zum Ganzen Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 435 und 514; *Peter Böckli*, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Eine kritische Übersicht, GesKR 1/2006, 4 ff., 5; *Gericke*, Kapitalband I (Fn. 3), 39.

revOR). Diese Frist beginnt mit dem Generalversammlungsbeschluss zu laufen.<sup>35</sup>

#### 2.4 Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts

Bei der ordentlichen Kapitalerhöhung hat jeder Aktionär nach Art. 652b revOR Anspruch auf den Teil der neu ausgegebenen Aktien, der seiner bisherigen Beteiligung entspricht (Abs. 1). Dieses Bezugsrecht darf nur aus «wichtigen Gründen» eingeschränkt oder aufgehoben werden (Abs. 2). Durch die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts darf zudem niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden (Abs. 4).

Auch bei einer Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands kann das Bezugsrecht beschränkt oder entzogen werden. In diesem Fall sind in den Statuten die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts bzw. die wichtigen Gründe, aus denen der Verwaltungsrat das Bezugsrecht einschränken oder aufheben kann, anzugeben (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 7 revOR).<sup>36</sup> Diese Norm stellt auf die «wichtigen Gründe» nach Art. 652b Abs. 2 revOR ab, die auch zu beachten sind, wenn die Generalversammlung das Bezugsrecht direkt einschränkt oder ausschliesst.<sup>37</sup> Mit ihr hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung zur Delegation des Bezugsrechtsausschlusses bei der bisherigen genehmigten Kapitalerhöhung weiterentwickelt und kodifiziert.<sup>38</sup> Eine Kompetenz zur Kapitalerhöhung ohne Delegation des Bezugsrechtsausschlusses bliebe wohl weitgehend toter Buchstabe, wie bereits die entsprechende Kontroverse bei der genehmigten Kapitalerhöhung zeigte.<sup>39</sup>

Schränkt die Generalversammlung das Bezugsrecht selbst ein oder hebt sie es auf, müssen die Statuten die konkreten Sachverhalte ausweisen, die als

«wichtige Gründe» den Eingriff in das Bezugsrecht rechtfertigen.<sup>40</sup> Den Rechtsschutz der Aktionäre gewährleistet das Gesetz mit der Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR, die eine richterliche Überprüfung des Beschlusses zur Einführung des Kapitalbands erlaubt.<sup>41</sup>

Delegiert die Generalversammlung den Entscheid an den Verwaltungsrat, müssen die Statuten abstrakt umschreiben, unter welchen Voraussetzungen dieser bei der konkreten Erhöhung des Aktienkapitals innerhalb des Kapitalbands das Bezugsrecht beschränken oder aufheben kann, wobei der tatsächliche Eingriff in das Bezugsrecht der Aktionäre erst im Erhebungsbeschluss des Verwaltungsrats (Art. 653u Abs. 2 revOR) erfolgt.<sup>42</sup> Entscheidet der Verwaltungsrat sorgfältig und frei von Interessenkonflikten, wird sein Geschäftermessen geschützt. Überschreitet er dagegen sein Ermessen, handelt er in einem Interessenkonflikt oder beschränkt er das Bezugsrecht gänzlich ausserhalb des in den Statuten vorgesehenen Kompetenzrahmens, greift sein Entscheid ungerechtfertigt in ein zwingendes Aktionärsrecht ein.<sup>43</sup> Als Konsequenz dieses Verstosses gegen objektives Recht ist der Verwaltungsratsbeschluss widerrechtlich und damit nichtig i.S.v. Art. 714 i.V.m. Art. 706b OR.<sup>44</sup> In analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR beantwortet sich dabei die Frage, ob der Erhebungsbeschluss des Verwaltungsrats als Ganzes dahinfällt oder sich die Widerrechtlichkeit im Sinne der modifizierten Teilnichtigkeit auf den Bezugsrechtsausschluss beschränkt.<sup>45</sup> Die Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses ist mit Feststellungsklage geltend zu machen, die Teilnichtigkeit des Bezugsrechtsentzugs mit Klage auf Leistung der Bezugsrechtseinräumung.<sup>46</sup> Ist die Kapitalerhöhung bereits vollzogen und im Handelsregister eingetragen, bleibt sie trotz der Widerrechtlichkeit des Erhebungsbeschlusses aufrechterhalten, und den Aktionären steht nur die Verantwortlichkeitsklage aus individueller Schädigung zur

talband sah der Entwurf 2007 noch eine Höchstdauer von drei Jahren vor (vgl. Art. 653s Abs. 1 E-OR 2007).

<sup>35</sup> Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 514.

<sup>36</sup> Statutarisch anzugeben sind auch die Voraussetzungen für die Ausübung vertraglich erworbener Bezugsrechte (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 8 revOR). Kritisch dazu *Gericke*, Kapitalband I (Fn. 3), 40 m.w.H.; *Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann*, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 1/2017, 3 ff., 8 bei Fn. 47.

<sup>37</sup> *Von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 703.

<sup>38</sup> Grundlegend BGE 121 III 219. Eingehend *von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 660.

<sup>39</sup> Vgl. bereits BGE 121 III 219 E. 1c betreffend die genehmigte Kapitalerhöhung.

<sup>40</sup> *Von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 704.

<sup>41</sup> *Von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 704.

<sup>42</sup> *Von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 705.

<sup>43</sup> Zum Ganzen *von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 705.

<sup>44</sup> *Von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 705 und § 17 N 1398 f. Im Anwendungsbereich von Art. 714 OR sind die Nichtigkeitsgründe von Art. 706b OR weiter auszulegen.

<sup>45</sup> *Von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 705.

<sup>46</sup> *Von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 705.

Verfügung.<sup>47</sup> Haben die Aktionäre rechtzeitig Kenntnis vom widerrechtlichen Beschluss des Verwaltungsrats, werden sie deshalb zweckmässigerweise beim Gericht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen beantragen.<sup>48</sup>

Ein Teil der Lehre kritisiert die Möglichkeit einer Delegation des Bezugsrechtsentzugs an den Verwaltungsrat beim Kapitalband, indem eine solche den Aktionärsschutz weit einschränke.<sup>49</sup> Diesen Einwänden kann aber aufgrund des Gesagten unseres Erachtens nicht gefolgt werden. Die bestehende aktienrechtliche Ordnung mit der Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen und der Verantwortlichkeit von Verwaltungsratsmitgliedern gewährleistet wirksamen Schutz. Bei Letzterer darf insbesondere deren verhaltenssteuernde Funktion nicht vergessen werden,<sup>50</sup> welche die Verwaltungsräte beim Entscheid über den Bezugsrechtsentzug zur pflichtgemässen Mandatsausübung anhalten soll. Davon, dass sich «[d]er Verwaltungsrat [...] seine Aktionäre aus[wählt]»,<sup>51</sup> wenn er eine Kapitalerhöhung im Rahmen des Kapitalbands vornimmt und das Bezugsrecht entzieht, kann also nicht die Rede sein.

## 2.5 Einschränkungen, Auflagen und Bedingungen

Die Statuten können die Ermächtigung des Verwaltungsrats Einschränkungen, Auflagen oder Bedingungen unterstellen (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3 revOR). So kann die Generalversammlung den Handlungsspielraum des Verwaltungsrats für Kapitalveränderungen im Kapitalband auf die konkreten Bedürfnisse zuschneiden.<sup>52</sup> «Auflagen» wären Handlungsanweisungen zuhanden des Verwaltungsrats über das Vorgehen bei Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen.<sup>53</sup> «Bedingungen» machen die Ermächtigung ganz oder zum Teil vom Eintritt oder Nichtein-

tritt einer künftigen, ungewissen Tatsache abhängig.<sup>54</sup> Dabei kann grundsätzlich jede Art von Einschränkungen, Auflagen oder Bedingungen vorgesehen werden.<sup>55</sup>

So kann zum Beispiel das Kapitalband in verschiedene Tranchen unterteilt werden, sofern die gesetzlichen Kapitalgrenzen kumulativ nicht über- bzw. unterschritten werden.<sup>56</sup> Weiter kann der Verwaltungsrat zu einer bestimmten Anzahl von Kapitalveränderungen bzw. entweder zu *einer* Erhöhung oder *einer* Herabsetzung des Aktienkapitals ermächtigt werden.<sup>57</sup> Zulässig ist ferner die Angabe von einmalig verfügbaren Beträgen oder eine Begrenzung des Umfangs der jeweiligen Kapitalveränderung.<sup>58</sup> Ebenso kann die Ermächtigung zur Kapitalveränderung von Bedingungen abhängig gemacht werden, etwa dass der Verwaltungsrat zu einer Herabsetzung des Aktienkapitals nur befugt ist, wenn dieses zuvor auf einen gewissen Betrag erhöht wurde. Immerhin sieht das Gesetz nur die Einführung *eines* Kapitalbands vor, die Statuten könnten also nicht mehrere «Kapitalbänder» enthalten.<sup>59</sup> Verschiedene Gestaltungen sind schliesslich bei der Ermächtigungsdauer denkbar,<sup>60</sup> was freilich für alle beim Kapitalband relevanten Aspekte gilt. Fehlen besondere statutarische Regeln, bestimmt sich der Umfang der Ermächtigung nach der dispositiven gesetzlichen Ordnung.<sup>61</sup>

<sup>47</sup> Von der Crone, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 705.

<sup>48</sup> Von der Crone, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 705.

<sup>49</sup> Siehe Schenker (Fn. 12), 180 m.w.H.; Peter Böckli, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2/2017, 133 ff., 140 m.w.H. (zit. Böckli, Aktienrechtsrevision).

<sup>50</sup> Statt vieler Hans Caspar von der Crone/Benjamin Bloch, Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?, in: Rolf H. Weber/Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, 83 ff., 86.

<sup>51</sup> So Schenker (Fn. 12), 189.

<sup>52</sup> Von der Crone, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 702.

<sup>53</sup> Gericke, Kapitalband III (Fn. 11), 110; vgl. auch Baum (Fn. 20), 55 bei Fn. 55.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 151 Abs. 1 und Art. 154 Abs. 1 OR.

<sup>55</sup> Büchler (Fn. 8), N 271.

<sup>56</sup> Gericke, Kapitalband I (Fn. 3), 39 f. m.w.H.; Büchler (Fn. 8), N 274 f. und 278. Beide Autoren weisen auf die Möglichkeit der Unterteilung in einzelne Tranchen für jeweils bestimmte Zwecke hin.

<sup>57</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 2 N 51 (zit. Böckli, Aktienrecht). Fehlt jede Norm, kann der Verwaltungsrat das Aktienkapital wiederholt erhöhen bzw. herabsetzen (vgl. Botschaft AR 2007 [Fn. 12], 1591 f.).

<sup>58</sup> Büchler (Fn. 8), N 277 und 279.

<sup>59</sup> Büchler (Fn. 8), N 275 und 280.

<sup>60</sup> So z.B. eine unterschiedliche Befristung verschiedener Tranchen des Kapitalbands oder eine mit der Zeit zunehmende Einschränkung der Befugnisse des Verwaltungsrats (eingehend Büchler [Fn. 8], N 281 ff.; vgl. auch Gericke, Kapitalband I [Fn. 3], 39 f.).

<sup>61</sup> Büchler (Fn. 8), N 273.

## 2.6 Weitere Angaben

Statutarisch anzugeben sind nach Art. 653t Abs. 1 revOR auch Anzahl, Nennwert und Art der Aktien oder der Partizipationsscheine sowie allfällige Vorrechte (Ziff. 4), allfällige besondere Vorteile (Ziff. 5), die eventuelle Vinkulierung von Namenaktien (Ziff. 6), eine Ermächtigung des Verwaltungsrats zur Erhöhung des Kapitals mit bedingtem Kapital und die Angaben nach Art. 653b revOR (Ziff. 9)<sup>62</sup> sowie die Ermächtigung des Verwaltungsrats zur Schaffung eines Partizipationskapitals (Ziff. 10; vgl. auch Art. 656a Abs. 4 Ziff. 4 revOR).<sup>63</sup>

## IV. Kapitalveränderung

### 1. Allgemeines

Im Rahmen seiner Ermächtigung kann der Verwaltungsrat das Aktienkapital beliebig erhöhen und herabsetzen (Art. 653u Abs. 1 revOR):<sup>64</sup> Er kann es ordentlich oder aus bedingtem Kapital erhöhen bzw. ordentlich, deklarativ oder mit einem Kapitalschnitt herabsetzen.<sup>65</sup>

### 2. Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands

Bei einer Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands sind nach Art. 653u Abs. 5 revOR die Vorschriften über die ordentliche Kapitalerhöhung bzw. die Erhöhung aus bedingtem Kapital sinngemäss anwendbar.<sup>66</sup> Anwendbar sind deshalb Art. 650–652h bzw. Art. 653–653i revOR.

## 2.1 Ordentliche Kapitalerhöhung

Für die ordentliche Erhöhung des Aktienkapitals im Rahmen eines Kapitalbands muss der Verwaltungsrat nach Art. 653u Abs. 2 revOR zunächst einen Erhöhungsbeschluss fassen.<sup>67</sup> Dieser hat die für die Kapitalerhöhung notwendigen Bestimmungen zu enthalten, soweit sie nicht schon Gegenstand des Ermächtigungsbeschlusses der Generalversammlung sind. Massgebend ist der Katalog von Art. 650 Abs. 2 revOR. Der Inhalt des Ermächtigungsbeschlusses der Generalversammlung dagegen ergibt sich aus Art. 653t Abs. 1 revOR.<sup>68</sup> Im Erhöhungsbeschluss hat der Verwaltungsrat dementsprechend den Nennbetrag der Kapitalerhöhung (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 revOR), den Ausgabebetrag und den Beginn der Dividendenberechtigung (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 revOR) festzulegen sowie Angaben über allfällige qualifizierte Liberierungsformen (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4–6 revOR) zu machen.<sup>69</sup> Hat die Generalversammlung die Kompetenz zum Bezugsrechtsausschluss an den Verwaltungsrat delegiert (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 7 revOR), so hat der Verwaltungsrat im Rahmen des Erhöhungsbeschlusses über die konkrete Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts zu entscheiden und dabei die Modalitäten gemäss Art. 650 Abs. 2 Ziff. 9 und 10 revOR festzulegen.<sup>70</sup>

Die Aktienzeichnung richtet sich nach Art. 652 revOR, eine allfällige Prospektspflicht seit dem 1. Januar 2020 nach Art. 35 ff. FIDLEG. Für die Liberierung wird in Art. 652c revOR auf die Bestimmungen über die Gründung verwiesen, weshalb auch bei Kapitalerhöhungen innerhalb des Kapitalbands die üblichen Liberierungsformen zur Verfügung stehen.<sup>71</sup> Hinzu kommen wie bei der ordentlichen Kapitalerhöhung die Erhöhung aus Eigenkapital nach Art. 652d revOR sowie die Liberierung durch Herabsetzung der Liberierungsquote.<sup>72</sup> Über die Liberierungsformen

<sup>62</sup> Vgl. dazu hinten S. 512 f.

<sup>63</sup> Zum Ganzen eingehend *Büchler* (Fn. 8), N 285 ff. und 309 ff.

<sup>64</sup> Vgl. dazu vorne S. 508 sowie Fn. 57.

<sup>65</sup> Vgl. Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 513. Es handelt sich dabei um qualifizierte Fälle der erwähnten Formen von Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung.

<sup>66</sup> Eine «sinngemässe» Anwendung ist eine «ausdrücklich[e] gesetzliche [Anordnung] eines Analogieschlusses» (*Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl., Bern 2019, 108). Nachfolgend wird zur Entlastung des Textes darauf verzichtet, bei diesen Bestimmungen jeweils auf deren analoge Anwendbarkeit hinzuweisen.

<sup>67</sup> Vgl. auch Art. 650 Abs. 1 revOR.

<sup>68</sup> Vgl. dazu vorne S. 507 ff. Vorbehalten bleiben auch allfällige Einschränkungen, Auflagen oder Bedingungen im Beschluss der Generalversammlung (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3 revOR; vgl. *Büchler* [Fn. 8], N 363).

<sup>69</sup> Die obere Grenze des Kapitalbands schränkt das Ermessen des Verwaltungsrats bezüglich des Nennbetrags ein (*Büchler* [Fn. 8], N 363).

<sup>70</sup> *Büchler* (Fn. 8), N 364. Eingehend dazu vorne S. 509 f.

<sup>71</sup> Zur Verfügung stehen Barliberierung (Art. 633 revOR), Liberierung durch Sacheinlage (Art. 634 revOR) und Liberierung durch Verrechnung (Art. 634a revOR).

<sup>72</sup> Vgl. dazu statt vieler *Büchler* (Fn. 8), N 374 und 377 f.

entscheidet der Verwaltungsrat im Erhöhungsbeschluss, es sei denn, sie seien schon im Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung festgelegt. Nach Art. 652e revOR hat der Verwaltungsrat sodann einen Kapitalerhöhungsbericht zu erstellen und durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen (Art. 652f revOR).

Nach jeder Erhöhung des Aktienkapitals hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 653u Abs. 4 revOR die erforderlichen Feststellungen zu machen und die Statuten entsprechend zu ändern. Der Beschluss über die Feststellungen und die Statutenänderung ist öffentlich zu beurkunden. Der Inhalt des Feststellungsbeschlusses richtet sich nach Art. 652g revOR.<sup>73</sup> Der Beschluss über die Feststellungen und die Statutenänderung muss gemäss Art. 650 Abs. 3 revOR innert sechs Monaten ab dem Erhöhungsbeschluss in das Handelsregister eingetragen werden.<sup>74</sup>

## 2.2 Erhöhung aus bedingtem Kapital

Im Rahmen des Kapitalbands kann die Generalversammlung den Verwaltungsrat zur «Erhöhung des Kapitals mit bedingtem Kapital» ermächtigen (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 revOR).<sup>75</sup> Die Formulierung ist insofern ungenau, als das bedingte Kapital den Verwaltungsrat nicht zur Kapitalerhöhung, sondern zur Ausgabe von Wandel- oder Optionsrechten ermächtigt. Zur eigentlichen Kapitalerhöhung kommt es erst mit der Ausübung der Wandel- oder Optionsrechte durch die Berechtigten. Soll bedingtes Kapital im Rahmen des Kapitalbands eingeführt werden, müssen die Statu-

ten die Angaben gemäss Art. 653b revOR enthalten (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 revOR).<sup>76</sup> Insbesondere haben die Statuten «den Nennbetrag des bedingten Kapitals» anzugeben (Art. 653b revOR Abs. 1 revOR). Nach Art. 653c revOR steht den Aktionären ein Vorwegzeichnungsrecht zu, das wie das Bezugsrecht aus «wichtigen Gründen» beschränkt oder aufgehoben werden kann. In Analogie zu Art. 653t Abs. 1 Ziff. 7 revOR kann der Entscheid über den Entzug des Vorwegzeichnungsrechts statutarisch an den Verwaltungsrat delegiert werden.<sup>77</sup>

Nachdem das Kapitalband nach oben klar begrenzt ist, kann das bedingte Kapital nach Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 revOR nicht zur Bandbreite des Kapitalbands hinzuzurechnen sein. Vielmehr reserviert die Statutenbestimmung einen Teil des Kapitalbands für die Ausgabe von Wandel- oder Optionsrechten. Umgekehrt reduziert sich damit der Spielraum des Verwaltungsrats für ordentliche Kapitalerhöhungen.<sup>78</sup> Relativiert wird diese Einschränkung immerhin durch die Tatsache, dass der Verwaltungsrat gestützt auf das bedingte Kapital Optionen zu Konditionen ausgeben kann, die denjenigen von klassischen Bezugsrechten entsprechen. Zudem steht es der Generalversammlung frei, bedingtes Kapital neben einem Kapitalband einzuführen.<sup>79</sup>

Anwendbar auf die Durchführung der Kapitalerhöhung sind Art. 653e–653i revOR.<sup>80</sup> Auch beim bedingten Kapital innerhalb des Kapitalbands ist insbesondere Art. 653i revOR zu beachten, wonach die Statutenbestimmung über das bedingte Kapital erst gelöscht werden darf, wenn ein zugelassener Revisionsexperte bestätigt hat, dass keine Wandel- oder Optionsrechte mehr ausstehen. Diese Bestimmung geht Art. 653t Abs. 2 revOR vor, wonach die Bestimmungen zum Kapitalband nach Ablauf der Ermächtigungsdauer aus den Statuten zu streichen sind.<sup>81</sup> Im Gegensatz zu den Bestimmungen zum Kapitalband

<sup>73</sup> Vgl. *Büchler* (Fn. 8), N 384 ff.

<sup>74</sup> Vgl. auch Art. 647a revOR.

<sup>75</sup> Diese Formulierung lehnt sich an die Marginalie zu Art. 653 revOR an, wo aber präziser von einer «Erhöhung aus bedingtem Kapital» die Rede ist. Hinzu kommt, dass die Marginalie von Art. 653 revOR gewissermassen den Endzustand beschreibt, der eintritt, wenn die Wandel- oder Optionsrechte, die der Verwaltungsrat gestützt auf das bedingte Kapital den Zeichnern von Wandel- oder Optionsanleihen ausgegeben hat, von diesen ausgeübt werden, sodass es zur Erhöhung des Aktienkapitals kommt. Während die Marginalie von Art. 653 revOR mit anderen Worten den gesamten Vorgang zusammenfasst, geht es in Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 revOR genau wie in Art. 653 Abs. 1 revOR nur um die Kompetenz, ein bedingtes Kapital zu beschliessen, gestützt auf das abschliessend Wandel- oder Optionsrechte ausgegeben werden können. Nachdem aus dem Kontext klar ist, wie die Bestimmung zu verstehen ist, sind Missverständnisse ausgeschlossen.

<sup>76</sup> Vgl. auch Art. 653v Abs. 2 Satz 2 revOR.

<sup>77</sup> *Von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 661 m.w.H.

<sup>78</sup> Klarer formuliert war in dieser Hinsicht Art. 653s Abs. 4 E-OR 2007, der vorsah, dass die Generalversammlung den Verwaltungsrat in den Statuten auch ermächtigen kann, im Rahmen des Kapitalbands eine bedingte Kapitalerhöhung vorzunehmen. Vgl. dazu auch Botschaft AR 2007 (Fn. 12), 1653.

<sup>79</sup> Vgl. dazu hinten S. 516 f.

<sup>80</sup> Vgl. dazu statt vieler *von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 599 ff.

<sup>81</sup> Vgl. dazu hinten S. 514.



als solchem sind die spezifischen Angaben zum bedingten Kapital (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 revOR) mit anderen Worten erst zu streichen, wenn die Bestätigung nach Art. 653i revOR vorliegt. Klar scheint immerhin, dass beim bedingten Kapital innerhalb des Kapitalbands nach Ablauf der Laufzeit trotz eines allfälligen Fortbestehens der Statutenbestimmung nach Art. 653b revOR keine neuen Wandel- oder Optionsrechte mehr ausgegeben werden können. In diesem Punkt unterscheidet sich das bedingte Kapital innerhalb des Kapitalbands vom bedingten Kapital ausserhalb des Kapitalbands mit seiner grundsätzlich offenen Laufzeit.

### 3. Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands

Art. 653u Abs. 5 revOR verweist für die Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbands auf die allgemeinen Vorschriften über die Kapitalherabsetzung, d.h. auf Art. 653j–653r revOR.<sup>82</sup>

#### 3.1 Ordentliche Kapitalherabsetzung

Grundlage der ordentlichen Kapitalherabsetzung sind die Sicherstellung von Forderungen i.S.v. Art. 653k revOR und die Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten nach Art. 653m revOR. Liegt der Bilanzstichtag im Zeitpunkt des Herabsetzungsbeschlusses mehr als sechs Monate zurück, ist zudem ein Zwischenabschluss zu erstellen (Art. 653l revOR).<sup>83</sup>

Spiegelbildlich zur Kapitalerhöhung hat der Verwaltungsrat einen Herabsetzungsbeschluss zu fassen<sup>84</sup> und die notwendigen Bestimmungen zu erlassen, soweit diese nicht bereits im Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung festgelegt sind (Art. 653u Abs. 2 revOR). Zu regeln sind dabei laut Art. 653n revOR der Nennbetrag der Kapitalherabsetzung (Ziff. 1), die Art und Weise der Durchführung derselben (Ziff. 2) sowie die Verwendung des Herabsetzungsbetrags (Ziff. 3).<sup>85</sup> Ziff. 2 dieser Norm ist im Zusammenhang mit Art. 653j Abs. 2 revOR zu lesen, wonach die Herabsetzung des Aktienkapitals durch eine Herabsetzung des Nennwerts oder durch

die Vernichtung von Aktien erfolgen kann. Diese Punkte treten zu denjenigen nach Art. 653t Abs. 1 revOR hinzu.

Der Verwaltungsrat muss gemäss Art. 653u Abs. 4 revOR nach jeder Kapitalherabsetzung die erforderlichen Feststellungen machen und die Statuten entsprechend ändern,<sup>86</sup> beides in einer öffentlichen Urkunde. Inhalt des Feststellungsbeschlusses ist laut Art. 653o Abs. 1 revOR die Feststellung des Verwaltungsrats, dass die Anforderungen von Gesetz und Statuten in diesem Zeitpunkt erfüllt sind und ihm die erforderlichen Belege vorgelegen haben. Gemäss Art. 653j Abs. 4 revOR ist die Kapitalherabsetzung schliesslich in das Handelsregister einzutragen.<sup>87</sup>

#### 3.2 Deklarative Kapitalherabsetzung

Weist die Gesellschaft eine Unterbilanz aus, steht auch im Rahmen des Kapitalbands das vereinfachte Verfahren der deklarativen Kapitalherabsetzung zur Verfügung.<sup>88</sup> Die ökonomischen Realitäten können so gestützt auf das Kapitalband und ohne Generalversammlungsentscheid im Einzelfall bilanziell abgebildet werden.<sup>89</sup> Massgebend sind die allgemeinen Voraussetzungen für eine «Kapitalherabsetzung im Falle einer Unterbilanz» nach Art. 653p revOR. Insbesondere hat also ein zugelassener Revisionsexperte zu bestätigen, dass die Kapitalherabsetzung den Betrag der Unterbilanz nicht übersteigt.

#### 3.3 Kapitalschnitt

Mit einer gleichzeitigen Herabsetzung und Erhöhung des Aktienkapitals (Art. 653q f. revOR) fliessen der Gesellschaft zum Zweck der Sanierung neue Mittel zu.<sup>90</sup> Nach bisherigem Recht setzte der Kapitalschnitt zwei aufeinanderfolgende Generalversammlungsbeschlüsse voraus.<sup>91</sup> In einem zweiseitigen Kapitalband dagegen kann der Verwaltungsrat einen Kapital-

<sup>86</sup> Vgl. auch Art. 653o revOR.

<sup>87</sup> Vgl. auch Art. 647a revOR. Wie bei der Kapitalerhöhung ist auch hier die sechsmonatige Frist zu beachten.

<sup>88</sup> Vgl. Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 510 f. Statt vieler *Böckli*, Aktienrecht (Fn. 57), § 2 N 396 ff. Vorbehalten ist eine abweichende statutarische Regelung (vgl. Art. 653s Abs. 3 Satz 1 und Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3 revOR).

<sup>89</sup> Vgl. Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 513.

<sup>90</sup> Vgl. Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 511 ff. Statt vieler *von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 24 N 2019 f.

<sup>91</sup> Statt vieler *von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 14), § 24 N 2019. Zwar ist die Frage strittig, dass mindestens ein

<sup>82</sup> Zur «sinngemässen» Anwendung vorne Fn. 66.

<sup>83</sup> Vgl. Art. 653u Abs. 3 revOR. Vgl. dazu hinten S. 515.

<sup>84</sup> Vgl. auch Art. 653j Abs. 1 revOR.

<sup>85</sup> *Büchler* (Fn. 8), N 393 f. m.w.H.

schnitt, vollumfängliche Zeichnung der neu auszugebenden Aktien vorausgesetzt, aus eigener Kompetenz vornehmen.<sup>92</sup> Einen Kapitalschnitt auf null i.S.v. Art. 653r revOR dagegen lässt das Kapitalband nicht zu, darf doch die untere Grenze des Kapitalbands, die zwingend bei mindestens CHF 100 000 liegen muss, nicht unterschritten werden, und zwar auch nicht für eine blosse «logische Sekunde».

## V. Aufhebung

Das Kapitalband kann aus verschiedenen Gründen dahinfallen. Wichtigsten Aufhebungsgrund stellt der Ablauf der statutarischen Ermächtigungsfrist dar. Nach Art. 653t Abs. 2 revOR muss der Verwaltungsrat in diesem Fall die Statutenbestimmungen zum Kapitalband streichen.<sup>93</sup> Vorbehalten bleibt eine allfällige Vorschrift zum bedingten Kapital nach Art. 653b revOR.<sup>94</sup>

Nach Art. 653v Abs. 1 revOR fällt der Beschluss zum Kapitalband dahin, wenn die Generalversammlung während der Dauer der Ermächtigung das Kapital herauf- oder herabsetzt oder die Währung des Aktienkapitals ändert. Die Statuten sind entsprechend anzupassen. Mit einem neuen Generalversammlungsbeschluss kann jedoch wiederum ein Kapitalband eingeführt werden.<sup>95</sup> Im Übrigen kann die Generalversammlung auch einen Aufhebungsbeschluss fassen und die Ermächtigung des Verwaltungsrats aus den Statuten löschen.<sup>96</sup>

Beschluss der Generalversammlung notwendig ist, steht aber nicht zur Diskussion.

<sup>92</sup> Vgl. Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 513; von der Crone/Angstmann (Fn. 36), 23 bei Fn. 156. Eingehend dazu Dominik Rieder, Der vollständige Kapitalschnitt – Kapitalherabsetzung auf null mit Kapitalerhöhung, Diss. St. Gallen 2015, N 436 ff. Wiederum vorbehalten bleibt eine anders lautende statutarische Regelung.

<sup>93</sup> Zum Ganzen Büchler (Fn. 8), N 232, wonach es dabei aber bloss um eine Ordnungsvorschrift geht.

<sup>94</sup> Vgl. dazu vorne S. 512 f.

<sup>95</sup> Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 516.

<sup>96</sup> Büchler (Fn. 8), N 235, wonach dafür das relative Mehr von Art. 703 Abs. 1 revOR genügt. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 revOR spricht tatsächlich nur von der «Einführung eines Kapitalbands». Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, Jusletter 10. Februar 2020, N 16 (zit. Forstmoser/Küchler, Aktienrechtsreform II).

Anders als bei der genehmigten Kapitalerhöhung,<sup>97</sup> fällt beim Kapitalband die Ermächtigung des Verwaltungsrats nicht dahin, wenn dieser die ganze Bandbreite ausnutzt. Wenn dies beim zweiseitigen Kapitalband naheliegend ist, bleibt doch in diesem Fall bei Erreichen der oberen bzw. unteren Grenze immer noch Spielraum nach unten bzw. oben bestehen,<sup>98</sup> ergibt sich aus dem Gesetz auch beim einseitigen Kapitalband nichts anderes. Dabei kann der Verwaltungsrat aber auch ohne ausdrückliche Ermächtigung durch die Generalversammlung die Vorschriften über das Kapitalband aus den Statuten streichen.<sup>99</sup>

Eine Anfechtung des Beschlusses der Generalversammlung zur Einführung eines Kapitalbands wirkt grundsätzlich rückwirkend (*ex tunc*).<sup>100</sup> Wird das Aktienkapital vom Verwaltungsrat bei hängigem Prozess verändert, wirkt sich aber der spätere Wegfall der statutarischen Grundlage auf die erfolgten Kapitalveränderungen nicht aus.<sup>101</sup> Zweckmässigerweise wird der Anfechtungskläger deshalb für die Dauer des Verfahrens ein vorsorgliches Verbot von Kapitalveränderungen verlangen.

## VI. Gläubigerschutz

Zwischen dem Interesse der Gesellschaft an einer flexibleren Gestaltung ihrer Kapitalstruktur und dem Kapitalschutzinteresse der Gläubiger liegt insoweit potentiell ein Spannungsfeld vor, als der von einer Kapitalherabsetzung bewirkte Mittelabfluss zwangsläufig eine Verringerung des Haftungssubstrats der Gesellschaft zur Folge hat.<sup>102</sup> Vor diesem Hintergrund sieht das Gesetz verschiedene Gläubigerschutzmassnahmen vor.<sup>103</sup>

<sup>97</sup> Statt vieler Büchler (Fn. 8), N 233 m.w.H.

<sup>98</sup> Büchler (Fn. 8), N 233.

<sup>99</sup> Ebenso Büchler (Fn. 8), N 234, wonach aber die Generalversammlung den Verwaltungsrat ausdrücklich zur Streichung ermächtigen muss.

<sup>100</sup> Statt vieler von der Crone, Aktienrecht (Fn. 14), § 17 N 1201.

<sup>101</sup> Büchler (Fn. 8), N 231; ferner von der Crone, Aktienrecht (Fn. 14), § 17 N 719 und Fn. 625, mit Hinweis auf weitere Autoren.

<sup>102</sup> Statt vieler von der Crone, Aktienrecht (Fn. 14), § 14 N 722.

<sup>103</sup> Zum Konzept eines vorgelagerten Gläubigerschutzes, wie es im bundesrätlichen Entwurf noch enthalten war, statt vieler von der Crone/Cathomas (Fn. 8), 599 f.

## 1. Bei Einführung des Kapitalbands

Für den Gläubigerschutz bei der Einführung eines Kapitalbands sorgt das Gesetz zunächst mit dem gesetzlichen Mindestkapital nach Art. 621 Abs. 1 revOR.<sup>104</sup> Da das Aktienkapital CHF 100 000 nicht unterschreiten darf, muss die untere Grenze des Kapitalbands zumindest dieser Summe entsprechen. Dem Gläubigerschutz dient weiter auch Art. 653s Abs. 4 revOR,<sup>105</sup> wonach die Statuten den Verwaltungsrat nur dann ermächtigen dürfen, das Aktienkapital (auch) herabzusetzen, wenn die Gesellschaft ihre Jahresrechnung zumindest eingeschränkt prüfen lässt.<sup>106</sup>

## 2. Bei Durchführung der Kapitalveränderung

Bei einer ordentlichen Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbands sind die Bestimmungen über die Sicherstellung von Forderungen, den Zwischenabschluss und die Prüfungsbestätigung bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung sinngemäss anwendbar (Art. 653u Abs. 3 revOR),<sup>107</sup> was zu einer analogen Anwendung von Art. 653k–653m revOR führt.<sup>108</sup>

Der Verwaltungsrat muss nach Art. 653k revOR die Gesellschaftsgläubiger durch einmalige elektronische Veröffentlichung im SHAB darauf hinweisen, dass sie schriftlich und unter Angabe von Betrag und Rechtsgrund die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen können (Abs. 1). Wird dies innert 30 Tagen nach der Veröffentlichung im SHAB verlangt, muss die Gesellschaft für die angemeldeten Forderungen insoweit Sicherheit leisten, als deren bisheri-

ge Deckung durch die Kapitalherabsetzung vermindert wird (Abs. 2).<sup>109</sup> Keine Pflicht zur Sicherstellung besteht, wenn die Gesellschaft die Forderung erfüllt oder nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Kapitalherabsetzung nicht gefährdet wird, was vom Gesetz vermutet wird, wenn die Prüfungsbestätigung gemäss Art. 653m revOR vorliegt (Abs. 3).

Liegt der Bilanzstichtag im Zeitpunkt der Kapitalherabsetzung mehr als sechs Monate zurück, so muss ein Zwischenabschluss erstellt werden (Art. 653l revOR).

Ein zugelassener Revisionsexperte muss alsdann gemäss Art. 653m Abs. 1 revOR gestützt auf den Abschluss und das Ergebnis des Schuldenerufs schriftlich bestätigen, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind. Fraglich ist, ob die Pflicht zur Anwesenheit des Revisionsexperten an der Generalversammlung, wie sie im Falle der ordentlichen Kapitalherabsetzung vorgesehen ist (Art. 653m Abs. 2 Satz 2 revOR), für die Herabsetzung des Aktienkapitals innerhalb eines Kapitalbands durch den Verwaltungsrat gilt. *Ratio legis* dieser Vorschrift ist bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung, den Aktionären die Möglichkeit zu geben, dem Revisor ergänzende Fragen betreffend seine Prüfung zu stellen.<sup>110</sup> Dieses Bedürfnis besteht im Grundsatz auch für den Verwaltungsrat, der über eine Herabsetzung des Aktienkapitals beschliesst. Art. 653m Abs. 2 Satz 2 revOR ist deshalb analog auf die ordentliche Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbands anzuwenden. Neben der angemessenen Information des Verwaltungsrats dient dieses Erfordernis auch dem Schutz der Aktionäre. Im Gegensatz zu den Aktionären in der Generalversammlung kann der Verwaltungsrat deshalb nicht auf die Anwesenheit des Revisors verzichten.<sup>111</sup>

Die übrigen Kapitalveränderungsformen sehen ebenfalls jeweils eine Prüfungsbestätigung vor. Bei der deklarativen Kapitalherabsetzung muss ein zuge-

<sup>104</sup> Vgl. dazu vorne S. 508. Eingehend *Tobias Meyer*, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Eine ökonomische und rechtsvergleichende Untersuchung der Schweizer Kapitalschutzvorschriften unter Berücksichtigung des Entwurfs zur Revision des Aktienrechts, Diss. Zürich 2008, 45 ff.

<sup>105</sup> Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 436 und 514; *Dieter Gericke/Andreas Müller/Daniel Häusermann/Nina Hagmann*, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 1/2017, 25 ff., 28; *Böckli*, Aktienrechtsrevision (Fn. 49), 140.

<sup>106</sup> Vgl. dazu auch vorne S. 507 f.

<sup>107</sup> Zur «sinngemässen» Anwendung vorne Fn. 66.

<sup>108</sup> Bei Kapitalerhöhungen im Kapitalband sind die Gläubiger bei der qualifizierten Liberierung schutzbedürftig. Indem aber Art. 653u Abs. 5 i.V.m. Art. 652c revOR die Bestimmungen über die Leistung der Einlagen bei der Gründung für anwendbar erklärt, besteht genügender Schutz gegenüber der Einbringung von nicht werthaltigen Einlagen.

<sup>109</sup> Zu dieser Frage eingehend *Martin L. Müller*, Das Begehren des Gläubigers um Befriedigung oder Sicherstellung bei der Kapitalreduktion, AJP 4/2011, 529 ff.

<sup>110</sup> Statt vieler *Michel Heinzmann*, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss. Freiburg 2004, N 521 m.w.H.

<sup>111</sup> Da Verwaltungsratsbeschlüsse nicht anfechtbar sind, fällt eine Anfechtung ausser Betracht, wenn der Revisor rechtswidrig abwesend ist. Dagegen ist der Generalversammlungsbeschluss über eine Kapitalherabsetzung in einem solchen Fall nach Art. 731 Abs. 3 Satz 2 OR analog anfechtbar (vgl. dazu *Heinzmann* [Fn. 110], N 521).

lassener Revisionsexperte zuhanden der Generalversammlung bestätigen, dass der Betrag der Kapitalherabsetzung den Betrag der Unterbilanz nicht übersteigt (Art. 653p Abs. 1 revOR). Beim Kapitalschnitt und der ordentlichen Kapitalerhöhung hat grundsätzlich ein zugelassener Revisor den Kapitalerhöhungsbericht zu prüfen und schriftlich zu bestätigen, dass dieser vollständig und richtig ist (Art. 652f revOR). Schliesslich ist eine Prüfungsbestätigung auch im Falle einer Erhöhung aus bedingtem Kapital notwendig (Art. 653f revOR).

### 3. Nach erfolgter Kapitalveränderung

Der Anhang der Jahresrechnung muss alle Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen enthalten, die der Verwaltungsrat innerhalb des Kapitalbands durchgeführt hat, sofern diese nicht bereits aus der Bilanz oder der Erfolgsrechnung ersichtlich sind (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 15 revOR).<sup>112</sup> Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang bilden die Jahresrechnung (Art. 958 Abs. 2 Satz 2 OR), die gemäss Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 bzw. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 1 OR Gegenstand der Prüfung durch die Revisionsstelle ist. Kapitalveränderungen im Rahmen des Kapitalbands unterstehen so indirekt der Prüfung,<sup>113</sup> was den Gläubigerschutz auch nach Vornahme der entsprechenden Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung stärkt. Zwar wird die Jahresrechnung bei Gesellschaften mit einem *Opting-out* nicht einmal eingeschränkt geprüft. Der Verwaltungsrat kann in diesem Fall aber nur zur Kapitalerhöhung ermächtigt werden. Die aus Gläubigersicht potentiell besonders kritische Kapitalherabsetzung fällt damit ausser Betracht. Sollte der Verwaltungsrat bei Kapitalveränderungen innerhalb des Kapitalbands Gesetz oder Statuten verletzt haben, muss die Revisionsstelle dies im Revisionsbericht festhalten (Art. 728b bzw. Art. 729b OR) und bei ordentlicher Prüfung zudem gegebenenfalls die Generalversammlung darüber informieren (Art. 728c Abs. 2 OR). Die Jahresrechnung und der Revisionsbericht sind nach Massgabe von Art. 958e revOR auch Gläubigern zugänglich. In Verbindung mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sollte dieses Einsichtsrecht indirekt auch prophylaktische Wirkung entfalten.

<sup>112</sup> Vgl. Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 617.

<sup>113</sup> *Gericke*, Kapitalband III (Fn. 11), 110.

## VII. Verhältnis

### 1. Zu den anderen Kapitalveränderungsformen

#### 1.1 Ordentliche Kapitalerhöhung

Enthalten die Statuten ein Kapitalband und beschliesst die Generalversammlung während der Dauer der Ermächtigung, das Aktienkapital ordentlich zu erhöhen, so fällt der Beschluss über das Kapitalband dahin. Die Statuten sind entsprechend anzupassen (Art. 653v Abs. 1 revOR). Immerhin kann die Generalversammlung das Kapitalband unmittelbar wieder einführen,<sup>114</sup> wobei die obere und die untere Grenze dem neuen, höheren Aktienkapital Rechnung zu tragen haben.

#### 1.2 Erhöhung aus bedingtem Kapital

Der Entwurf des Bundesrates enthielt eine Regelung des Verhältnisses zwischen Kapitalband und Erhöhung aus bedingtem Kapital gemäss Art. 653 ff. revOR, die in der Lehre ausführlich diskutiert und als mangelhaft bezeichnet wurde.<sup>115</sup> Dieses Problem wurde vom Parlament aber aufgenommen und gelöst, indem das revidierte Recht nun die Frage klar beantwortet.<sup>116</sup> Nach dem Gesetz kommt es darauf an, ob bedingtes Kapital innerhalb oder ausserhalb des Kapitalbands geschaffen wird.<sup>117</sup> Im zweiten Fall erhöhen sich nach Art. 653v Abs. 2 Satz 1 revOR die obere und die untere Grenze des Kapitalbands im Umfang der Erhöhung des Aktienkapitals, die stattfindet, wenn die Wandel- oder Optionsrechte ausgeübt werden, und der Verwaltungsrat hat die Statuten entsprechend zu ändern (Art. 653g Abs. 2 revOR). Indem die Bandbreite die gleiche bleibt, wird der Spielraum für Erhöhungen innerhalb des Kapital-

<sup>114</sup> Botschaft AR 2016 (Fn. 3), 516.

<sup>115</sup> Siehe *Baum* (Fn. 20), 47 ff.; *Gericke*, Kapitalband II (Fn. 20), 118 ff.; *Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann* (Fn. 105), 29 f.; *von der Crone/Cathomas* (Fn. 8), 598 f.

<sup>116</sup> Vgl. dazu *von der Crone/Mohasseb* (Fn. 6), 783 f. Die neuen Regeln begrüessen *Gericke*, Kapitalband II (Fn. 20), 123; *Baum* (Fn. 20), 56; *von der Crone/Cathomas* (Fn. 8), 599.

<sup>117</sup> Vgl. zur Begrifflichkeit *Baum* (Fn. 20), 48 bei Fn. 17 m.w.H. Bedingtes Kapital innerhalb und ausserhalb des Kapitalbands können ohne Weiteres nebeneinander bestehen (*Baum* [Fn. 20], 49). Zur Erhöhung aus bedingtem Kapital innerhalb des Kapitalbands vorne S. 512 f.

bands nicht eingeschränkt.<sup>118</sup> Immerhin kann die Generalversammlung das vorhandene Kapitalband durch ein neues ersetzen, dessen beide Grenzen ausgehend vom nun erhöhten Aktienkapital zu berechnen sind, und dadurch den Spielraum des Verwaltungsrats sogar erweitern.

### 1.3 Herabsetzung des Aktienkapitals

Wie bei der ordentlichen Kapitalerhöhung fällt der Beschluss über das Kapitalband dahin und die Statuten sind entsprechend anzupassen, wenn die Generalversammlung eine Herabsetzung des Aktienkapitals beschliesst (Art. 653v Abs. 1 revOR). Wiederum kann unmittelbar danach aber ein neues Kapitalband eingeführt werden.<sup>119</sup>

## 2. Zum Erwerb eigener Aktien

Im Gesetz wird die Frage des Verhältnisses zwischen Kapitalband und Erwerb eigener Aktien (Art. 659–659b revOR) nicht geregelt.<sup>120</sup> Laut Art. 653j Abs. 2 revOR kann die Herabsetzung des Aktienkapitals namentlich durch eine Vernichtung von Aktien erfolgen, während Art. 659 Abs. 2 revOR den Aktienerwerb auf 10 Prozent des Aktienkapitals einschränkt. Damit Aktien überhaupt vernichtet werden können, muss die Gesellschaft diese zuvor erwerben.<sup>121</sup> Art. 659 Abs. 2 revOR steht dabei insoweit in einem Spannungsverhältnis zum Kapitalband, als dieses an sich Kapitalherabsetzungen zulässt, die mehr als zehn Prozent des Aktienkapitals betragen, sofern sie die untere Grenze des Kapitalbands nicht unterschreiten. Dieser latente Konflikt ist bis zum Herabsetzungsbeschluss nach Art. 653u Abs. 2 revOR zugunsten der Begrenzung des Aktienerwerbs auf zehn Prozent, danach zugunsten des Kapitalbands aufzu-

lösen.<sup>122</sup> Hat somit der Verwaltungsrat formell von der Ermächtigung Gebrauch gemacht, muss die untere Grenze des Kapitalbands den maximal möglichen Umfang eines Rückkaufs von Aktien bestimmen.<sup>123</sup>

## VIII. Übergangsrecht

Nach Art. 3 ÜBest revOR<sup>124</sup> unterstehen genehmigte Kapitalerhöhungen, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts beschlossen wurden, dem bisherigen Recht. Die diesbezüglichen Beschlüsse können nicht mehr verlängert oder geändert werden. Indem das Kapitalband konzeptionell die genehmigte Kapitalerhöhung ersetzt, schliessen sich die zwei Rechtsinstitute gegenseitig aus. Während der Übergangsphase müssen deshalb Gesellschaften, die in ihren Statuten noch eine genehmigte Kapitalherabsetzung vorsehen, diese zunächst aufheben, falls sie ein Kapitalband einführen wollen.<sup>125</sup> Art. 3 ÜBest revOR kommt auch auf die bedingte Kapitalerhöhung nach bisherigem Recht zur Anwendung. Bedingtes Kapital und Kapitalband können aber unter dem neuen Recht sehr wohl nebeneinander bestehen. Enthalten die Statuten ein bedingtes Kapital, kann deshalb die Generalversammlung ein Kapitalband einführen, das vom bedingten Kapital unabhängig ist, oder das vorhandene bedingte Kapital anpassen und neu als bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands vorsehen.<sup>126</sup>

<sup>118</sup> Mit den Worten von *Gericke*, Kapitalband II (Fn. 20), 122, verschiebt «[e]ine ausserhalb des Kapitalbands erfolgte bedingte Kapitalerhöhung [sic!] [...] mit dem Betrag des ausgegebenen Aktienkapitals gewissermassen den Mittelpunkt des Kapitalbands nach oben»; vgl. dazu auch *Baum* (Fn. 20), 55 f. m.w.H.; von *der Crone/Mohasseb* (Fn. 6), 785.

<sup>119</sup> Vgl. dazu auch vorne S. 514 und 516.

<sup>120</sup> *Gericke*, Kapitalband III (Fn. 11), 110, bezeichnet diesen Punkt als «de[n] prominenteste[n] Abwesende[n]» beim Aktienrecht 2020. Die Botschaft AR 2007 (Fn. 12), 1657, wird in der Literatur teilweise missverstanden; vielmehr enthält auch sie keine Antwort auf diese Frage.

<sup>121</sup> Vgl. *Heinzmann* (Fn. 110), N 407.

<sup>122</sup> Gl.M. *Büchler* (Fn. 8), N 484 ff., wonach aber der Durchführungsbeschluss massgebend ist; *Heinzmann* (Fn. 110), N 412 f., der jedoch an die Eintragung in das Handelsregister anknüpft; a.M. *Gericke*, Kapitalband I (Fn. 3), 42, wonach die Grenze von Art. 659 Abs. 2 revOR nicht gilt, wenn die zurückgekauften Aktien beim Rückkauf bereits zur Vernichtung bestimmt sind; *Tobias Meyer*, Kapitalerschutz als Selbstzweck?, Die Kapitalverfassung gemäss dem Gesetzesentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Kontext internationaler Entwicklungen, GesKR 3/2008, 220 ff., 229 f.

<sup>123</sup> Vorbehalten bleiben allfällige statutarische Einschränkungen, Auflagen oder Bedingungen.

<sup>124</sup> Obligationenrecht (Aktienrecht), Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020, BBl 2020, 5629 ff. (AS 2020, 4061 ff.).

<sup>125</sup> Zum Ganzen *Büchler* (Fn. 8), N 250.

<sup>126</sup> Vgl. dazu vorne S. 512 f.

## IX. Schlussbetrachtungen

Das Kapitalband nach Art. 653s–653v revOR erlaubt Aktiengesellschaften eine flexiblere Gestaltung ihrer Kapitalstruktur.<sup>127</sup> Schweizerische Aktiengesellschaften haben damit künftig die Wahl zwischen dem klassisch-kontinentaleuropäischen Konzept des festen Aktienkapitals und dem angelsächsischen Modell, in

dem dem Verwaltungsrat mit der Kompetenz zur Geschäftsführung auch die Kompetenz zur Gestaltung der Kapitalstruktur übertragen ist. Der umfassende Spielraum bei Gestaltung und Begrenzung der Ermächtigung zur Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals sollte dabei zur Akzeptanz dieses neuen Rechtsinstituts beitragen.

<sup>127</sup> Nach *Forstmoser/Küchler*, Aktienrechtsreform II (Fn. 96), N 17, stellt sich namentlich die Frage, ob die «genehmigte Kapitalherabsetzung» überhaupt einem Bedürfnis entsprechen wird. *Von der Crone/Cathomas* (Fn. 8), 600 bei Fn. 108, stellen bereits heute eine grosse Zurückhaltung der Aktionäre schon bei der Schaffung vom genehmigten Kapital fest. Bei dieser Frage wird nicht zuletzt die steuerrechtliche Attraktivität des Kapitalbands eine wichtige Rolle spielen.