

Julia Blattmann

Kapitalband – quo vadis?

ISBN 978-3-03916-136-2

Editions Weblaw
Bern 2022

Zitiervorschlag:

Julia Blattmann, Kapitalband – quo vadis?,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2022

Universität Bern
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Institut für Wirtschaftsrecht
Prof. Dr. Thomas Jutzi

Masterarbeit im Frühlingssemester 2022

Kapitalband – quo vadis?

eingereicht am Dienstag, den 21. Juni 2022

Julia Blattmann

julia.blattmann@students.unibe.ch

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	III
Materialienverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	X
I. Einleitung.....	1
A. Ausgangslage.....	1
B. Aufbau der Abhandlung.....	2
II. Grundlagen.....	4
A. Gesetzgeberische Entwicklung.....	4
B. Kapitalveränderungen de lege lata.....	4
C. Ratio legis und Wesen des Kapitalbands.....	6
D. Rechtsvergleichende Aspekte.....	8
III. Schaffung, Änderung und Aufhebung des Kapitalbands.....	10
A. Statutarische Schaffung.....	10
1. Allgemeine Voraussetzungen.....	10
2. Inhalt der Ermächtigungsbestimmung.....	11
a. Grenzen.....	12
b. Ermächtigungsdauer.....	13
c. Einseitiges Kapitalband.....	14
d. Ausgestaltungsmöglichkeiten.....	15
e. Weitere Regelungsgehalte.....	16
B. Änderung und Verlängerung.....	17
C. Aufhebung.....	17
D. Würdigung.....	19
IV. Kapitalveränderungen im Rahmen des Kapitalbands.....	22
A. Kapitalerhöhungen innerhalb des Kapitalbands.....	22
1. Erhöhungsmöglichkeiten.....	22

a.	Verfahren bei der ordentlichen Erhöhung	23
b.	Verfahren bei der Erhöhung aus bedingtem Kapital	24
2.	Bezugsrecht der Aktionäre	25
B.	Kapitalherabsetzungen innerhalb des Kapitalbands	26
1.	Herabsetzungsmöglichkeiten	26
a.	Verfahren bei der ordentlichen Herabsetzung.....	26
b.	Verfahren in Sanierungskonstellationen	28
2.	Gläubigerschutzvorkehrungen.....	28
a.	Bei der Schaffung des Kapitalbands	29
b.	Bei der Kapitalherabsetzung	29
c.	Nach der Kapitalherabsetzung	30
C.	Würdigung	31
1.	Allgemeines.....	31
2.	Erhöhung und Bezugsrecht im Besonderen	32
3.	Herabsetzung und Gläubigerschutz im Besonderen	33
V.	Verhältnisfragen	36
A.	Andere Kapitalveränderungsformen.....	36
1.	Ordentliche Erhöhung.....	36
2.	Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital.....	36
a.	Bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands	37
b.	Bedingtes Kapital ausserhalb des Kapitalbands.....	37
3.	Ordentliche Herabsetzung.....	38
B.	Rückkauf von Aktien	38
C.	Würdigung	40
VI.	Fazit und Ausblick	42
	Selbständigkeitserklärung	XIV

Literaturverzeichnis

Wenn nicht anders vermerkt, erfolgt die Zitierweise der nachstehenden Werke mit Namen des Autors/der Autoren und mit Seitenzahl oder Randnote. Werke, die nur für eine Belegstelle verwendet werden, sind in den entsprechenden Fussnoten vollständig aufgeführt.

AESCHLIMANN MARTIN/MARTI MARIO, Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung in Sanierungsfällen, EF 11/2020, S. 864 ff.

AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL ET AL. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Personengesellschaft und Aktiengesellschaft (Art. 530–771 OR) inkl. VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

ARPAGAUS RETO/STADLER RALPH/WERLEN THOMAS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

AUS DER AU ROMAN, Die Verrechnungsliberierung bei der AG. Die Leistung der Einlage durch Verrechnung mit einer Forderung nach dem revidierten Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2021 (Diss. Zürich 2021) = SSHW 354.

BAUEN MARC/BERNET ROBERT, Schweizer Aktiengesellschaft. Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht - Steuerrecht, Zürich/Basel/Genf 2007.

BAUM OLIVIER, Kapitalband und bedingtes Kapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision. Zwei Spieler derselben Mannschaft?, GesKR 1/2017, S. 47 ff.

BERTSCHINGER MICHAEL/MÜHLEMANN MARCO, Steuerliche Auswirkungen der Aktienrechtsrevision, StR 75/2020, S. 882 ff.

BÖCKLI PETER, Aktienrechtsrevision: Die Zwangsjacke wird enger geschnürt, GesKR 1/2011, S. 8 ff. (zit. BÖCKLI, Revision).

BÖCKLI PETER, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2/2017, S. 133 ff. (zit. BÖCKLI, GesKR).

- BÖCKLI PETER, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts. Zum Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007, SJZ 104/2008, S. 333 ff. (zit. BÖCKLI, SJZ).
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht).
- BÜCHLER BENJAMIN, Das Kapitalband, Zürich/Basel/Genf 2012 (Diss. Zürich 2012) = ZStP 242.
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.
- FISCHER WILLI/DRENCKHAN HELKE/GWELESSIANI MICHAEL/THEUS SIMONI FABIANA (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht. Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Basel 2014 (zit. Handbuch-BEARBEITER/IN, N ...).
- FORSTMOSER PETER, Aktienrechtsreform 2020: Was wurde erreicht? Und was hat man verpasst? Eine Auslegeordnung, EF 6/2021, S. 320 ff. (zit. FORSTMOSER, Reform).
- FORSTMOSER PETER, Die «grosse» Aktienrechtsreform – Übersicht und Gesamtwürdigung, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision. Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010 = SSHW 300, S. 1 ff. (zit. FORSTMOSER, SSHW).
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe?, SJZ 113/2017, S. 73 ff. (zit. FORSTMOSER, SJZ).
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet! Jusletter vom 10. Februar 2020 (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER, Schlussrunde).
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022 (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht).
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

- GERICKE DIETER, Aktienrechtsreform und Private Equity – Relevante Neuerungen und Lücken, in: Dieter Gericke (Hrsg.), Private Equity V, EIZ 175, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 103 ff. (zit. GERICKE, Private Equity).
- GERICKE DIETER, Das Kapitalband - (E Art. 653s – 653x OR), GesKR-Sondernummer 2008, S. 38 ff. (zit. GERICKE, GesKR 2008).
- GERICKE DIETER, Das Kapitalband im Vorentwurf 2014, GesKR 1/2015, S. 109 ff. (zit. GERICKE, Vorentwurf).
- GERICKE DIETER, Kapitalband: Flexibilität in Harmonie und Dissonanz, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision. Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010 = SSHW 300, S. 113 ff. (zit. GERICKE, SSHW).
- GERICKE DIETER/MADANI DANIEL, La marge de fluctuation du capital (art. 653s-653v P-CO), SJZ 117/2021, S. 739 ff.
- GERICKE DIETER/MÜLLER ANDREAS/HÄUSERMANN DANIEL/HAGMANN NINA, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 1/2017, S. 25 ff. (zit. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2017).
- GERICKE DIETER/MÜLLER ANDREAS/HÄUSERMANN DANIEL/HAGMANN NINA, Neues Aktienrecht: Tour d’Horizon, GesKR 3/2020, S. 323 ff. (zit. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020).
- HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Zürcher Kommentar. Die Aktiengesellschaft. Art. 620–659b OR. Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
- HEINZMANN MICHEL, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Zürich/Basel/Genf 2004 (Diss. Freiburg 2004) = AISUF 228.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
- JUNG PETER/KUNZ PETER V./BÄRTSCHI HARALD, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

- KENEL LUCA, Gläubigerinformation im Aktienrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Publizitätsvorschriften des Rechnungslegungsrechts, Zürich/St. Gallen 2021 (Diss. Basel 2020) = SSHW 352.
- KILCHMANN JÖRG, Aktienkapital und Kapitalveränderungen im neuen Aktienrecht, EF 6/2021, S. 287 ff.
- KUNZ PETER V., Flexibilisierung des Aktienkapitals - ein Hybrid-Konzept im Spannungsfeld von zwingendem Aktienrecht und Eigenverantwortlichkeit, REPRAX 1/2000, S. 18 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018.
- MEYER TOBIAS, Kapitalschutz als Selbstzweck? - Die Kapitalverfassung gemäss dem Gesetzesentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Kontext internationaler Entwicklungen, GesKR 3/2008, S. 220 ff.
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.
- OESCH VANESSA, Ausgewählte Aspekte der Aktienrechtsrevision aus der Perspektive des Handelsregisters, REPRAX 4/2019, S. 161 ff.
- OESTERHELT STEFAN/SCHREIBER SUSANNE, Steuerrechtliche Aspekte der Aktienrechtsrevision, EF 6/2021, S. 273 ff.
- POGGIO KARIN, Vierter Meilenstein in der Aktienrechtsrevision. Parlamentarische Beratung der Aktienrechtsrevision abgeschlossen, EF 9/2020, S. 660 ff.
- REUTTER THOMAS/HAMMER ANNINA, Lediglich «Punktuelle Anpassungen und Präzisierungen der Bestimmungen zum bedingten Kapital»? Bedingt zutreffend!, SZW 3/2021, S. 302 ff.
- RIEDER DOMINIK, Der vollständige Kapitalschnitt - Kapitalherabsetzung auf null mit Kapitalerhöhung, Zürich/St. Gallen 2016 (Diss. St. Gallen 2015) = SGSF 14.

SCHENKER URS, 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, S. 169 ff.

SCHWEIGHOFER FLORIAN, Innovationen in der Revision des Aktienkapitalrechts. Einschätzung geplanter und verpasster Revisionsvorhaben, in: Julia Meier/Nadine Zurkinder/Lukas Staffler (Hrsg.), Recht und Innovation. Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung für das Recht, Zürich/St. Gallen 2020 = APARIUZ 21, S. 113 ff.

VISCHER MARKUS, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, insb. innerhalb des Kapitalbands, und der Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien, SZW 3/2021, S. 321 ff.

VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts. Mit Berücksichtigung der laufenden Revision, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011.

VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

VON DER CRONE HANS CASPAR, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/2002, S. 1 ff. (zit. VON DER CRONE, Bericht).

VON DER CRONE HANS CASPAR/ANGSTMANN LUCA, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 1/2017, S. 3 ff. (zit. VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen).

VON DER CRONE HANS CASPAR/ANGSTMANN LUCA, Vorschläge zur Aktienrechtsrevision, SZW 5/2017, S. 607 ff.

VON DER CRONE HANS CASPAR/CATHOMAS LINUS, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, SZW 5/2017, S. 586 ff.

VON DER CRONE HANS CASPAR/DAZIO GIOVANNI, Das Kapitalband im neuen Aktienrecht. Flexibilisierung der Kapitalveränderung durch Art. 653s–653v revOR, SZW 5/2020, S. 505 ff.

VON DER CRONE HANS CASPAR/MOHASSEB KEIVAN, Stand der Aktienrechtsrevision.

Zehn Kernpunkte der ständerätlichen Debatte, AJP 8/2019, S. 781 ff.

WIBMER JEANNETTE K. (Hrsg.), OFK Aktienrecht Kommentar. Aktiengesellschaft,

Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Zürich 2016 (zit. OFK-

BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

Materialienverzeichnis

Amtliches Bulletin des Nationalrates zur Revision des Aktienrechts, Sommersession, fünfzehnte Sitzung, 14. Juni 2018 (zit. AB NR 2018).

Amtliches Bulletin des Ständerats zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Sommersession 2009, vierzehnte Sitzung, 10. Juni 2009 (zit. AB SR 2009).

Bericht vom 17. September 2015 zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (zit. Bericht Vernehmlassung 2015).

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), BBI 2008 1589 ff. (zit. Botschaft 2007).

Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBI 2017 399 ff. (zit. Botschaft 2016).

Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014 (zit. erläuternder Bericht 2014).

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft(en)
AISUF	Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
APARIUZ	Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBi	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
betr.	betreffend
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung, Lausanne)
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor(in)
E-OR	Entwurf des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016
E.	Erwägung(en)

EF	Expert Focus – Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsprüfung, Steuern, Rechnungswesen und Wirtschaftsprüfung
EIZ	Europa Institut Zürich
et al.	et alii = und weitere
f./ff.	und folgende (Seite/n, Note/n usw.)
Fn.	Fussnote(n)
GeBüV	Verordnung über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher vom 24. April 2002 (Geschäftsbücherverordnung; SR 221.431)
gem.	gemäss
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
GV	Generalversammlung
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber(in)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
max.	maximal(en)
mind.	mindestens
N	Note(n), Randnote(n)
nOR/P-CO	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220) in der Fassung der Änderung vom 19. Juni 2020
NR	Nationalrat

Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Prof.	Professor(in)
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
resp.	respektive
RR-VR	Recht relevant. für Verwaltungsräte
RSL RW	Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und vom 22. Mai 2014 (Studienreglement RW [RSL RW])
RW	Rechtswissenschaften
S.	Seite(n)
SGSF	St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Ständerat/Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
StR	Steuer Revue
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
ÜBest	Übergangsbestimmungen zur Änderung des Obligationenrechts vom 19. Juni 2020
usw.	und so weiter
VASR	Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung vom 21. November 2012 (SR 221.432)
VE-OR	Vorentwurf des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014

VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (SR 221.331)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VR	Verwaltungsrat
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffern
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht

I. Einleitung

A. Ausgangslage

Ein Meilenstein in der Geschichte des Aktienrechts erfolgte mit den Schlussabstimmungen des Parlaments am 19. Juni 2020, mit welchen das neue Aktienrecht verabschiedet wurde und eine umfangreiche Gesetzgebungsepisode zu Ende gebracht werden konnte.¹ Die Revisionsarbeiten für die Aktienrechtsreform begannen bereits im Jahre 2001.²

Die Hauptintention der Aktienrechtsrevision ist im Grundsatz die Modernisierung sowie die Anpassung des Aktienrechts an die ökonomischen Bedürfnisse der heutigen Zeit, ohne dass damit ein Bruch mit dem bisherigen System einhergehen soll.³ Im Fokus steht gem. Botschaft eine flexiblere Ausgestaltung der Gründungs- und Kapitalbestimmungen.⁴ Die Bestrebung nach mehr Flexibilität in Bezug auf das Aktienkapital wird in der Literatur schon seit geraumer Zeit diskutiert.⁵ Bereits die Aktienrechtsrevision von 1968/1991 führte zu einer Flexibilisierung, indem die genehmigte und bedingte Kapitalerhöhung eingeführt wurden.⁶ Gleichwohl besteht in der Praxis ein Bedürfnis nach einem flexiblen Verfahren im Bereich der Kapitalherabsetzung,⁷ dem mit der gesetzlichen Einführung des in anderen Rechtsordnungen bislang fremden Rechtsinstituts des Kapitalbands nachgekommen werden soll.⁸ So verfügen AG künftig über die Möglichkeit, statutarisch ein Kapitalband vorzusehen und damit das Aktienkapital flexibler zu verändern.⁹ Dabei kann der VR innerhalb einer vorgängig festgelegten Bandbreite und für einen

¹ Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderungen vom 19. Juni 2020, BBI 2020, 5573 ff. (AS 2020, 4005 ff.). Davon betroffen sind die meisten Bereiche des Aktienrechts, GmbH- und Genossenschaftsrecht sowie weitere Nebenerlasse (BERTSCHINGER/MÜHLEMANN, S. 882; dazu auch GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020, S. 324).

² Siehe zur Entstehungsgeschichte im Detail Botschaft 2016, 399 ff. und GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020, S. 323 ff.; vgl. auch unten, II.A.

³ Botschaft 2016, 401; VON DER CRONE/DAZIO, S. 505; GERICKE/MADANI, S. 739.

⁴ Botschaft 2016, 401.

⁵ Vgl. KUNZ, S. 18 ff.; BÜCHLER, N 59 ff.

⁶ Dazu unten, II.B.

⁷ GERICKE, GesKR 2008, S. 38; vgl. auch HÄUSERMANN DANIEL M., Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, Zürich/St. Gallen 2015 (Habil. St. Gallen 2015), S. 262 ff. und BÜCHLER, N 48 ff.

⁸ Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 966; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 76. Zu den rechtsvergleichenden Aspekten unten, II.D.

⁹ VON DER CRONE/DAZIO, S. 505. Der Flexibilisierung des Kapitals dienen nebst dem Kapitalband auch andere Neuerungen, siehe dazu FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Einleitung N 114.

bestimmten Zeitraum – während max. fünf Jahren – ermächtigt werden, das Aktienkapital zu erhöhen und/oder herabzusetzen.¹⁰ Dieses Instrument wurde mit einem (im Unterschied zum genehmigten Kapital) längeren Ermächtigungszeitraum versehen.¹¹

Die gesetzliche Verankerung des Kapitalbands wird in der Lehre grds. begrüsst und als eine der bedeutsamsten Änderungen angesehen, welche die Aktienrechtsrevision mit sich bringt.¹² Die Gesetzessystematik wurde so ausgestaltet, dass sich die neuen Regelungen bzgl. des Kapitalbands nach denjenigen zur Kapitalherabsetzung in Art. 653s–653v nOR¹³ finden lassen.¹⁴ Die revidierten Bestimmungen, unter die auch die Regelungen zum Kapitalband fallen, treten per 1. Januar 2023 in Kraft.¹⁵

B. Aufbau der Abhandlung

Als neues Instrumentarium im schweizerischen Aktienrecht bedürfen die neuen gesetzlichen Bestimmungen zum Kapitalband einer umfassenden Erläuterung. Die vorliegende Arbeit widmet sich dem neuen Rechtsinstitut des Kapitalbands und soll einen Überblick ermöglichen. Auf die Grundlagen (II.), welche für das Verständnis des Kapitalbands von zentraler Bedeutung sind, folgen insb. Ausführungen zu der statutarischen Schaffung eines Kapitalbands (III.A.), welche in den Zuständigkeitsbereich der GV fällt. Davon getrennt beleuchtet werden in einem nächsten Kapitel die durch den VR durchzuführenden Kapitalveränderungen innerhalb des Kapitalbands (IV.). Alsdann wird auf einige ausgewählte Verhältnisfragen

¹⁰ GERICKE/MADANI, S. 740.

¹¹ GERICKE, GesKR 2008, S. 38; i.w.S. GERICKE, Private Equity, S. 117. Hierzu unten, III.A.2.b.

¹² So z.B. JENNY DANIEL/JUNG FLORIAN, Kapitalerhöhungen aus Sicht des VR (Teil 2), RR-VR 3/2021, S. 2 ff., S. 4; VON DER CRONE/DAZIO, S. 505 f. und VON DER CRONE/MOHASSEB, S. 784, welche vom «wichtigen» bzw. «zentralen» Pfeiler der Aktienrechtsrevision 2020 sprechen. Auch SCHWEIGHOFER, S. 123, wonach das Kapitalband «eine der bedeutendsten Innovationen der Revision» darstellt. Ähnlich VISCHER, S. 321 f.; KUNZ PETER V., Unternehmenssanierungen durch Kapitalveränderungen, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X, Die aktienrechtliche Sanierung, EIZ 198, Zürich 2020, S. 27 ff., S. 42. Vgl. auch BAUM, S. 58; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, S. 8; OESCH, S. 173 m.w.H.; BÖCKLI, SJZ, S. 333. Auch sonst stiess das Kapitalband bereits früh auf Zustimmung (vgl. Bericht Vernehmlassung 2015, S. 12).

¹³ Die neuen Bestimmungen werden mit Art. [...] nOR zitiert.

¹⁴ AUS DER AU, N 668; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 10 N 130; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, S. 116.

¹⁵ Vgl. Medienmitteilung des BR vom 02.02.2022, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-87016.html>>, abgerufen am 21.04.2022. Die neuen Regelungen zu den Geschlechterrichtwerten und der Rohstofftransparenz traten hingegen bereits per 01.01.2021 in Kraft (Medienmitteilung des BR vom 11.09.2020, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80358.html>>, abgerufen am 21.04.2022). Siehe aber insb. Art. 4 und 7 ÜBest.

eingegangen, die sich im Zusammenhang mit dem Kapitalband aufdrängen (V.). Schliesslich werden im Fazit die Kernpunkte hervorgehoben, welche mit einem kurzen Ausblick abgerundet werden (VI.).

Nach einer Zusammenstellung der theoretischen Aspekte folgt jeweils eine kritische Würdigung zu den einzelnen Hauptkapiteln (mit Ausnahme desjenigen über die Grundlagen), die sich auf ausgewählte Punkte von besonderer Relevanz beschränkt. Die steuerrechtlichen Aspekte in Bezug auf das Kapitalband werden von der vorliegenden Abhandlung ausgeklammert.¹⁶

¹⁶ Siehe dazu z.B. OESTERHELT/SCHREIBER, *passim*; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 19 ff.; BERTSCHINGER/MÜHLEMANN, S. 887 ff.; OESCH, S. 173.

II. Grundlagen

A. Gesetzgeberische Entwicklung

Das Aktienrechtsinstitut des Kapitalbands hat seinen Ursprung in einem Expertenbericht von HANS CASPAR VON DER CRONE zuhanden des Bundesamts für Justiz aus dem Jahre 2001,¹⁷ woraufhin der BR das Konzept im Vorentwurf 2005 vorgeschlagen und in den Entwurf 2007 übernommen hat. Das Kapitalband wurde nach Wiederaufnahme der Revisionsarbeiten in den Vorentwurf 2014 und – mit minimalen Abweichungen von diesem – in den Entwurf 2016 integriert.¹⁸ Schliesslich wurde es im Zuge der Aktienrechtsrevision 2020 gesetzlich verankert.¹⁹

Aufkommende Minderheitsanträge, welche sich gegen die gesetzliche Einführung eines Kapitalbands ausgesprochen haben, wurden vom NR und SR abgelehnt.²⁰ Als Alternative zum Kapitalband wurde ursprünglich über die Einführung einer genehmigten Kapitalherabsetzung²¹ Diskussion geführt. Sie wurde jedoch zu Gunsten des Kapitalbands verworfen.²²

B. Kapitalveränderungen *de lege lata*

Trotz des nach wie vor geltenden Prinzips des festen Grundkapitals²³ stehen einer Gesellschaft Optionen offen, das Eigenkapital zu verändern. Das Aktienrecht sieht für die Kapitalerhöhung *de lege lata* drei Instrumente vor. Die klassische Form ist die ordentliche Kapitalerhöhung,²⁴ welche von den 1991 eingeführten Typen der genehmigten und bedingten Kapitalerhöhung zu unterscheiden ist.²⁵ Dabei ist die GV, die bei dieser Erhöhungsart am stärksten miteingebunden ist, zuständig für den

¹⁷ VON DER CRONE, Bericht, S. 16 ff., der diverse Optionen zwecks Flexibilisierung des Aktienkapitals darstellte.

¹⁸ Siehe zu den minimalen Änderungen BAUM, S. 48 Fn. 11.

¹⁹ Zum Ganzen FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu 653s–653v N 3 ff.; BAUM, S. 47 f.; VON DER CRONE, § 14 N 690. Zur Entstehungsgeschichte im Detail auch BÜCHLER, N 53 ff.

²⁰ M.w.H. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 8; POGGIO, S. 662; vgl. auch VON DER CRONE/MOHASSEB, S. 783 f.

²¹ Näheres bei BAUEN/BERNET, N 761, N 763.

²² Die Debatte bezog sich auf eine Gegenüberstellung des Kapitalbands mit einer genehmigten Kapitalherabsetzung. Dazu z.B. BÜCHLER, N 80 f., N 83 ff.; i.w.S. KUNZ, S. 24. Eine klare Mehrheit plädierte in der Vernehmlassung jedoch für das Kapitalband (vgl. Botschaft 2007, 1615 f. und 1652).

²³ Statt vieler MEYER, S. 220 ff., zur Kritik am festen Grundkapital insb. S. 221 ff.

²⁴ Vgl. Art. 650 und Art. 652 ff. nOR.

²⁵ ZK-CRAMER, Art. 650 N 4; BÜCHLER, N 27.

Beschluss und der VR, dem prinzipiell kein Ermessensspielraum zusteht, für die Durchführung der Erhöhung. Im Unterschied zur genehmigten Kapitalerhöhung ist er dazu verpflichtet.²⁶ Die genehmigte Kapitalerhöhung zeichnet sich dadurch aus, dass der VR von der GV das Recht, nicht aber die Pflicht, zugesprochen erhält, während insgesamt zwei Jahren in einem bestimmten Umfang Kapitalerhöhungen durchzuführen.²⁷ Durch die partielle Kompetenzverlagerung von der GV an den VR wird das Erhöhungsverfahren flexibilisiert.²⁸ Die Möglichkeit einer spiegelbildlichen Ermächtigung zur Kapitalherabsetzung besteht *de lege lata* nicht.²⁹ Im Zuge der Aktienrechtsrevision wird diese Form der Kapitalerhöhung allerdings aufgehoben und in konzeptioneller Hinsicht durch das Kapitalband ersetzt.³⁰ Charakteristikum der bedingten Kapitalerhöhung³¹ ist die kontinuierliche und tropfenweise Aktienkapitalerhöhung, die von der Ausübung der Wandel- und Optionsrechte durch die Berechtigten abhängig ist.³²

Das Herabsetzungsrecht kennt die konstitutive sowie die deklarative Kapitalherabsetzung. Erstere bildet den Hauptfall der Herabsetzung und kommt primär dann zum Zug, wenn eine Gesellschaft überkapitalisiert ist.³³ Die deklarative Kapitalherabsetzung wird als Massnahme zur Beseitigung einer Unterbilanz verwendet. Zur Anwendung gelangt ein im Vergleich zur ordentlichen Herabsetzung vereinfachtes Verfahren.³⁴ Die Herabsetzung des Aktienkapitals mit anschliessender Wiedererhöhung – Kapitalschnitt oder Harmonika genannt – wird als

²⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 54; BSK-ZINDEL/ISLER, Art. 650 N 3; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 77; VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 590.

²⁷ Vgl. Art. 651 ff. OR. Dazu OFK-SCHALLER/KESSLER, Art. 651 N 1; ZK-CONRADIN, Art. 651 N 37.

²⁸ Siehe DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 76.

²⁹ Z.B. KILCHMANN, S. 289.

³⁰ VON DER CRONE, § 14 N 582. Genehmigte Kapitalerhöhungen, welche vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten Rechts beschlossen werden, sind entsprechend dem bisherigen Recht zu behandeln und somit i.S.v. Art. 651 Abs. 1 OR bis zwei Jahre nach dem Inkrafttreten vollziehbar. Verlängerungen oder Änderungen sind jedoch ausgeschlossen (Art. 3 ÜBest). Siehe DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 79; VON DER CRONE/DAZIO, S. 517.

³¹ Siehe zum Verhältnis zum Kapitalband unten, V.A.2.

³² CHK-HEIZ, Art. 653 N 11; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 935; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 80. Die Schaffung von bedingtem Kapital führt per se noch nicht zur Kapitalerhöhung, sondern bloss zu einem latenten Kapital (VON DER CRONE, § 14 N 599). Das ist ein Bruch mit dem Grundsatz des festen Grundkapitals, da während der Zeitspanne, innert welcher die Ausübung stattfinden kann, das Aktienkapital variabler Natur ist (siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 936).

³³ Überkapitalisiert ist eine Gesellschaft dann, wenn sie mit ihrem Kapital keine genügende Rendite zu erzielen vermag (vgl. BSK-KÜNG/SCHOCH, Vorbem. zu Art. 732–735 N 4).

³⁴ BSK-KÜNG/SCHOCH, Art. 735 N 1 ff., zum Verfahren im Detail vgl. N 9 ff.

Sanierungsmassnahme eingesetzt, bei welcher die Gläubigerschutzbestimmungen der ordentlichen Kapitalherabsetzung ausser Acht gelassen werden.³⁵

C. *Ratio legis und Wesen des Kapitalbands*

Gesellschaften müssen ihr Eigenkapital aus betriebswirtschaftlichen Gründen stets rasch auf ihren tatsächlichen Bedarf abstimmen können.³⁶ Die eben dargelegten Kapitalveränderungsverfahren vermögen die praktischen Bedürfnisse jedoch (noch) nicht ausreichend zu befriedigen, sind sie doch je nach Sachverhalt sehr rigide ausgestaltet.³⁷ Im Bereich der Kapitalstruktur ist m.a.W. Flexibilität gefordert.³⁸ Das Kapitalband soll diesem in der Praxis aufkommenden Verlangen nachkommen. So handelt es sich gem. der Botschaft um ein Instrumentarium, «das dazu dient, die Verfahren zur Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals flexibler zu gestalten».³⁹ Dadurch kann der VR für max. fünf Jahre ermächtigt werden, innerhalb einer bestimmten Bandbreite – dem sog. Kapitalband – Kapitalveränderungen durchzuführen. Konzeptionell betrachtet stellt dieses Rechtsinstitut eine Kombination der *de lege lata* möglichen genehmigten Kapitalerhöhung⁴⁰ mit einer – im Sinne eines Spiegelbilds – bislang nicht möglichen genehmigten Kapitalherabsetzung dar. Im Zuge dessen wird die genehmigte Kapitalerhöhung folgerichtig gestrichen.⁴¹

Sinn und Zweck davon ist, dass das Eigenkapital im Falle einer Überkapitalisierung oder einem Bedarfsfall an Kapital zeitnah verändert und die Reaktionsgeschwindigkeit des VR erhöht werden kann.⁴² Entscheide über allfällige Investitionen obliegen nach Art. 716a nOR dem VR, wohingegen Finanzierungsentscheide grds. in den Zuständigkeitsbereich der GV fallen.⁴³ Dieser Grundsatz wird mit der

³⁵ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 8 N 178, N 184 f.; zum Verfahren z.B. CHK-AMSTUTZ/BÜCHI, Art. 732 N 2.

³⁶ SCHENKER, S. 171 m.w.H.; näheres bei VON DER CRONE, § 14 N 549, insb. N 692, N 694.

³⁷ VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 589 f. m.w.H.; FORSTMOSER/KÜCHLER, SJZ, S. 80; DIES., Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 650–653v N 9; FORSTMOSER, SSHW, S. 13; zum Ganzen auch VON DER CRONE, § 14 N 693.

³⁸ Botschaft 2016, 409.

³⁹ Vgl. Botschaft 2016, 513. Siehe z.B. auch ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, S. 584.

⁴⁰ Aus inhaltlicher Sicht bestehen im Vergleich zur genehmigten Erhöhung – abgesehen von der Terminologie und Systematik – keine gravierenden Änderungen (so ZK-CONRADIN, Art. 651 N 41; GERICKE, GesKR 2008, S. 40; i.w.S. BÜCHLER, N 93, N 536). Der VR erhält jedoch durch ein Kapitalband u.a. einen grösseren Handlungsspielraum eingeräumt (JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 8 N 186).

⁴¹ VON DER CRONE/DAZIO, S. 506 m.w.H.; VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 598; AB SR 2009, 645.

⁴² BÜCHLER, N 92, N 538; VON DER CRONE/MOHASSEB, S. 784 f. Siehe auch Handbuch-MAAG, N 76.3.

⁴³ Siehe Art. 650 nOR (VON DER CRONE, § 14 N 693); VON DER CRONE/ANGSTMANN, S. 609.

gesetzgeberischen Einführung des Kapitalbands aufgeweicht.⁴⁴ Bereits mit dem genehmigten Kapital kann der VR zum Vollzug einer Kapitalerhöhung im gesetzlich vorgegebenen Rahmen ermächtigt werden. Das Kapitalband stützt sich auf diesen Grundgedanken und baut ihn zu Gunsten der Flexibilisierung aus,⁴⁵ indem auch eine vorgängige Ermächtigung des VR zur Kapitalherabsetzung möglich ist.⁴⁶ Mit der Schaffung eines Kapitalbands ist es der GV möglich, dem VR ebenfalls den Entscheid betr. die Finanzierungsfrage zu übertragen, wodurch ihm eine erhöhte Gestaltungsfreiheit gewährt werden kann.⁴⁷ Das Kapitalveränderungsverfahren im Rahmen des Kapitalbands bringt bestimmte Erleichterungen mit sich. Durch die vorgängige Ermächtigung des VR kann insb. Zeit gewonnen werden, da keine GV mehr abgehalten werden muss.⁴⁸ Für die Beschaffung von Aktienkapital mittels ordentlicher Kapitalerhöhung wird bspw. in der Regel erheblich mehr Zeit als die 20-tägige Einberufungsfrist i.S.v. Art. 700 Abs. 1 nOR benötigt.⁴⁹ Daher kann die Kapitalstruktur insgesamt flexibilisiert werden.⁵⁰

Gem. GERICKE ist das Kapitalband nicht bloss eine Kapitalveränderungsform, sondern ein Strukturelement.⁵¹ Vornehmlich grössere AG dürften daran interessiert sein, innerhalb kurzer Zeit neues Eigenkapital generieren zu können.⁵² Vom Anwendungsbereich des Kapitalbands Gebrauch machen werden voraussichtlich insb. börsenkotierte Gesellschaften sowie Start-Ups. Für Letztere könnte das Kapitalband ein interessantes Instrument darstellen, um das Eigenkapital stets dem Fortschritt der Geschäftsentwicklung anzupassen. Weiter kann das Kapitalband z.B. auch für bevorstehende Akquisitionen bzw. Investitionen eingesetzt werden.⁵³

⁴⁴ Näheres dazu bei FORSTMOSER, SSHW, S. 13; VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, S. 7 f.

⁴⁵ VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, S. 7 f.

⁴⁶ Siehe z.B. FORSTMOSER, Reform, S. 321; begrüssend BÖCKLI, SJZ, S. 334. Zudem ist u.a. auch die Ermächtigungsfrist länger, dazu unten, III.A.2.b.

⁴⁷ Eingehend hierzu VON DER CRONE, § 14 N 693 f.; VON DER CRONE/DAZIO, S. 506 f.; VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 597.

⁴⁸ Dazu BÜCHLER, N 93; vgl. auch unten, IV., insb. IV.C.1.

⁴⁹ Näheres bei VON DER CRONE, § 14 N 693.

⁵⁰ VON DER CRONE, § 14 N 694; BAUEN/BERNET, N 761; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 10 N 130.

⁵¹ Weiterführend GERICKE, Private Equity, S. 118 f.

⁵² Im Detail VON DER CRONE/DAZIO, S. 505.

⁵³ Es wird sich in der Praxis zudem zeigen, ob sich das Kapitalband auch bei nicht börsenkotierten AG behaupten wird. Die Kapitalherabsetzung im Kapitalband ist bei solchen Gesellschaften mit steuerrechtlichen Problemen verbunden. Dazu z.B. OESTERHELT/SCHREIBER, S. 276 ff. Zum Ganzen auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 16 f.; GERICKE/MADANI, S. 739.

Das Regelungsziel des Kapitalbands – die Flexibilisierung der Kapitalstruktur – sollte bei der Auslegung und Anwendung der Bestimmungen über das Kapitalband stets bedacht werden.⁵⁴

D. Rechtsvergleichende Aspekte

Mit der Möglichkeit eines Kapitalbands wird im schweizerischen Aktienrecht ein Rechtsinstitut eingeführt, welches in ausländischen Rechtsordnungen bislang unbekannt ist.⁵⁵ Der Blick auf andere Länder und deren Rechtsordnungen zeigt aber ebenfalls ein vorhandenes Bedürfnis nach flexibel durchführbaren Kapitalveränderungsverfahren auf.⁵⁶

Aus Sicht eines europäischen Vergleichs bringt das Kapitalband eine ausgeprägte Flexibilität mit sich. Dennoch kann dem VR damit nicht die Freiheit gewährt werden, welche das amerikanische Recht mit dem *authorized capital* kennt.⁵⁷ Das Konzept des Kapitalbands ist vielmehr ein Mittelweg zwischen dem typisch europäischen Prinzip des festen Grundkapitals und dem im angelsächsischen Raum verbreiteten variablen Kapital gem. dem Modell des *authorized capital*.^{58,59} Das Prinzip des festen Aktienkapitals wird daher trotz Flexibilisierung der Eigenkapitalausstattung grds. beibehalten.⁶⁰ Die durch das Kapitalband zumindest teilweise geschaffene Auflockerung dieses Grundsatzes dürfte jedoch einen positiven Beitrag zur Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit leisten.⁶¹

Trotz Kapitalband bleibt in der Schweiz für die Durchführung von Kapitalveränderungen ein formelles Verfahren zu bestreiten. Von einem Systemwechsel kann daher nicht die Rede sein.⁶² Mit diesem Instrument steht es den AG mit Sitz in der Schweiz aber *de lege ferenda* offen, entweder das für

⁵⁴ So GERICKE/MADANI, S. 740.

⁵⁵ BÜCHLER, N 423, N 479, N 535. Jedoch entspricht das Kapitalband aus inhaltlicher Sicht teils dem geltenden Recht. So wurde u.a. die statutarische Ermächtigung dem Konzept der genehmigten Kapitalerhöhung entnommen (BÜCHLER, N 536 f.; vgl. auch GERICKE, GesKR 2008, S. 40).

⁵⁶ BÜCHLER, N 423; VON DER CRONE/DAZIO, S. 507.

⁵⁷ Zu den Gründen BÜCHLER, N 480, N 93, N 476; FORSTMOSER, Reform, S. 321. Vgl. zum *authorized capital* z.B. VON DER CRONE, Bericht, S. 10 ff.

⁵⁸ Siehe dazu BAUM, S. 47 Fn. 5.

⁵⁹ GERICKE, SSHW, S. 114; VON DER CRONE/DAZIO, S. 507.

⁶⁰ Das feste Grundkapital erfüllt die Funktion eines Minderheitenschutzes. Dazu GERICKE, Private Equity, S. 118; GERICKE, GesKR 2008, S. 38; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Einleitung N 130; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 10 N 130 und § 16 N 48 ff.

⁶¹ Vgl. BÜCHLER, N 535; auch FORSTMOSER, SSHW, S. 14.

⁶² BÜCHLER, N 480; GERICKE, GesKR 2008, S. 38; FORSTMOSER/KÜCHLER, Schlussrunde, N 10.

Kontinentaleuropa typische Prinzip des festen Aktienkapitals oder aber ein nach angelsächsischem Vorbild ausgestaltetes variables Kapital zu wählen.⁶³ Die Schweiz fährt demzufolge einen in der Kapitalstruktur flexibleren Weg als ihre Nachbarländer.⁶⁴

⁶³ GERICKE, SSHW, S. 114; VON DER CRONE/DAZIO, S. 518.

⁶⁴ So VON DER CRONE/DAZIO, S. 507; eingehend zum Rechtsvergleich BÜCHLER, N 423 ff., N 479, N 535.

III. Schaffung, Änderung und Aufhebung des Kapitalbands

A. Statutarische Schaffung

Die Einführung eines Kapitalbands, welche eine explizite Grundlage in den Statuten erfordert (Art. 653s Abs. 1 nOR),⁶⁵ führt zu einer Kompetenzdelegation von der GV an den VR.⁶⁶ Der Entscheid betr. Schaffung eines Kapitalbands fällt in den Zuständigkeitsbereich der Eigentümer der AG.⁶⁷ Falls sich die GV dafür entscheidet, bestimmt sie ebenso den Rahmen, in dem der VR ermächtigt werden soll.⁶⁸ Dabei kommt ihr von Gesetzes wegen ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.⁶⁹

Das Kapitalband kann bereits im Jahr 2022 durch eine bedingte Statutenänderung – unter der Bedingung, dass das revidierte Aktienrecht in Kraft tritt – geschaffen werden.⁷⁰

1. Allgemeine Voraussetzungen

Eine Statutenbestimmung zwecks Kapitalbands kann jederzeit von der GV eingeführt werden.⁷¹ Entweder wird sie bereits in den Gründungsstatuten verankert, was der Einstimmigkeit⁷² bedarf, oder sie wird später durch einen öffentlich zu beurkundenden und ins Handelsregister einzutragenden GV-Beschluss geschaffen (Art. 647 nOR). Letzterer Fall bedingt ein qualifiziertes Quorum und damit die Zustimmung von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 nOR).⁷³

⁶⁵ Vgl. für ein Bsp. einer Statutenbestimmung zur Einführung eines Kapitalbands GERICKE, SSHW, S. 130 ff.

⁶⁶ VON DER CRONE, § 14 N 695. Allein diese Tatsache impliziert ein Schutzbedürfnis der Minderheitsaktionäre vor Verwässerung. Dazu VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 600; weiterführend hierzu unten, IV.A.2.

⁶⁷ Dazu im Detail FORSTMOSER, SSHW, S. 13.

⁶⁸ Näheres bei VON DER CRONE/DAZIO, S. 506 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, SJZ, S. 80; im Detail unten, III.A.2.d.

⁶⁹ Vgl. Art. 653s und Art. 653t nOR bzgl. Spielraum und Schranken (VON DER CRONE, § 14 N 698).

⁷⁰ Die entsprechende Anmeldung kann allerdings erst ab Inkrafttreten per 1. Januar 2023 vorgenommen werden. Vgl. Praxismitteilung 1/22 des Eidgenössischen Handelsregisteramts vom 17.01.2022; siehe auch POGGIO KARIN, Modernes und flexibles Aktienrecht vom Parlament verabschiedet, EF 6/2021, S. 242 ff., S. 244, S. 247.

⁷¹ Da es sich um eine Statutenänderung handelt, stellt die Schaffung des Kapitalbands eine unübertragbare Kompetenz der GV dar (vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR).

⁷² Hierzu BSK-SCHENKER, Art. 629 N 6; weiterführend BÜCHLER, N 225 ff.

⁷³ Damit kann gewährleistet werden, dass die klare Mehrheit des Aktionariats die Kompetenzverschiebung hin zum VR befürwortet (eingehend MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 968). Daraus lässt sich die Absicht des Gesetzgebers erkennen, zu verhindern, dass die Zuständigkeiten der GV verkleinert werden (DRUEY/DRUEY

Sollte sich eine Gesellschaft für ein Opting-out i.S.v. Art. 727a Abs. 2 OR entschieden haben, kann sie zwar ein Kapitalband einführen, allerdings nur ein einseitiges Kapitalband mit Erhöhungsmöglichkeit,⁷⁴ nicht aber eine Ermächtigung zur Kapitalherabsetzung (Art. 653s Abs. 4 nOR).⁷⁵ Ein Kapitalband zur Herabsetzung des Kapitals bedarf demzufolge (mind.) einer eingeschränkten Prüfung der Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle.⁷⁶ Andernfalls verbleibt die Möglichkeit einer ordentlichen Kapitalherabsetzung.⁷⁷

Alsdann können vom Anwendungsbereich des Kapitalbands nur AG sowie Kommandit-AG, die eine besondere Form der AG darstellen,⁷⁸ Gebrauch machen.⁷⁹ Eine GmbH kann kein Kapitalband einführen.⁸⁰

2. Inhalt der Ermächtigungsbestimmung

Art. 653t nOR bestimmt den erforderlichen bzw. bedingt notwendigen Statuteninhalt.⁸¹ Demgemäss bestehen *ex lege* einige Aspekte, welche von der statutarischen Bestimmung zwingend geklärt werden müssen;⁸² so u.a. die nachfolgend zu beleuchtenden Grenzen, die Ermächtigungsdauer und auch Anzahl, Nennwert sowie Art der Aktien.⁸³ Andere Informationen sind hingegen nur dann statutarisch festzuhalten, wenn Bedarf zur Gestaltung besteht.⁸⁴

JUST/GLANZMANN, § 9 N 110). Zum Ganzen auch Handbuch-MAAG, N 76.7; VON DER CRONE/DAZIO, S. 507; GERICKE, GesKR 2008, S. 39; KILCHMANN, S. 289 f.

⁷⁴ Auch die *de lege lata* (noch) bestehende genehmigte Kapitalerhöhung ist im Falle eines Opting-outs gestattet. Dazu Botschaft 2016, 514; m.w.H. VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, S. 8; zur Diskussion Bericht Vernehmlassung 2015, S. 12.

⁷⁵ Begrüssend VON DER CRONE/DAZIO, S. 507 f. Im Umkehrschluss ist ein Opting-out ausgeschlossen, wenn die Statuten einer Gesellschaft bei Vorliegen eines Kapitalbands eine Herabsetzung des Kapitals ermöglichen.

⁷⁶ Sinn und Zweck davon ist der Gläubigerschutz (vgl. insb. Botschaft 2016, 514; VON DER CRONE/DAZIO, S. 515; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653s N 11 m.w.H.). Siehe auch im Detail unten, IV.B.2.a. Zur Regelung im Vorentwurf VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 597.

⁷⁷ SCHENKER, S. 174.

⁷⁸ Vgl. Art. 764 Abs. 2 OR.

⁷⁹ VON DER CRONE/DAZIO, S. 506 Fn. 11.

⁸⁰ Das Recht der GmbH enthält *de lege lata* auch keine Möglichkeit einer genehmigten Kapitalerhöhung (VON DER CRONE/DAZIO, S. 506 Fn. 11; bedauernd GERICKE, Vorentwurf, S. 110, S. 113).

⁸¹ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 18.

⁸² Gem. BÜCHLER, N 252 Fn. 509 analog zu Art. 626 OR. Vgl. i.w.S. BSK-SCHENKER, Art. 626 N 2.

⁸³ VON DER CRONE, § 14 N 695; bereits erläuternder Bericht 2014, S. 90; kritisch insb. zu «Anzahl, Nennwert und Art der Aktien» gem. Art. 653t Ziff. 4 nOR FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653t N 9.

⁸⁴ VON DER CRONE, § 14 N 695. Diese Punkte wären *de lege lata* dem bedingt notwendigen Statuteninhalt i.S.v. Art. 627 OR zugehörig, der aber im Rahmen der Revision aufgehoben wird (Botschaft 2016, 486 f.).

a. Grenzen

Die Kompetenz, welche dem VR durch eine statutarische Ermächtigung der GV eingeräumt wird, erfährt u.a. hinsichtlich des Umfangs eine Begrenzung von Gesetzes wegen (Art. 653s Abs. 2 nOR).⁸⁵ Massgebend für die Bandbreite, innerhalb welcher der VR agieren kann, sind die drei nachfolgend dargelegten Kapitalziffern: (i) Die obere Grenze⁸⁶ des Kapitalbands muss so festgelegt werden, dass sie das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital max. um die Hälfte übersteigt;⁸⁷ (ii) umgekehrt darf die untere Grenze, welcher die Funktion einer Sperrziffer zu Gunsten des Gläubigerschutzes zukommt,⁸⁸ das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital höchstens um die Hälfte unterschreiten;⁸⁹ (iii) dabei darf das in Art. 621 Abs. 1 nOR umschriebene Mindestkapital keinesfalls unterschritten werden.⁹⁰ Die untere Grenze muss demgemäss mind. CHF 100'000.- betragen.⁹¹ Sofern die entsprechende Gesellschaft über ein Partizipationskapital verfügt, ist dieses für die Berechnung der Grenzen des Kapitalbands zum Aktienkapital zu addieren (vgl. Art. 656b Abs. 3 Ziff. 5 nOR).⁹² Die Ermächtigungsbestimmung kann aber auch so ausgestaltet sein,

⁸⁵ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653s N 6.

⁸⁶ In terminologischer Hinsicht verwendete der Vorentwurf bzgl. der oberen bzw. unteren Grenze die Begriffe Maximal- bzw. Basiskapital (siehe Art. 653s Abs. 1 VE-OR; erläuternder Bericht 2014, S. 26; zu den Gründen Botschaft 2016, 513).

⁸⁷ Damit wird die bei der genehmigten Kapitalerhöhung bestehende Bezugsgrösse von 50 % des bisherigen Aktienkapitals übernommen, jedoch mit einer anderen Berechnungsmethode. Gem. Art. 651 Abs. 2 OR brauchen die Statuten bei der genehmigten Kapitalerhöhung den Nennbetrag anzugeben, um den das Kapital erhöht werden kann. Beim Kapitalband müssen die Statuten eine obere (und/oder untere) Grenze und damit ein «absoluter Höchstbetrag» des Aktienkapitals vorsehen. Zum Ganzen eingehend BAUM, S. 49.

⁸⁸ Botschaft 2016, 516; statt vieler OESCH, S. 172.

⁸⁹ Ursprünglich sprach sich die Rechtskommission des NR für eine weniger weitgehende untere Grenze des Kapitalbands aus, so dass das im Handelsregister eingetragene Kapital um max. einen Viertel hätte unterschritten werden dürfen (FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653s N 4).

⁹⁰ Folgendes Bsp. soll das Beschriebene veranschaulichen: eingetragenes Aktienkapital CHF 300'000.-, untere Grenze des Kapitalbands CHF 150'000.-, obere Grenze des Kapitalbands CHF 450'000.-. Zum Ganzen Botschaft 2016, 513; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653t N 6; VON DER CRONE/DAZIO, S. 515; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE, § 16 N 967; siehe i.w.S. auch BSK-BAUDENBACHER, Art. 621 N 2 ff. und zu weiteren Bsp. für die Berechnung der Grenzen Handbuch-MAAG, N 76.12; BAUM, S. 49.

⁹¹ Siehe hierzu unten, IV.B.2.a.; VON DER CRONE, § 14 N 723; Botschaft 2016, 435; BÜCHLER, N 253. AG, die das Mindestkapital von CHF 100'000.- aufweisen, können die untere Grenze des Kapitalbands bloss auf CHF 100'000.- und die obere Grenze auf CHF 150'000.- festlegen. In einem solchen Fall greift die Kompetenz zu Gunsten einer Herabsetzung nur, sofern das Aktienkapital vorgängig erhöht wurde (z.B. VON DER CRONE/DAZIO, S. 508).

⁹² Statt vieler KILCHMANN, S. 292. Dies widerspricht dem von Art. 653s Abs. 2 nOR genannten Passus «im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital», der gem. VISCHER, S. 323 Fn. 22 zu Gunsten von Art. 656b Abs. 3 Ziff. 5 nOR aufzulösen ist.

dass die gesetzliche Bandbreite der 50 %-Schwelle nach unten und oben nicht vollumfänglich ausgeschöpft wird.⁹³

Massgebender Ausgangspunkt der Ermächtigungsbandbreite, um welche erhöht und/oder herabgesetzt werden soll, ist stets das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital. Daraus erhellt, dass – wie auch bei der Ermittlung der Grenze für das genehmigte und bedingte Kapital – das Stichtagsprinzip gilt.⁹⁴ Entscheidend für die Höhe des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals ist der Zeitpunkt des GV-Beschlusses, der zur Ermächtigung des VR führt.⁹⁵ Sollte das Kapital zeitlich später gestützt auf das Kapitalband verändert werden, zieht dies keine Folgen hinsichtlich der Grenzwerte nach sich.⁹⁶

Der Kapitalerhöhungs- und Kapitalherabsetzungsbetrag, welcher innert der Schranke von 50–150 % des eingetragenen Aktienkapitals von der GV ziffernmässig bestimmt wird, zählt zum notwendigen Statuteninhalt (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 1 nOR).⁹⁷ Innerhalb der von den Statuten festgelegten Bandbreite, welche zugleich den Handlungsspielraum des VR vorgibt, kann dieser Kapitalerhöhungen und/oder -herabsetzungen beschliessen bzw. durchführen.⁹⁸

b. Ermächtigungsdauer

Die Dauer, für welche die GV den VR im Rahmen des Kapitalbands zu Kapitalveränderungen ermächtigen kann, darf statutarisch max. auf fünf Jahre festgelegt werden (Art. 653s Abs. 1 nOR).⁹⁹ Demzufolge kann der VR im Unterschied zur genehmigten Kapitalerhöhung für eine längere Zeitspanne ermächtigt werden.¹⁰⁰ Der Fristenlauf beginnt mit der Beschlussfassung der GV.¹⁰¹ Das Enddatum, an dem

⁹³ Z.B. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 12.

⁹⁴ Botschaft 2016, 513 f.; VON DER CRONE/DAZIO, S. 508 Fn. 30; VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 595 Fn. 72. Weiterführend auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653s N 4 f.

⁹⁵ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653s N 8; SCHENKER, S. 173.

⁹⁶ SCHENKER, S. 173.

⁹⁷ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653t N 4 f.

⁹⁸ AUS DER AU, N 673; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 90. Vgl. hierzu unten, IV.

⁹⁹ VON DER CRONE, § 14 N 701; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653t N 7 und Vorbem. zu Art. 653s–653v N 10, welche die Ermächtigungsfrist als grosszügig erachten; gl.M. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 968. Der BR sprach sich ursprünglich für eine Maximaldauer von drei Jahren aus (siehe Botschaft 2007, 1652 f.). Diese Frist wurde aber in der Folge vom Ständerat auf fünf Jahre heraufgesetzt (vgl. AB SR 2009, 645).

¹⁰⁰ BÜCHLER, N 265 Fn. 530; GERICKE, Private Equity, S. 117, der die zwei Jahre bei der genehmigten Kapitalerhöhung als ein Hindernis beschreibt.

¹⁰¹ Botschaft 2016, 514; VON DER CRONE, § 14 N 701.

die Wirksamkeit des Kapitalbands endet, gehört zum erforderlichen Statuteninhalt (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 2 nOR).¹⁰²

Der Ablauf der in den Statuten festgesetzten Ermächtigungsfrist hat in erster Linie das Dahinfallen des Kapitalbands zur Folge.¹⁰³ Dies führt dazu, dass der VR gestützt auf das Kapitalband keine Kapitalveränderungen mehr beschliessen kann und die statutarischen Bestimmungen zum Kapitalband streichen muss (Art. 653t Abs. 2 nOR).¹⁰⁴ Dabei stellt die vorgenannte Bestimmung bloss eine Ordnungsvorschrift dar, da die Ermächtigung auch dann wegfällt, wenn die Kapitalbandbestimmung nicht gestrichen wird.¹⁰⁵ Die Einwirkungsmöglichkeiten, welche der GV während der Dauer der Ermächtigung verbleiben, sind in Art. 653v nOR genannt.¹⁰⁶

c. Einseitiges Kapitalband

Das Kapitalband ist *ex lege* dazu bestimmt, den VR innerhalb der statutarisch bestimmbaren Bandbreite zu ermächtigen, das Aktienkapital zu erhöhen und herabzusetzen.¹⁰⁷ Diese zweiseitige Ermächtigung ist allerdings dispositiver Natur, weswegen auch (nur) ein einseitiges Kapitalband beschliessen werden kann.¹⁰⁸ M.a.W. besteht die Möglichkeit, den VR im Rahmen des Kapitalbands für eine Kapitalveränderung in nur eine Richtung – also entweder zur Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung – zu ermächtigen (Art. 653s Abs. 3 Satz 2 nOR).¹⁰⁹

Die GV kann den VR wie folgt mit Kompetenzen ausstatten: (i) mit einer zweiseitigen Ermächtigung gem. dispositivem Recht, so dass der VR sowohl erhöhen als auch herabsetzen kann; (ii) mit einer einseitigen Ermächtigung zur blossen Kapitalerhöhung, welche im Grundsatz die *de lege lata* noch mögliche genehmigte

¹⁰² BÜCHLER, N 268; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653s N 7 und Art. 653t N 7.

¹⁰³ Siehe zu diesem und den weiteren Aufhebungsgründen unten, III.C.

¹⁰⁴ Die Streichung der Statutenbestimmung bedingt keinen GV-Beschluss (vgl. SCHENKER, S. 174), aber einen Feststellungsbeschluss des VR (m.w.H. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653t N 16). Vgl. i.w.S. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 228.

¹⁰⁵ Näheres dazu bei BÜCHLER, N 232; auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 174 und BSK-ZINDEL/ISLER, Art. 651a N 3, allerdings betr. die genehmigte Kapitalerhöhung.

¹⁰⁶ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 18. Siehe dazu III.C., V.A.1., V.A.3.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 653s Abs. 1 nOR.

¹⁰⁸ VON DER CRONE, § 14 N 699. Es handelt sich dabei um eine Gestaltungsmöglichkeit der GV, mit welcher der Handlungsspielraum des VR eingeschränkt werden kann (siehe unten, III.A.2.d.).

¹⁰⁹ Das in Art. 653t Abs. 1 Ziff. 1 nOR verwendete «und» ist demnach als ein «und/oder» zu verstehen (vgl. VISCHER, S. 322; VON DER CRONE, § 14 N 699).

Kapitalerhöhung darstellt; (iii) mit einer einseitigen Ermächtigung, welche eine «genehmigte Kapitalherabsetzung» erfasst und im bisherigen Recht nicht möglich war.¹¹⁰

Mangelt es an einer entsprechenden Konkretisierung in den Statuten, kann der VR das Kapital im Rahmen der festgelegten Grenzen in beide Richtungen verändern (Art. 653s Abs. 1 sowie Art. 653u Abs. 1 nOR).¹¹¹

d. Ausgestaltungsmöglichkeiten

Statutarisch kann die GV die Befugnisse des VR beschränken (Art. 653s Abs. 3 Satz 1 nOR). So kann die Kapitalbandbestimmung mit Einschränkungen, Auflagen oder Bedingungen jeder Art versehen werden (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3 nOR) und so den Handlungsspielraum des VR, der ihm in Bezug auf die Kapitalveränderungen zukommen soll, frei festlegen.¹¹² Insofern ist dieser abhängig von der konkreten Kompetenzeräumung der GV.¹¹³ Im Gesetz wird als Bsp. für eine Einschränkung die Kapitalveränderung in nur eine Richtung genannt. Diese Aufzählung ist nicht abschliessender Natur.¹¹⁴ Als Auflagen sind Handlungsanweisungen an den VR im Hinblick auf allfällige Kapitalveränderungen zu verstehen, welche von der GV erlassen werden können.¹¹⁵ Mittels Bedingungen kann die Ermächtigung vom Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen, noch ungewissen Ereignisses abhängig gemacht werden.¹¹⁶

Für die Ausgestaltung der Ermächtigungsbestimmung sind weiter verschiedenste Parameter denkbar. Nebst den bereits dargelegten Gestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit den Grenzen des Kapitalbands, der Ermächtigungsdauer und der

¹¹⁰ Zum Ganzen Botschaft 2016, 435 und 514; erläuternder Bericht 2014, S. 26, S. 89; BÖCKLI PETER, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts - eine kritische Übersicht, GesKR 1/2006, S. 4 ff., S. 5; VON DER CRONE, § 14 N 699.

¹¹¹ VON DER CRONE, § 14 N 699 Fn. 1090.

¹¹² Zum Ganzen VON DER CRONE/DAZIO, S. 510; VON DER CRONE, § 14 N 702; BÜCHLER, N 271.

¹¹³ Vgl. Art. 653s Abs. 1 i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 nOR; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 12.

¹¹⁴ Siehe zum einseitigen Kapitalband oben, III.A.2.c.; näheres bei BÜCHLER, N 271 ff.

¹¹⁵ Ein Bsp. für eine Auflage ist die Anordnung einer bestimmten Liberierungsart, da diese ansonsten vom VR frei bestimmt werden kann (dazu unten, IV.A.1.a.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653t N 8 mit einem weiteren Bsp.). Vgl. auch GERICKE, Vorentwurf, S. 110; i.w.S. auch BAUM, S. 55 Fn. 55.

¹¹⁶ So z.B., dass eine Kapitalherabsetzung nur dann durchgeführt werden darf, wenn das Aktienkapital vorgängig in einem bestimmten Umfang erhöht wurde. Dazu VON DER CRONE/DAZIO, S. 510; für ein weiteres Bsp. einer Bedingung FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653t N 8.

Kapitalveränderungsform kommen der GV weitergehende Freiheiten zu,¹¹⁷ um den Spielraum des VR auszugestalten.¹¹⁸ So kann das Kapitalband auch in verschiedene Tranchen unterteilt werden. Möglich sind Tranchen für verschiedene Zwecke wie z.B. eine für eine Kapitalerhöhung betr. Übernahmen und eine zwecks Aktienplatzierungen beim bisherigen Aktionariat.¹¹⁹ Die Einteilung in verschiedene Tranchen bedingt jedoch kumulativ das Einhalten der oberen und unteren Kapitalgrenze.¹²⁰

Gestattet ist alsdann auch eine Ermächtigung für eine bloss einmalige Kapitalveränderung. Ohne eine solche Beschränkung kann der VR das Kapital innerhalb der Ermächtigungsdauer und der Grenzen mehrmalig erhöhen und herabsetzen.¹²¹ Hinsichtlich der Ermächtigungsdauer ist im Übrigen nicht nur eine kürzere Zeitspanne als die Maximalfrist von fünf Jahren denkbar,¹²² sondern auch eine im Laufe der Zeit zunehmende Einschränkung der Kompetenzen des VR.¹²³ Ausgeschlossen ist hingegen die Schaffung von mehreren, parallel bestehenden Kapitalbändern.¹²⁴

Sofern spezifische Gestaltungselemente in den Statuten fehlen, richtet sich der Umfang der Ermächtigung nach der dispositiven Gesetzesordnung.¹²⁵

e. Weitere Regelungsgehalte

Das Gesetz umschreibt des Weiteren in Art. 653t Abs. 1 nOR diejenigen Aspekte, welche statutarisch bzgl. des Kapitalbands festgelegt werden können bzw. müssen. Darunter fallen die Anzahl, Nennwert sowie Art der Aktien und auch allfällige Vorrechte (Ziff. 4), mögliche besondere Vorteile (Ziff. 5), eventuelle Vinkulierungen von Namenaktien (Ziff. 6), mögliche Bezugsrechtseinschränkungen oder -

¹¹⁷ Dazu oben, III.A.2.a., III.A.2.b., III.A.2.c. Siehe auch SCHWEIGHOFER, S. 120 f., wonach es bei der konkreten Ausgestaltung der Kapitalbandbestimmung meist um «nicht voll ausgeschöpfte Möglichkeiten der Maximalvorgaben» des Gesetzes geht.

¹¹⁸ VON DER CRONE, § 14 N 702.

¹¹⁹ Solche können in zeitlicher Hinsicht unterschiedlich limitiert werden. Statt vieler GERICKE, GesKR 2008, S. 39 f.; BÜCHLER, N 274 f., N 278.

¹²⁰ GERICKE, GesKR 2008, S. 39.

¹²¹ Siehe dazu Botschaft 2007, 1591 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 51.

¹²² Statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 51; BÜCHLER, N 266.

¹²³ Näheres dazu bei BÜCHLER, N 281 ff.

¹²⁴ BÜCHLER, N 275, N 280.

¹²⁵ M.w.H. VON DER CRONE/DAZIO, S. 511.

aufhebungen (Ziff. 7)¹²⁶ sowie allfälliges bedingtes Kapital (Ziff. 9)¹²⁷ und Partizipationskapital (Ziff. 10).¹²⁸

B. Änderung und Verlängerung

Trotz einer bereits erteilten Ermächtigung kann die GV auch vor Ablauf der Ermächtigungsfrist jederzeit inhaltliche Änderungen des Kapitalbands beschliessen.¹²⁹ In diesem Fall ist eine erneute Statutenänderung vorzunehmen, und zwar unbesehen dessen, welcher Aspekt abgeändert wird. Daraus erhellt, dass das entsprechende Verfahren für die Schaffung des Kapitalbands zur Anwendung gelangt.¹³⁰ Für die Festlegung der oberen und unteren Grenze ist der Zeitpunkt der Handelsregistereintragung einer Änderung massgebend.¹³¹

Hinsichtlich der Verlängerung gilt Ähnliches:¹³² Das Gesetz enthält keine Vorschrift betr. die Verlängerung der Ermächtigungsdauer. Sie ist aber mittels Änderungsbeschluss möglich, wobei das bisherige Kapitalband den in diesem Zeitpunkt aktuellen Gegebenheiten angepasst werden muss. Sollte der VR bereits eine Kapitalveränderung durchgeführt haben, so ist für die Berechnung der Grenzen das neue Aktienkapital als Grundlage heranzuziehen. Es gelten ebenfalls die Voraussetzungen gem. der Einführung der Kapitalbandbestimmung.¹³³

C. Aufhebung

Das Dahinfallen des Kapitalbands ist aus mehreren Gründen möglich. Der praktisch bedeutsamste Grund, welcher zur Aufhebung des Kapitalbands führt, ist der Ablauf der zeitlichen Befristung.¹³⁴ Diesfalls obliegt dem VR die Pflicht, die statutarische Kapitalbandbestimmung zu streichen (Art. 653t Abs. 2 nOR).¹³⁵ Wie bereits

¹²⁶ Dazu im Detail unten, IV.A.2.

¹²⁷ Siehe hierzu unten, IV.A.1.b., V.A.2.a.

¹²⁸ VON DER CRONE, § 14 N 707. Zu den einzelnen Ziff. im Detail FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653u N 4 ff. Soll der VR also bspw. zur Schaffung von Partizipationskapital ermächtigt werden, muss dies i.S.v. Art. 653t Abs. 1 Ziff. 10 nOR explizit im GV-Beschluss sowie in den Statuten festgehalten sein (KILCHMANN, S. 292).

¹²⁹ VON DER CRONE, § 14 N 697.

¹³⁰ Siehe zum Ganzen BÜCHLER, N 228; GERICKE, GesKR 2008, S. 40; VON DER CRONE/DAZIO, S. 508; Handbuch-MAAG, N 76.13.

¹³¹ Statt vieler BÜCHLER, N 228.

¹³² Vgl. VON DER CRONE, § 14 N 697.

¹³³ Zum Ganzen GERICKE, GesKR 2008, S. 40; BÜCHLER, N 229; VON DER CRONE, § 14 N 697.

¹³⁴ Siehe dazu auch oben, III.A.2.b.

¹³⁵ Hierzu im Detail BÜCHLER, N 230, N 232; VON DER CRONE/DAZIO, S. 514, wonach eine Regelung über das bedingte Kapital i.S.v. Art. 653b nOR vorbehalten bleibt. Dazu unten, IV.A.1.b.

ausgeführt¹³⁶ handelt es sich bei der Pflicht zur Berichtigung der Statuten nur um eine Ordnungsvorschrift,¹³⁷ welche trotz nicht expliziter Nennung in Art. 653t Abs. 2 nOR auch für die anderen, nachfolgend zu schildernden Beendigungsgründe gilt.¹³⁸ Nach Zeitablauf darf der VR gestützt auf das Kapitalband keine Kapitalveränderungen beschliessen. Es ist ihm jedoch gestattet, diejenigen Änderungen durchzuführen, welche er noch innerhalb der Frist beschlossen hat.¹³⁹

Weiter ist es möglich, dass der Ermächtigungsbeschluss der GV i.S.v. Art. 706 OR angefochten wird. Dabei wirkt die Anfechtung des GV-Beschlusses im Grundsatz *ex tunc*.¹⁴⁰ Sofern der VR das Aktienkapital im Rahmen des Kapitalbands während des hängigen Anfechtungsverfahrens verändert, hat ein nachträglicher Wegfall der statutarischen Bestimmung keine Auswirkung darauf. M.a.W. bleibt die vorgenommene Kapitalveränderung dennoch gültig.¹⁴¹

Der GV kommt das jederzeitige Recht zu, die Statuten zu ändern.¹⁴² So kann sie auch die Kompetenzeinräumung an den VR zurücknehmen, indem sie einen Aufhebungsbeschluss bzgl. des Kapitalbands fasst und die Ermächtigungsbestimmung löscht.¹⁴³ *Ex lege* führt auch eine von der GV während der Ermächtigungsfrist beschlossene Kapitalveränderung¹⁴⁴ oder ein Währungswechsel des Aktienkapitals zum vorzeitigen Dahinfallen des Kapitalbands (Art. 653v Abs. 1 nOR).¹⁴⁵ Im

¹³⁶ Siehe oben, III.A.2.b.

¹³⁷ BÜCHLER, N 232; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 228 betr. die genehmigte Kapitalerhöhung; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 174 m.w.H.; siehe auch SCHENKER, S. 174.

¹³⁸ Siehe dazu auch Art. 653i Abs. 1 nOR betr. das bedingte Kapital. Der VR lässt die Streichung der Kapitalbandbestimmung ins Handelsregister eintragen (Art. 647 nOR). Dazu bereits oben, Fn. 104; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653t N 16.

¹³⁹ Entscheidend bzgl. dieser Frage ist das Datum des Beschlusses betr. die Kapitalveränderung und nicht die Durchführung der Kapitalveränderung. Siehe dazu SCHENKER, S. 174 Fn. 17; KILCHMANN, S. 290.

¹⁴⁰ Siehe dazu insb. VON DER CRONE, § 17 N 1201.

¹⁴¹ Zum Ganzen BÜCHLER, N 231; eingehend VON DER CRONE, § 14 N 719, der auf die positive Publizitätswirkung des Handelsregisters verweist; VON DER CRONE/DAZIO, S. 514.

¹⁴² Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

¹⁴³ Gem. BÜCHLER, N 235 reicht im Vergleich zur Einführung des Kapitalbands das absolute Mehr der vertretenen Aktien i.S.v. Art. 703 OR; siehe auch VON DER CRONE, § 14 N 720; Handbuch-MAAG, N 76.14.

¹⁴⁴ Zu den Gründen dieses Dahinfallens BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 52a.

¹⁴⁵ Es bestünde jedoch die Möglichkeit, dass die Aktionäre in derselben GV oder später ein neues Kapitalband schaffen oder die alte Kapitalbandbestimmung bestätigen. Siehe für weitere Hinweise BÜCHLER, N 236 ff.; Botschaft 2016, 516; VON DER CRONE, § 14 N 720, N 727; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653v N 7.

Vergleich zur genehmigten Kapitalerhöhung fällt das Kapitalband allerdings nicht dahin, wenn der VR die gesamte von der GV festgelegte Bandbreite ausschöpft.¹⁴⁶

D. Würdigung

In diesem Kapitel wurde ersichtlich, dass eine ausführliche statutarische Regelung hinsichtlich eines Kapitalbands unerlässlich ist.¹⁴⁷ Von Gesetzes wegen erfährt dieses Institut eine zeitliche sowie eine umfangmässige Beschränkung.¹⁴⁸ Die Ermächtigungsdauer von max. fünf Jahren wird in der Literatur grds. begrüsst.¹⁴⁹ Zudem stellt sie einen Fortschritt gegenüber der genehmigten Kapitalerhöhung dar. Dennoch ist namentlich GERICKE der Ansicht, dass diese Dauer bzw. eine Befristung per se «der Natur des Kapitalbands eigentlich nicht gerecht» werde.¹⁵⁰ Die fünfjährige Ermächtigungsfrist ist gem. der hier vertretenen Ansicht jedoch angezeigt, könnte doch ein unbefristetes Kapitalband dazu führen, dass es in der Praxis nur mit grosser Zurückhaltung geschaffen werden würde. Aktionäre geben durch die Einführung eines Kapitalbands eine zentrale und u.U. weitgehende Kompetenz aus der Hand. Immerhin ist es der GV möglich, die Kompetenzabtretung durch Aufhebungsbeschluss zurückzunehmen, was die Gefahr eines unbefristeten Kapitalbands wiederum abzuschwächen vermag.¹⁵¹

Hinsichtlich der Würdigung der Ermächtigungsbandbreite gehen die Auffassungen auseinander. Dass das Aktienkapital im Rahmen des Kapitalbands sowohl nach oben als auch nach unten um max. die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals verändert werden kann, ist eine grosszügige Möglichkeit, die der Gesetzgeber zwecks

¹⁴⁶ BÜCHLER, N 233; VON DER CRONE, § 14 N 721 veranschaulicht dies damit, dass eine Kapitalerhöhung, welche die obere Grenze erreicht, nicht zum Dahinfallen des Kapitalbands führt. Denn möglich bleibt im Falle des zweiseitigen Kapitalbands noch eine Kapitalherabsetzung. Daran anknüpfend wäre auch eine erneute Kapitalerhöhung denkbar. Abweichend davon ist der Fall bei einem einseitigen Kapitalband zu beurteilen, welches nur zur Erhöhung ermächtigt. Diesfalls ist es dem VR erlaubt, die statutarische Kapitalbandbestimmung zu streichen. Gl.M. BÜCHLER, N 234, der aber für die vorzeitige Streichung durch den VR eine Ermächtigung der GV als nötig erachtet.

¹⁴⁷ Vgl. BERTSCHINGER/MÜHLEMANN, S. 887.

¹⁴⁸ Oben, III.A.2.a., III.A.2.b. Begrüssend BÜCHLER, N 537.

¹⁴⁹ Z.B. FORSTMOSER/KÜCHLER, SJZ, S. 80; ebenso MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 968; BÜCHLER, N 537.

¹⁵⁰ GERICKE, Private Equity, S. 118 f.; GERICKE, Vorentwurf, S. 111; vgl. auch Bericht Vernehmlassung 2015, S. 12; a.M. BÖCKLI, GesKR, S. 139, allerdings noch vor dem Hintergrund des vorgelagerten Gläubigerschutzkonzepts.

¹⁵¹ Zum Aufhebungsbeschluss der GV oben, III.C.

Flexibilisierung der Kapitalveränderungsverfahren bietet.¹⁵² Für die einen vermag die auf 50 % festgelegte symmetrische untere und obere Grenze nicht zu überzeugen. Insb. die mögliche Kapitalherabsetzung um bis zur Hälfte des bisherigen Aktienkapitals sei höchst riskant.¹⁵³ Andere hingegen hätten sich eine höhere Grenze für Kapitalerhöhungen gewünscht.¹⁵⁴ In Anbetracht des Regelungsziels des Kapitalbands sind die Grenzen für die Ermächtigungsbandbreite nach der vorliegend vertretenen Ansicht durchaus sachgerecht. Zu beachten ist insb., dass die untere Grenze ohnehin nicht tiefer sein darf als das Mindestkapital i.S.v. Art. 621 Abs. 1 nOR. Damit kann den Gläubigerinteressen bereits genügend Rechnung getragen werden, womit die dargelegte Kritik bzgl. der unteren Grenze nicht überzeugend scheint.¹⁵⁵

Der Flexibilität im Bereich der Kapitalstruktur kann mit der Schaffung eines Kapitalbands wohl nachgekommen werden. Da das Nennwertsystem auch im Zuge der Aktienrechtsrevision 2020 beibehalten wird, ist das Kapitalband ein geeignetes Instrument, um die anvisierte Flexibilisierung zu erreichen.¹⁵⁶ Wie dargelegt verfügt die Gesellschaft über weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Ermächtigung des VR. *E contrario* geht damit jedoch eine nicht unbedenkliche Kompetenzverschiebung bzgl. der Ausstattung des Eigenkapitals an den VR einher, womit er diesbezüglich mehr Einfluss erhält als die GV. Das hat womöglich zur Folge, dass das Aktionariat in ein Abhängigkeitsverhältnis zum VR gerät.¹⁵⁷ Insb. wenn er ebenfalls über die Kompetenz zum Bezugsrechtsentzug¹⁵⁸ verfügt, könnte er versucht sein, die Stimmrechts- und somit die Kontrollverhältnisse massgeblich – oder gar in seinem Sinne – zu beeinflussen.¹⁵⁹ Wird das Kapitalband so ausgestaltet, dass dem VR

¹⁵² So z.B. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 10; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 968, insb., weil das Aktienkapital durch eine Kapitalherabsetzung halbiert werden kann. A.M. GERICKE, Private Equity, S. 117 f., der sich für die Kapitalerhöhungen im Rahmen des Kapitalbands grosszügigere Grenzen wünscht, so z.B. 100 % oder gar 200 % des eingetragenen Kapitals. Er veranschaulicht seinen Standpunkt anhand des Start-up-Unternehmens, bei welchen die Begrenzung auf 50 % des eingetragenen Kapitals dem exponentiell steigenden Finanzierungsbedarf in die Quere kommt.

¹⁵³ So BÖCKLI, Revision, S. 12 f. m.w.H.; BÖCKLI, GesKR, S. 139; BÖCKLI PETER, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2015, S. 1 ff., S. 3; gl.M. KENEL, S. 40; vgl. auch Bericht Vernehmlassung 2015, S. 12.

¹⁵⁴ GERICKE, Private Equity, S. 117 f.

¹⁵⁵ Siehe im Übrigen auch unten, IV.C.3.

¹⁵⁶ Vgl. BÜCHLER, N 540.

¹⁵⁷ Zum Ganzen eingehend SCHENKER, S. 188 f.

¹⁵⁸ Dazu unten, IV.A.2.

¹⁵⁹ Dadurch erfolgt u.U. eine Abkehr vom Grundsatz gem. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR, demgemäss die Aktionäre in der GV den VR wählen. Im Detail SCHENKER, S. 170, insb. S. 188; a.M. VON DER CRONE/DAZIO, S. 510.

die im gesetzlichen Rahmen max. Möglichkeiten zukommen, hat dies also erhebliche Auswirkungen auf die Corporate Governance^{160,161} Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass Aktionäre, welche «ihre Rechte und finanzielle Position» beibehalten wollen, nicht für die Schaffung eines Kapitalbands stimmen werden.¹⁶² Zu erwähnen ist jedoch, dass die *ratio legis* des Kapitalbands gerade die Flexibilität des VR ist. Insofern sollte gut überlegt sein, inwieweit die Befugnisse des VR eingeschränkt werden sollen.¹⁶³ Eine restriktive Ausgestaltung des Kapitalbands ist aber gesetzestechisch möglich.

VON DER CRONE/CATHOMAS sind skeptisch gegenüber dem künftigen Gebrauch des Kapitalbands in der Praxis, da sich Aktionäre von Gesellschaften in der Vergangenheit nur sehr bedingt für genehmigtes Kapital ausgesprochen haben.¹⁶⁴ Der grosse Gestaltungsspielraum und die weitgehenden Beschränkungsmöglichkeiten, welche einer Gesellschaft bzw. der GV zur Verfügung stehen, sprechen jedoch für die Annahme, dass das Kapitalband in der Praxis auf Zuspruch stossen wird.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Eingehend SCHENKER, S. 189. Heikel ist insb. die Tatsache, dass die Interessen des VR hinsichtlich der Kapitalausstattung nicht zwangsläufig dieselben sind wie diejenigen der Aktionäre (DERS., S. 171 f.).

¹⁶¹ Näheres bei SCHENKER, S. 172.

¹⁶² So SCHENKER, S. 189.

¹⁶³ Vgl. dazu AUS DER AU, N 671 Fn. 1346.

¹⁶⁴ VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 600 Fn. 108; gl.M. SCHENKER, S. 191, jedoch aus anderen Gründen.

¹⁶⁵ Vgl. VON DER CRONE/DAZIO, S. 518.

IV. Kapitalveränderungen im Rahmen des Kapitalbands

Art. 653u nOR normiert die Vorgehensweise des VR für den Fall, dass die GV ein Kapitalband eingeführt hat und er beabsichtigt, von seiner Ermächtigung Gebrauch zu machen.¹⁶⁶ Basis der durch den VR durchzuführenden Kapitalveränderungen sind die statutarischen Grundlagen, welche durch den Ermächtigungsbeschluss der GV geschaffen wurden.¹⁶⁷ Dabei ist er – sofern er sich an die Vorgaben hält und im Rahmen der Ermächtigung agiert – autonom, das Kapital in einem von ihm bestimmten Zeitpunkt zu verändern. Auch eine mehrmalige Anpassung des Kapitals sowie ein Nacheinander von Erhöhungen und Herabsetzungen sind möglich.¹⁶⁸

Die GV beschliesst, gleich wie bei der genehmigten Kapitalerhöhung, nur, aber immerhin die Möglichkeit einer Kapitalveränderung sowie die Grundpfeiler i.S.v. Art. 653t Abs. 1 nOR. Der definitive Entscheid über eine Kapitalveränderung steht im Ermessen des VR.¹⁶⁹ M.a.W. ist er im Gegensatz zur ordentlichen Kapitalerhöhung und -herabsetzung nicht dazu verpflichtet, sondern nur dazu ermächtigt.¹⁷⁰

A. Kapitalerhöhungen innerhalb des Kapitalbands

Bei einer innerhalb des Kapitalbands durchzuführenden Kapitalerhöhung finden die Bestimmungen betr. die ordentliche Kapitalerhöhung resp. die Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital Anwendung (Art. 653u Abs. 5 nOR). Damit sind – vorbehaltlich Spezialregelungen – Art. 650–652h resp. Art. 653–653i nOR gemeint.¹⁷¹

1. Erhöhungsmöglichkeiten

Innerhalb des Kapitalbands kann der VR – sofern er sich an die zeitlichen sowie umfangmässigen Schranken (Art. 653s Abs. 1 und 2 nOR) hält – das Kapital ordentlich erhöhen oder bedingtes Kapital schaffen. Für Letzteres muss der VR explizit ermächtigt worden sein.¹⁷²

¹⁶⁶ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 18.

¹⁶⁷ Dazu oben, III.A.; AUS DER AU, N 668, N 671, N 673; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 376 f.; vgl. auch JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 8 N 187. Ein erneuter GV-Beschluss ist nicht mehr nötig (AESCHLIMANN/MARTI, S. 868).

¹⁶⁸ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 11 und Art. 653u N 6; BAUEN/BERNET, N 762; VON DER CRONE, § 14 N 708.

¹⁶⁹ Z.B. SCHWEIGHOFER, S. 121.

¹⁷⁰ ARPAGAU/STADLER/WERLEN, S. 584; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, S. 115, S. 118; siehe auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653u N 6.

¹⁷¹ Statt vieler FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653u N 9, N 13.

¹⁷² KILCHMANN, S. 290; OESCH, S. 172. Eingehend unten, IV.A.1.b., V.A.2.a.

a. Verfahren bei der ordentlichen Erhöhung

Der erste Schritt ist der vom VR zu fassende Kapitalerhöhungsbeschluss, welcher laut der h.L. nicht öffentlich zu beurkunden ist.¹⁷³ Art. 653u Abs. 2 nOR stellt klar, dass er dazu die erforderlichen Bestimmungen erlassen muss, soweit sie nicht im Ermächtigungsbeschluss der GV festgelegt wurden.¹⁷⁴ Diesbezüglich ist der Katalog von Art. 650 Abs. 2 nOR relevant. Für die Aspekte, die zwingend im Ermächtigungsbeschluss der GV festgelegt werden müssen, ist hingegen Art. 653t Abs. 1 nOR einschlägig.¹⁷⁵ Folglich verfügt der VR über die Kompetenz, den Nennbetrag der Kapitalerhöhung (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 nOR)¹⁷⁶, den Ausgabebetrag sowie den Beginn der Dividendenberechtigung (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 nOR) festzulegen und Angaben hinsichtlich möglichen qualifizierten Liberierungsformen (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4–6 nOR) zu treffen. Weiter kann er u.U. im Rahmen des Erhöhungsbeschlusses – sofern eine entsprechende Delegation des Entscheids betr. Bezugsrechtsausschluss erfolgte (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 7)¹⁷⁷ – das Bezugsrecht einschränken oder aufheben (Ziff. 9–10).¹⁷⁸

Die Zeichnung der Aktien erfolgt nach der Regelung von Art. 652 nOR, wobei betr. die Liberierung die üblichen Vorschriften über die Gründung gelten (Art. 652c nOR).¹⁷⁹ Im Rahmen des Kapitalbands möglich sind somit die Barliberierung, die Sacheinlage und die Verrechnungsliberierung.¹⁸⁰ Wenn sich der Ermächtigungsbeschluss der GV nicht dazu äussert, obliegt die Festlegung der Liberierungsart dem VR im Rahmen des Erhöhungsbeschlusses.¹⁸¹ Überdies ist der

¹⁷³ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 376; eingehend dazu VISCHER, S. 323, wonach dies aber nicht partout geklärt ist; GERICKE, Vorentwurf, S. 111; m.w.H. zum anderen Teil der Lehre BÜCHLER, N 333 f.

¹⁷⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653u N 7. Vgl. für die Kompetenzverteilung zwischen GV und VR BÜCHLER, N 361 ff.

¹⁷⁵ Dazu oben, III.A.2.; m.w.H. VON DER CRONE, § 14 N 709, insb. Fn. 1115.

¹⁷⁶ Bei der Festlegung des Nennbetrags hat sich der VR an die obere Grenze des Kapitalbands zu halten (BÜCHLER, N 363).

¹⁷⁷ Siehe unten, IV.A.2.

¹⁷⁸ VON DER CRONE/DAZIO, S. 511; KILCHMANN, S. 290; zum Ganzen auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 376.

¹⁷⁹ VON DER CRONE, § 14 N 710.

¹⁸⁰ Ebenfalls in Betracht kommen die Erhöhung aus frei verwendbarem Eigenkapital i.S.v. Art. 652d nOR und die Liberierung durch Herabsetzung der Liberierungsquote. Zum Ganzen VON DER CRONE, § 14 N 710; VON DER CRONE/DAZIO, S. 511 m.w.H.; SCHENKER, S. 177; AESCHLIMANN/MARTI, S. 868.

¹⁸¹ VON DER CRONE, § 14 N 710; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHLI, § 8 N 186; SCHENKER, S. 174 ff. auch m.w.H. zu Art und Ausgabepreis der auszugebenden Beteiligungspapiere.

VR zuständig für die Erstellung eines Kapitalerhöhungsberichts (Art. 652e nOR), welchen er von einem zugelassenen Revisor prüfen lassen muss (Art. 652f nOR).¹⁸²

Nach jeder Aktienkapitalerhöhung obliegt dem VR gem. Art. 653u Abs. 4 nOR die Pflicht, die erforderlichen Feststellungen zu treffen und die Statuten anzupassen. Aus inhaltlicher Sicht muss der Feststellungsbeschluss den Angaben gem. Art. 652g nOR entsprechen. Sowohl der Beschluss über die Statutenänderung als auch die Feststellungen sind öffentlich zu beurkunden (Art. 653u Abs. 4 nOR) und innert sechs Monaten seit dem Zeitpunkt des Erhöhungsbeschlusses beim Handelsregister zur Eintragung anzumelden.¹⁸³

b. Verfahren bei der Erhöhung aus bedingtem Kapital

Der VR kann von der GV im Rahmen des Kapitalbands auch zur Erhöhung des Aktienkapitals mit bedingtem Kapital ermächtigt werden. Dafür erforderlich sind die Angaben i.S.v. Art. 653b nOR (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 nOR).¹⁸⁴ Dazu kann der VR Wandel- bzw. Optionsanleihen ausgeben, sofern die obere Grenze des Kapitalbands eingehalten wird.¹⁸⁵ Gem. Art. 653c nOR verfügen die Aktionäre zu ihrem Schutz über ein Vorwegzeichnungsrecht beim bedingten Kapital, welches aber ebenfalls – wie das Bezugsrecht¹⁸⁶ – aufgehoben oder beschränkt werden kann. Die Delegation dieses Entscheids an den VR ist analog zu Art. 653t Abs. 1 Ziff. 7 nOR statthaft.¹⁸⁷

Auf die Kapitalerhöhung finden Art. 653e–653i nOR Anwendung. Im Zusammenhang mit dem bedingten Kapital innerhalb des Kapitalbands ist insb. Art. 653i nOR bedeutsam. Demzufolge darf die statutarische Bestimmung bzgl. des bedingten Kapitals erst gestrichen werden, wenn die Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten vorliegt, «dass keine Wandel- oder Optionsrechte mehr ausstehen».¹⁸⁸ Die Norm hat gegenüber Art. 653t Abs. 2 nOR, wonach die

¹⁸² Dieses Vorgehen entspricht der ordentlichen Kapitalerhöhung (KILCHMANN, S. 290).

¹⁸³ Vgl. Art. 650 Abs. 3 nOR. Zum Ganzen statt vieler FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653u N 10 ff.

¹⁸⁴ Vgl. im Detail unten, V.A.2.a.

¹⁸⁵ M.w.H. VON DER CRONE, § 14 N 712.

¹⁸⁶ Hierzu unten, IV.A.2.

¹⁸⁷ VON DER CRONE/DAZIO, S. 512; VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 601; zur Thematik insb. VON DER CRONE, § 14 N 661.

¹⁸⁸ Zum Ganzen VON DER CRONE/DAZIO, S. 512.

Statutenbestimmungen zum Kapitalband nach Ablauf des vorgesehenen Zeitraums zu löschen ist, Vorrang.¹⁸⁹

2. Bezugsrecht der Aktionäre

Die durch das Kapitalband geschaffene Verschiebung der Entscheidungskompetenz von der GV an den VR lässt die Thematik des Bezugsrechts der Aktionäre in den Vordergrund rücken.¹⁹⁰ Der Aktionär hat zwar kein Recht auf ein stets gleich hohes Aktienkapital, doch kommt ihm im Rahmen einer Kapitalerhöhung ein Anspruch auf einen Teil der neu ausgegebenen Aktien entsprechend seiner bisherigen Beteiligung zu (Art. 652b Abs. 1 nOR).¹⁹¹

Das Bezugsrecht darf gem. Art. 652b Abs. 2 nOR nur aus wichtigen Gründen eingeschränkt oder aufgehoben werden.¹⁹² Diese Einschränkung- bzw. Aufhebungsmöglichkeit besteht auch bei den im Rahmen des Kapitalbands durchzuführenden Kapitalerhöhungen, wobei die Voraussetzungen dafür in Art. 653t Abs. 1 Ziff. 7 nOR geregelt sind.¹⁹³ Diese Bestimmung fordert eine statutarische Angabe der wichtigen Gründe,¹⁹⁴ welche die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts gestatten und bezieht sich damit auf die Umschreibung der wichtigen Gründe von Art. 652b Abs. 2 nOR. Zudem erfolgt in Art. 653t Abs. 1 Ziff. 7 nOR die Kodifikation zur Rechtsprechung¹⁹⁵ betr. die Delegation des Bezugsrechtsausschlusses an den VR im Zusammenhang mit der genehmigten Kapitalerhöhung.¹⁹⁶

Erfolgt die Beschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts durch die GV selbst,¹⁹⁷ so müssen die wichtigen Gründe in den Statuten konkret dargelegt werden.¹⁹⁸ Sofern

¹⁸⁹ Vgl. auch oben, III.C.; weiterführend VON DER CRONE/DAZIO, S. 512 f. Sollten die Rechte aus den Wandel- oder Optionsanleihen für eine längere Zeit als das in den Statuten festgelegte Enddatum des Kapitalbands bestehen, kann der Revisor die Bestätigung nicht vornehmen. Zu diesem Widerspruch insb. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653j–653r N 9 und Art. 653g N 6 f.

¹⁹⁰ So VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 600, welche insb. den Schutz der Minderheitsaktionäre festhalten.

¹⁹¹ BÜCHLER, N 23; VON DER CRONE, § 14 N 703; bzgl. des Bezugsrechts im Detail Handbuch-RUDIN, N 52.128 ff.

¹⁹² Das Gesetz nennt dabei eine nicht abschliessende Aufzählung von Bsp.

¹⁹³ VON DER CRONE, § 14 N 703; VON DER CRONE/DAZIO, S. 509.

¹⁹⁴ Vgl. zu den «wichtigen Gründen» z.B. SCHENKER, S. 178 ff.; VISCHER, S. 323.

¹⁹⁵ BGE 121 III 219 E. 1c; vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 295 ff.

¹⁹⁶ Eingehend VON DER CRONE, § 14 N 703.

¹⁹⁷ Erforderlich dazu ist ein qualifiziertes Mehr i.S.v. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4 nOR.

¹⁹⁸ Den Aktionären steht diesfalls eine gerichtliche Überprüfung mittels einer Anfechtungsklage gem. Art. 706 f. OR offen (VON DER CRONE, § 14 N 704; vgl. auch erläuternder Bericht 2014, S. 81).

der Entscheid betr. Bezugsrechtsaufhebung und Bezugsrechtseinschränkung aber an den VR delegiert wird, ist eine abstrakte Umschreibung dieser Gründe vonnöten.¹⁹⁹ Im letztgenannten Fall erfolgt der Entzug oder die Einschränkung – und damit der eigentliche Eingriff in dieses Recht der Aktionäre – *de facto* im Kapitalerhöhungsbeschluss des VR (Art. 653u Abs. 2 nOR).²⁰⁰

B. Kapitalherabsetzungen innerhalb des Kapitalbands

Innerhalb der statutarisch vorgegebenen Grenzen kann der VR Kapitalherabsetzungen durchführen, sofern er dazu ermächtigt wurde.²⁰¹ Hierbei sind sinngemäss die allgemeinen Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung i.S.v. Art. 653j ff. nOR anwendbar (Art. 653u Abs. 5 nOR).

Aus konzeptioneller Sicht stellt eine Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands eine bislang nicht zulässige genehmigte Kapitalherabsetzung dar.²⁰² Es handelt sich deshalb um ein Novum im Schweizer Aktienrecht.²⁰³

1. Herabsetzungsmöglichkeiten

Mögliche Formen von Kapitalherabsetzungen im Rahmen des Kapitalbands sind die ordentliche und die deklarative Kapitalherabsetzung. Letztere kann verwendet werden, wenn die Gesellschaft eine Unterbilanz i.S.v. Art. 653p nOR aufweist.²⁰⁴ Zwecks Sanierung fällt ausserdem der Kapitalschnitt i.S.v. Art. 653q f. nOR in Betracht.²⁰⁵

a. Verfahren bei der ordentlichen Herabsetzung

Auf jede Herabsetzung des Aktienkapitals im Rahmen des Kapitalbands finden die Vorschriften zur Sicherstellung von Forderungen, zum Zwischenabschluss sowie zur Prüfungsbestätigung bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung sinngemäss

¹⁹⁹ Zum Ganzen VISCHER, S. 323; m.w.H. auch SCHENKER, S. 178 f.

²⁰⁰ Siehe im Detail zu einer möglichen Nichtigkeit des VR-Beschlusses im Falle einer Ermessensüberschreitung VON DER CRONE/DAZIO, S. 509 f. sowie VON DER CRONE, § 14 N 705.

²⁰¹ Dazu oben, III.A.1., III.A.2.c.

²⁰² Z.B. GERICKE, GesKR 2008, S. 42.

²⁰³ VON DER CRONE, Bericht, S. 4.

²⁰⁴ VON DER CRONE/DAZIO, S. 513 m.w.H.; vgl. dazu auch Botschaft 2016, 510 f. Dies gilt vorbehaltlich einer davon abweichenden Statutenbestimmung (siehe Art. 653s Abs. 3 Satz 1 und Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3 nOR; VON DER CRONE/DAZIO, S. 513 Fn. 88).

²⁰⁵ VON DER CRONE, § 14 N 717. Eingehend zu diesen Formen im Sanierungsfall DERS., § 14 N 683 ff.

Anwendung (Art. 653u Abs. 3 nOR).²⁰⁶ Demnach hat der VR zuerst einen Schuldenruf durchzuführen, gegebenenfalls die Forderungen der Gläubiger sicherstellen zu lassen,²⁰⁷ und u.U. einen Zwischenabschluss zu erstellen. Ein Revisionsexperte prüft den allfälligen Abschluss sowie das Ergebnis des Schuldenrufs (Art. 653k–653m nOR).²⁰⁸

Der VR fasst in der Folge einen Kapitalherabsetzungsbeschluss, der keiner öffentlichen Beurkundung bedarf.²⁰⁹ Er erlässt insoweit die erforderlichen Bestimmungen, als dass diese nicht bereits im Ermächtigungsbeschluss der GV enthalten sind (Art. 653u Abs. 2 nOR). Vorbehaltlich des Inhalts des Ermächtigungsbeschlusses bestimmt der VR nach Art. 653n nOR den Nennbetrag der Herabsetzung (Ziff. 1), die Art und Weise der Durchführung (Ziff. 2)²¹⁰ sowie die Verwendung des Herabsetzungsbetrages (Ziff. 3).²¹¹ Der zugelassene Revisionsexperte hat im Übrigen der Sitzung zwingend beizuwohnen, an welcher der VR den Kapitalherabsetzungsbeschluss fasst.²¹²

Der VR hat nach jeder Kapitalherabsetzung die Statuten mittels öffentlicher Urkunde zu ändern und die erforderlichen Feststellungen vorzunehmen (Art. 653u Abs. 4 nOR). Letztere beziehen sich darauf, dass die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen im Feststellungszeitpunkt eingehalten sind und die notwendigen Belege dem VR vorgelegen haben.²¹³ Letztlich muss die Kapitalherabsetzung innert sechs Monaten seit Herabsetzungsbeschluss beim zuständigen Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden.²¹⁴

²⁰⁶ Damit kann – im Unterschied zum ursprünglich vorgelagerten Gläubigerschutzsystem – sichergestellt werden, dass der Gläubigerschutz auch fünf Jahre nachdem das Kapitalband geschaffen wurde, noch intakt ist (SCHWEIGHOFER, S. 124; i.w.S. auch AB NR 2018 N 1106). Kritisch GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020, S. 327.

²⁰⁷ Analog Art. 653k nOR. Siehe dazu m.w.H. KILCHMANN, S. 290 Fn. 40.

²⁰⁸ Zu diesem Prozess eingehend unten, IV.B.2.b.; VON DER CRONE, § 14 N 713.

²⁰⁹ Näheres bei VISCHER, S. 324; KILCHMANN, S. 290.

²¹⁰ Möglich ist die Kapitalherabsetzung gem. Art. 653j Abs. 2 nOR durch die Herabsetzung des Nennwerts oder die Vernichtung von Aktien (KILCHMANN, S. 290).

²¹¹ Siehe oben, III.A.2. Zum Ganzen m.w.H. VON DER CRONE, § 14 N 714; KILCHMANN, S. 290.

²¹² Darauf kann – anders als die Aktionäre bei der GV – nicht verzichtet werden (VON DER CRONE/DAZIO, S. 515). Zu dieser Thematik auch unten, IV.B.2.b.; i.w.S. unten, Fn. 240.

²¹³ Vgl. Art. 653o Abs. 1 nOR. Zum Ganzen VON DER CRONE, § 14 N 715.

²¹⁴ Art. 653j Abs. 4 nOR analog (KILCHMANN, S. 290).

b. Verfahren in Sanierungskonstellationen

Auch innerhalb des Kapitalbands besteht zwecks Sanierung einer Gesellschaft die Möglichkeit, von den erleichterten Verfahren der deklarativen Kapitalherabsetzung²¹⁵ und des Kapitalschnitts²¹⁶ Gebrauch zu machen.²¹⁷ Das bisherige Recht verlangte für diese beiden Formen jeweils einen Beschluss der GV. Aufgrund der Aktienrechtsrevision 2020 bzw. im Rahmen des Kapitalbands ist es dem VR ohne Zutun der GV möglich, vorgenannte Massnahmen in Sanierungssituationen zu beschliessen und durchzuführen.²¹⁸ Für den Kapitalschnitt waren bislang gar zwei GV-Beschlüsse notwendig.²¹⁹ Im Rahmen eines zweiseitigen Kapitalbands²²⁰ kann der VR nun ohne Beizug der GV einen Kapitalschnitt durchführen, sofern die neu auszugebenden Aktien vollumfänglich gezeichnet sind.²²¹ Es gilt zu berücksichtigen, dass die untere Grenze bzw. das Mindestkapital von CHF 100'000.- auch im Rahmen der Harmonika nicht unterschritten werden darf.²²² Da das Kapital im Rahmen des Kapitalbands nur um die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals herabgesetzt werden kann,²²³ ist ein vollständiger Kapitalschnitt durch den VR ausgeschlossen.²²⁴

2. Gläubigerschutzvorkehrungen

Ein Aspekt, der in Bezug auf das Kapitalband ausgiebig und insb. im Rahmen einer damit verbundenen Kapitalherabsetzung diskutiert wurde, ist der Gläubigerschutz.²²⁵

²¹⁵ Anwendung findet auch im Rahmen des Kapitalbands Art. 653p nOR und seine Voraussetzungen (siehe insb. VON DER CRONE/DAZIO, S. 513).

²¹⁶ Vgl. zum Verfahren Art. 653q f. nOR.

²¹⁷ VON DER CRONE, § 14 N 717.

²¹⁸ Zum Ganzen m.w.H. VON DER CRONE, § 14 N 717.

²¹⁹ Hierzu u.a. VON DER CRONE, § 24 N 2019 m.w.H.

²²⁰ Vgl. oben, III.A.2.c.

²²¹ VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen, S. 23 Fn. 156. Vorbehalten bleibt eine davon abweichende Statutenbestimmung (VON DER CRONE/DAZIO, S. 514 Fn. 92; eingehend dazu RIEDER, N 436 ff.).

²²² So die Botschaft 2016, 513; VON DER CRONE/DAZIO, S. 514; a.M. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653q N 11 f., wonach die Harmonika ein «einheitlicher Vorgang» darstellt und die Unterschreitung der Untergrenze «für eine logische Sekunde» zulässig sei.

²²³ Siehe oben, III.A.2.a.

²²⁴ Eingehend RIEDER, N 439 f.

²²⁵ Ursprünglich sah der Entwurf des BR ein in zeitlicher Hinsicht vorgelagerter Gläubigerschutz vor (Art. 653w Abs. 2 E-OR). Dieser hätte zur Folge gehabt, dass das Aktienkapital innerhalb des Kapitalbands später reduziert werden kann, ohne dass die Gläubiger zusätzlich aufgefordert würden bzw. ohne eine weitere Prüfungsbestätigung (VON DER CRONE/MOHASSEB, S. 783 f.). Siehe dazu auch VON DER CRONE, § 14 N 722 Fn. 1154; m.w.H. VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 599 f. Der vorgelagerte Gläubigerschutz wurde jedoch vom Parlament abgelehnt. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 6; DIES., Schlussrunde, N 15 Fn. 18 befürworten, dass diese Regelung gestrichen wurde.

In dem Masse, in welchem das Kapitalband dem VR Spielraum verleiht, hat dies auch Auswirkungen auf die Stellung der Gläubiger.²²⁶ M.a.W. besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach einer flexibleren Kapitalstruktur bzw. Eigenkapitalbeschaffung und den Kapitalschutzinteressen der Gläubiger.²²⁷ Eine Kapitalherabsetzung geht im Falle eines Mittelabflusses mit der Reduktion des Eigenkapitals und damit auch des Haftungssubstrats einher,²²⁸ und stellt daher zwangsläufig einen für die Gläubiger potentiell kritischen Vorgang dar.²²⁹

Vor diesem Hintergrund war es ein Anliegen des Gesetzgebers, den Schutz der Gläubigerinteressen auch bei Kapitalherabsetzungen im Rahmen des Kapitalbands zu gewährleisten.²³⁰ So wird die durch das Kapitalband geschaffene Flexibilisierung kombiniert mit den nachfolgend erläuterten Gläubigerschutzmassnahmen bei der Schaffung des Kapitalbands, bei der Durchführung der Kapitalherabsetzung und nach erfolgter Kapitalherabsetzung.²³¹

a. Bei der Schaffung des Kapitalbands

Das gesetzliche Mindestkapital gem. Art. 621 Abs. 1 nOR kommt den Interessen der Gläubiger im Falle der Einführung eines Kapitalbands zugute, indem die untere Grenze des Kapitalbands mind. dieser Höhe entsprechen muss.²³² Darüber hinaus darf der VR nur zur Kapitalherabsetzung ermächtigt werden, sofern zumindest eine eingeschränkte Revision der Jahresrechnung vorgesehen ist, was ebenfalls dem Schutz der Gläubigerinteressen dient (Art. 653s Abs. 4 nOR).²³³

b. Bei der Kapitalherabsetzung

Der Gesetzgeber hat sich mit Art. 653u Abs. 3 nOR dazu entschieden, ordentliche Kapitalherabsetzungen im Rahmen des Kapitalbands sinngemäss²³⁴ denselben

²²⁶ SCHENKER, S. 170.

²²⁷ VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 599.

²²⁸ Statt vieler VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 599 f.; KENEL, S. 41.

²²⁹ Hingegen sind Kapitalerhöhungen aus Gläubigerperspektive vorteilhaft, weil sich die Mittel der Gesellschaft erhöhen (eingehend dazu SCHENKER, S. 187).

²³⁰ RIEDER, N 434.

²³¹ VON DER CRONE, § 14 N 722.

²³² Siehe dazu auch oben, III.A.2.a.; m.w.H. zum Gläubigerschutz bei der Einführung des Kapitalbands VON DER CRONE, § 14 N 723. Sinn und Zweck des Aktienkapitals – dem die Funktion einer Sperrquote zukommt – ist vornehmlich der Schutz der Gläubiger. Näheres dazu bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 59; BÜCHLER, N 9 ff.

²³³ Dazu oben, III.A.1.; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2017, S. 28. Siehe zu den Gründen insb. auch Botschaft 2016, 517.

²³⁴ Vgl. zur «sinngemässen» Anwendung VON DER CRONE/DAZIO, S. 511 Fn. 66.

Schutzbestimmungen wie denjenigen der ordentlichen Kapitalherabsetzung zu unterstellen. Dies hat eine analoge Anwendung der Art. 653k–653m nOR zur Folge.²³⁵

Gem. Art. 653k nOR hat ein Schuldenruf durch einmalige Veröffentlichung im SHAB zu erfolgen und die Forderungen der Gläubiger sind – sofern sie dies verlangen – sicherzustellen.²³⁶ Sollte der Bilanzstichtag im Zeitpunkt, in welchem der VR die Kapitalherabsetzung beschliesst, mehr als sechs Monate zurückliegen, bedarf es zusätzlich der Erstellung eines Zwischenabschlusses (Art. 653l nOR).²³⁷ Die schriftliche Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten i.S.v. Art. 653m Abs. 1 nOR, dass die Forderungen der Gläubiger trotz Aktienkapitalherabsetzung voll gedeckt sind, stellt eine weitere dem Gläubigerschutz dienende Massnahme dar.²³⁸ Wie bereits erwähnt muss der Revisor zudem der VR-Sitzung beiwohnen, an welcher Beschluss über den Vollzug der im Rahmen des Kapitalbands stattfindenden Kapitalherabsetzung gefasst wird (Art. 653m Abs. 2 Satz 2 nOR). Darauf kann der VR bei einer Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands – im Unterschied zu den Aktionären in einer GV, welche eine ordentliche Kapitalherabsetzung beschliessen²³⁹ – nicht verzichten.²⁴⁰

Das dargestellte Verfahren ist bei jeder Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands zu durchlaufen.²⁴¹

c. Nach der Kapitalherabsetzung

Letztlich muss der Anhang der Jahresrechnung alle Kapitalerhöhungen sowie -herabsetzungen aufführen, welche der VR innerhalb des Kapitalbands durchgeführt

²³⁵ VON DER CRONE/DAZIO, S. 515; eingehend zu diesem Verfahren VON DER CRONE, § 14 N 675 f.

²³⁶ Ob der Schuldenruf i.S.v. Art. 653k nOR auch bei Kapitalherabsetzungen im Rahmen des Kapitalbands erforderlich ist, ist unklar. Aufgrund des Konzepts grds. verneinend GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020, S. 327; wohl a.M. z.B. VON DER CRONE, § 14 N 713.

²³⁷ VON DER CRONE, § 14 N 724; im Detail auch VON DER CRONE/DAZIO, S. 515.

²³⁸ VON DER CRONE, § 14 N 724. Zur Prüfungsbestätigung bei den anderen Kapitalveränderungsformen VON DER CRONE/DAZIO, S. 515 f.

²³⁹ Dazu FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653m N 7.

²⁴⁰ Dazu eingehend VON DER CRONE/DAZIO, S. 515 Fn. 111 m.w.H. bzgl. des Falles, in dem der Revisionsexperte unzulässigerweise nicht anwesend ist. Der Schuldenruf und die Prüfungsbestätigung können bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung vor oder nach dem Herabsetzungsbeschluss der GV stattfinden. Gem. KILCHMANN, S. 290 gilt Entsprechendes aufgrund von Art. 653u Abs. 3 nOR auch bzgl. des Herabsetzungsbeschlusses des VR im Rahmen eines Kapitalbands. Demnach wäre die Anwesenheit des zugelassenen Revisionsexperten an der Sitzung nicht erforderlich, wenn der Schuldenruf und die Prüfung nach dem Herabsetzungsbeschluss des VR erfolgt.

²⁴¹ SCHWEIGHOFER, S. 124.

hat, sofern sich diese Angaben nicht schon aus der Bilanz oder der Erfolgsrechnung ergeben (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 15 nOR).²⁴² Der Anhang gehört – wie auch die Bilanz und die Erfolgsrechnung – zur Jahresrechnung,²⁴³ welche durch die Revisionsstelle geprüft wird.²⁴⁴ Demgemäss sind die im Rahmen des Kapitalbands durchgeführten Kapitalveränderungen indirekt Gegenstand dieser Prüfung. Auch darin ist eine Stärkung des Gläubigerschutzes zu erkennen, nachdem die Veränderung des Aktienkapitals bereits durchgeführt wurde.²⁴⁵ Gesellschaften, welche sich für ein Opting-out entschieden haben, kommen zwar nicht in den Genuss einer (eingeschränkten) Prüfung der Jahresrechnung. Wie bereits erwähnt ist in diesem Fall jedoch bloss eine Ermächtigung des VR zu Kapitalerhöhungen zulässig. Eine Kapitalherabsetzung – und damit die hauptsächliche Gefährdung der Gläubigerinteressen – ist diesfalls ohnehin nicht möglich.²⁴⁶ Die Revisionsstelle ist zudem verpflichtet, eine allfällige durch eine Kapitalveränderung verursachte Verletzung von Gesetz oder Statuten im Revisionsbericht aufzuführen.²⁴⁷ Schliesslich haben die Gläubiger Zugang zur Jahresrechnung und zum Revisionsbericht (Art. 958e nOR). Gem. VON DER CRONE/DAZIO zeitigt dieses Einsichtsrecht zusammen mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit prophylaktische Wirkung.²⁴⁸

C. Würdigung

1. Allgemeines

In diesem Kapitel wurde dargelegt, dass es dem VR durch die Schaffung eines Kapitalbands²⁴⁹ *de lege ferenda* möglich sein wird, das Eigenkapital optimal und zeitnah dem Kapitalbedarf sowie der Geschäftsentwicklung anzupassen.²⁵⁰ Wie erläutert, erfolgt die erweiterte Flexibilisierung aus rechtlicher Sicht insb. auf Verfahrensebene.²⁵¹ Dem VR kommt durch ein Kapitalband ein erweiterter Spielraum

²⁴² KILCHMANN, S. 292; VON DER CRONE, § 14 N 725.

²⁴³ Vgl. Art. 958 Abs. 2 Satz 2 OR.

²⁴⁴ Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 resp. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

²⁴⁵ GERICKE, Vorentwurf, S. 110; VON DER CRONE, § 14 N 725.

²⁴⁶ Eingehend VON DER CRONE/DAZIO, S. 516.

²⁴⁷ Art. 728b resp. Art. 729b OR.

²⁴⁸ Zum Ganzen VON DER CRONE/DAZIO, S. 516.

²⁴⁹ Dazu oben, III.A.

²⁵⁰ BÜCHLER, N 535.

²⁵¹ So GERICKE, GesKR 2008, S. 38. Zudem bringt das Kapitalband insb. auch betr. die Zuständigkeit Flexibilität mit sich (BÜCHLER, N 538).

zu, wodurch dieser Kapitalveränderungen durchführen kann, ohne erneut auf die GV zurückgreifen zu müssen.

Die Verweise auf die Bestimmungen betr. die ordentliche bzw. bedingte Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung, welche nach Art. 653u Abs. 5 nOR sinngemäss Anwendung finden, stehen laut gewissen Stimmen der Doktrin in einem Spannungsverhältnis zur angestrebten Gestaltungsfreiheit des VR. Sinn und Zweck könne dabei gerade nicht sein, die Gestaltungsfreiheit des VR zu umgehen.²⁵² Gem. der vorliegend vertretenen Auffassung ist die Vorschrift hingegen positiv zu werten und geradezu geboten, da dadurch – trotz der durch das Kapitalband vorgenommenen Kompetenzabtretung – die Wahrung der Gläubiger- und Aktionärsinteressen sichergestellt und an den bei den ordentlichen Kapitalveränderungsverfahren vorherrschenden Schutz angeglichen werden kann.²⁵³ Das Kapitalband hat zwar die Fähigkeit, die Flexibilität der Kapitalbasis zu verbessern, doch lässt dies im Gegenzug auch den Schutz von Gläubigern und Aktionären in den Vordergrund treten.²⁵⁴

2. Erhöhung und Bezugsrecht im Besonderen

Je nach dem, was die GV im Rahmen des Ermächtigungsbeschlusses bereits festgelegt hat, verfügt der VR über eine massgebliche Kompetenz, gewisse Einzelheiten im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung zu bestimmen.²⁵⁵ Im Schrifttum stösst insb. die Delegationsmöglichkeit des Bezugsrechtsausschlusses an den VR teils auf Kritik mit der Begründung, dass der Aktionärsschutz nicht mehr vollumfänglich gewährleistet sei.²⁵⁶ VON DER CRONE/DAZIO pflichten dem nicht bei. Vielmehr erachten sie die bestehenden Möglichkeiten der Nichtigkeit von VR-Beschlüssen und der Verantwortlichkeitsklage gegen den VR als ausreichenden Schutz.²⁵⁷

Gem. dem vorliegend vertretenen Standpunkt darf der Ermessensspielraum, der dem VR beim Bezugsrechtsausschluss bzw. beim Entscheid, ob die wichtigen Gründe als gegeben erachtet werden, nicht unterschätzt werden. Gleichwohl handelt es sich nicht

²⁵² Siehe dazu GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020, S. 327.

²⁵³ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653u N 9.

²⁵⁴ Mit Blick auf IV.B.2., IV.C.2., IV.C.3.; eingehend SCHENKER, *passim*.

²⁵⁵ Vgl. oben, IV.A.1.a. Zu beachten ist, dass diese Aspekte bei einer Kapitalerhöhung ausserhalb des Kapitalbands von der GV festgelegt werden müssen (siehe Art. 650 Abs. 2 nOR).

²⁵⁶ Eingehend dazu BÖCKLI, GesKR, S. 140, der von einer «ernstzunehmenden Lücke des Rechtsschutzes» spricht; im Detail auch SCHENKER, S. 180, der u.a. auch damit argumentiert, dass das «Kräfteverhältnis zwischen VR und Aktionären» u.U. beachtlich umgeformt werde, wenn der Entscheid betr. Entzug des Bezugsrechts an den VR delegiert wird (S. 170).

²⁵⁷ M.w.H. VON DER CRONE/DAZIO, S. 510.

um eine «carte blanche» für den VR,²⁵⁸ und die GV hat es bei der Schaffung eines Kapitalbands selbst in der Hand, aus welchen Gründen der VR dereinst das Bezugsrecht ausschliessen darf.²⁵⁹ Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Diskussion über die Delegation des Bezugsrechtsausschlusses bei der genehmigten Kapitalerhöhung gezeigt hat, dass eine Ermächtigung zur Kapitalerhöhung, welche ohne entsprechende Delegation des Bezugsrechtsausschlusses einhergeht, praktisch obsolet bleibt.²⁶⁰ Aufgrund dessen ist die kodifizierte Delegationsmöglichkeit im Kontext des Kapitalbands der vorliegend vertretenen Ansicht nach begrüssenswert.

3. Herabsetzung und Gläubigerschutz im Besonderen

SCHWEIGHOFER bedauert insb. die sinngemässe Anwendung des Verfahrens betr. die ordentliche Kapitalherabsetzung auf Herabsetzungen innerhalb des Kapitalbands, da dies dem Sinn und Zweck des Kapitalbands nicht gerecht werde und postuliert vielmehr für ein vereinfachtes Kapitalherabsetzungsverfahren. Die einzige Erleichterung im Unterschied zu einer ordentlichen Herabsetzung ist, dass es im Rahmen des Kapitalbands keines zusätzlichen GV-Beschlusses mehr bedarf.²⁶¹

Was den Gläubigerschutz *in concreto* betrifft, ist zunächst anzumerken, dass dieser im Unterschied zum Entwurf erhöht wurde.²⁶² Dem VR wäre es aufgrund des vorgelagerten Gläubigerschutzes (Art. 653w Abs. 2 E-OR) möglich gewesen, innerhalb des Kapitalbands Herabsetzungen durchzuführen, ohne unmittelbar vorher einen Schuldenruf vorzunehmen und eine Prüfungsbestätigung des Revisors einzuholen. Der tatsächliche Gläubigerschutz wäre vielmehr auf den Zeitpunkt vor der statutarischen Einführung des Kapitalbands verschoben worden.²⁶³ Im Zusammenhang mit der fünfjährigen Maximaldauer hätte die Gefahr bestanden, dass sich die Vermögenslage der AG in der Zwischenzeit elementar verändern würde, weshalb dieses Konzept verworfen wurde.²⁶⁴ Die finale Fassung enthält nun ein Gläubigerschutzkonzept, das nach Vorlage desjenigen bei der ordentlichen

²⁵⁸ Vgl. VON DER CRONE, § 14 N 660 m.w.H.

²⁵⁹ Dazu oben, IV.A.2.

²⁶⁰ Zu dieser Diskussion im Detail VON DER CRONE, § 14 N 660; siehe auch BGE 121 III 219 E. 1d/cc.

²⁶¹ Zum Ganzen SCHWEIGHOFER, S. 124 f.

²⁶² POGGIO, S. 662 und dort auch Fn. 11.

²⁶³ Eingehend und mit entsprechender Kritik FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 6; FORSTMOSER/KÜCHLER, SJZ, S. 80 f.; VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 599 f.

²⁶⁴ VON DER CRONE/MOHASSEB, S. 783 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Vorbem. zu Art. 653s–653v N 6; ebenfalls kritisch dazu war BÖCKLI, GesKR, S. 139; siehe z.B. auch AB NR 2018 N 1106.

Kapitalherabsetzung ausgestaltet wurde.²⁶⁵ In der Lehre wird teils bedauert, dass die durch das Kapitalband im Grundsatz angestrebte Flexibilität mit den vorgesehenen Gläubigerschutzmassnahmen wieder abgeschwächt wird, da diese dem Konzept dieses Instrumentariums zuwiderlaufen würden.²⁶⁶ Andere Autoren hingegen begrüßen das beschlossene Gläubigerschutzkonzept; insb., dass der Gläubigerschutz erst dann greift, wenn das Aktienkapital auch wirklich herabgesetzt wird und nicht bereits bei Schaffung des Kapitalbands.²⁶⁷

Um das Verfahren der Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands zu würdigen, muss die angestrebte Flexibilität den zu wahrenen Gläubigerinteressen gegenübergestellt werden. Das vorgesehene Gläubigerschutzkonzept für Kapitalherabsetzungen im Rahmen des Kapitalbands ist zwar gegenüber dem vorgelagerten Gläubigerschutz aufwändiger und starrer,²⁶⁸ doch stellt es gem. der hier vertretenen Auffassung eine zu befürwortende Lösung dar. Da dem Aktienkapital hinsichtlich des Gläubigerschutzes eine grosse Bedeutung zukommt²⁶⁹ und es durch die statutarische Schaffung eines Kapitalbands variabler wird,²⁷⁰ ist die Ausgestaltung der Gläubigerschutzmassnahmen zentral. Dass damit ein Verlust der mit dem Kapitalband angestrebten Flexibilität im Bereich des Kapitalveränderungsverfahrens einhergeht,²⁷¹ ist einleuchtend. Indem bei einer Kapitalherabsetzung innerhalb eines Kapitalbands die üblichen Vorschriften von Art. 653k–653m nOR sinngemäss anzuwenden sind, entbehrt dies der Flexibilität, welche die Hauptintention für die Einführung dieses neuen Instituts war. Die Reaktionsgeschwindigkeit und der Handlungsspielraum des VR werden vermindert. Insofern hat der Gesetzgeber das anvisierte Ziel eines flexibleren Verfahrens in dieser Hinsicht nicht im gewünschten Ausmass erreicht. Andererseits sorgt die Vorschrift von Art. 653u Abs. 3 nOR trotz Kompetenzabtretung an den VR für einen angemessenen Gläubigerschutz.²⁷² Nach der

²⁶⁵ Vgl. Art. 653u Abs. 3 nOR und oben, IV.B.2.b. Kritisch dazu GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020, S. 327, welche aber die Tatsache begrüßen, dass wenigstens kein separater Beschluss der GV nötig ist, um eine Kapitalherabsetzung im Rahmen eines Kapitalbands durchzuführen.

²⁶⁶ So z.B. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020, S. 327.

²⁶⁷ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653u N 8.

²⁶⁸ Vgl. oben, IV.B.2.b.

²⁶⁹ Dazu im Detail SCHENKER, S. 182; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 59, N 75.

²⁷⁰ Laut GERICKE, GesKR 2008, S. 38 handelt es sich aber nicht um eine «eigentliche Variabilität der Kapitalstruktur». Vgl. auch VON DER CRONE, Bericht, S. 13, der davon spricht, dass eine AG «an Stelle eines festen Kapitals ein Kapitalband vorsehen» kann.

²⁷¹ Insb. durch den Schuldenruf i.S.v. Art. 653k sowie die Prüfungsbestätigung nach Art. 653m. Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653u N 8.

²⁷² FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653u N 8 f.

vorliegend vertretenen Ansicht ist es angebracht, dass das Interesse an Flexibilität gegenüber den Gläubigerinteressen zurücktreten muss. Die Flexibilität und der erweiterte Handlungsspielraum des VR sind dennoch ersichtlich.²⁷³ Sowohl den Gläubigerinteressen als auch dem Sinn und Zweck des Kapitalbands wurden seitens des Gesetzgebers Beachtung geschenkt, was zu begrüßen ist.

Schliesslich gilt zu berücksichtigen, dass das Kapitalband sowohl für Aktionäre als auch für Gläubiger Gefahren darstellen kann.²⁷⁴ Das Aktionariat wird sich vermutlich davor hüten, für eine Kapitalbandbestimmung zu stimmen, welche eine beträchtliche Kompetenzerweiterung des VR – u.U. mit Kompetenz zum Bezugsrechtsentzug – zur Folge hat.²⁷⁵ Auch Kreditgeber könnten in den Darlehensverträgen z.B. entsprechende Klauseln integrieren, die Herabsetzungen innerhalb des Kapitalbands verbieten.²⁷⁶ In der Praxis wird sich künftig zeigen, ob ein Bedürfnis nach einer genehmigten Kapitalherabsetzung besteht, gibt es doch bereits jetzt zweifelnde Stimmen.²⁷⁷

Auffallend ist, dass in der rechtlichen und politischen Diskussion mehrheitlich der Gläubiger- und nicht der Aktionärsschutz thematisiert wurde. Gem. SCHENKER sind die Minderheitsaktionäre im Falle der flexiblen Kapitalausstattung und der Kompetenzverlagerung betr. Ausschluss der Bezugsrechte aber ebenfalls gefährdet.²⁷⁸

²⁷³ Mit Blick auf oben, IV. Siehe für ein Bsp., das den Spielraum des VR verdeutlichen soll, z.B. erläuternder Bericht 2014, S. 90.

²⁷⁴ Siehe oben, IV.C.2.

²⁷⁵ SCHENKER, S. 170 f., S. 191.

²⁷⁶ Eingehend SCHENKER, S. 171.

²⁷⁷ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Schlussrunde, N 17; VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 600 Fn. 108, welche der Ansicht sind, dass Aktionäre bereits hinsichtlich der Schaffung von genehmigtem Kapital zurückhaltend sind; a.M. wohl BÖCKLI, SJZ, wonach diese «für die Praxis eine prozedurale Erleichterung - eine Nachführung unseres Gesellschaftsrechts» darstellt.

²⁷⁸ Hierzu im Detail SCHENKER, S. 189.

V. Verhältnisfragen

A. Andere Kapitalveränderungsformen

Wie bereits erwähnt wurde das Institut der genehmigten Kapitalerhöhung im Zuge der Aktienrechtsreform aufgehoben. Die übrigen Kapitalveränderungsformen sind auch im neuen Aktienrecht enthalten, weshalb es hiernach das Verhältnis zum Kapitalband zu klären gilt.²⁷⁹

1. Ordentliche Erhöhung

Sofern eine AG in ihren Statuten ein Kapitalband vorgesehen hat und die GV während der Ermächtigungsfrist eine ordentliche Kapitalerhöhung beschliesst, fällt der Beschluss über das Kapitalband *ex lege* dahin (Art. 653v Abs. 1 nOR).²⁸⁰ Die Aktionäre können jedoch anlässlich derselben GV das Kapitalband bestätigen oder später wieder eines einführen.²⁸¹ Hinsichtlich der oberen und unteren Grenze ist allerdings das erhöhte Aktienkapital zu berücksichtigen.²⁸²

2. Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital

Anders als die genehmigte Kapitalerhöhung, welche mit Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen gestrichen wird, bleiben die Regelungen betr. bedingtes Kapital bestehen.²⁸³ Die Bestimmungen des Vorentwurfs²⁸⁴ und des Entwurfs²⁸⁵ über das Verhältnis zwischen dem Kapitalband und der Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital wurden in der Literatur eingehend diskutiert und als unbefriedigend angesehen.²⁸⁶ Infolgedessen ist aus den Beratungen eine explizite Regelung in Art. 653v Abs. 2 nOR

²⁷⁹ VON DER CRONE, § 14 N 726.

²⁸⁰ Infolgedessen hat eine Anpassung der Statuten zu erfolgen (Art. 653v Abs. 1 nOR). Siehe hierzu auch oben, III.C.

²⁸¹ Botschaft 2016, 516; statt vieler FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653v N 7.

²⁸² VON DER CRONE/DAZIO, S. 516; VON DER CRONE/ANGSTMANN, S. 610.

²⁸³ SCHENKER, S. 180; GERICKE, SSHW, S. 118.

²⁸⁴ Siehe Art. 653s Abs. 4 VE-OR.

²⁸⁵ Siehe Art. 653v E-OR. Zum Vorentwurf und Entwurf FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653v N 3 f.

²⁸⁶ VON DER CRONE, § 14 N 728; BÜCHLER, N 539. Vgl. auch GERICKE, SSHW, S. 118 ff.; VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 598 f., die darauf hinweisen, dass es keine Koordinationsprobleme zwischen der genehmigten Kapitalerhöhung und dem bedingten Kapital gibt.

hervorgegangen,²⁸⁷ welche differenziert, ob bedingtes Kapital innerhalb oder ausserhalb des Kapitalbands eingeführt werden soll.²⁸⁸

a. *Bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands*

In dieser Konstellation umfasst die Ermächtigung des VR zu Kapitalerhöhungen im Rahmen eines bestehenden Kapitalbands aus inhaltlicher Sicht auch das bedingte Kapital (Art. 653v Abs. 2 Satz 2).²⁸⁹ Die Kapitalbandbestimmung muss sich dazu jedoch explizit äussern und die notwendigen Angaben i.S.v. Art. 653b nOR²⁹⁰ aufweisen (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 nOR²⁹¹).²⁹² Aufgrund dieser Kompetenzeräumung ist es dem VR daraufhin möglich, das Kapitalband ebenso für die Schaffung von bedingtem Kapital zu verwenden. Dies hat zur Folge, dass der Betrag, der im Rahmen des Kapitalbands für Erhöhungen vorgesehen wurde, im Umfang des bedingten Kapitals nicht mehr zur Verfügung steht.²⁹³

Die Einführung von bedingtem Kapital innerhalb des Kapitalbands bedingt zwingend die Einhaltung der oberen Grenze des Kapitalbands, da diese «die Ermächtigung des VR in absoluter Weise beschränkt».²⁹⁴ M.a.W. kommt es – anders als bei der bedingten Kapitalerhöhung ausserhalb des Kapitalbands – nicht zu einer Verschiebung der oberen Grenze.²⁹⁵

b. *Bedingtes Kapital ausserhalb des Kapitalbands*

Als weitere Möglichkeit kann sich die GV für bedingtes Kapital ausserhalb des Kapitalbands entscheiden (Art. 653v Abs. 2 Satz 1 nOR). Dabei handelt es sich um eine vom Kapitalband getrennte Ermächtigung des VR.²⁹⁶ Bei der Kapitalerhöhung

²⁸⁷ Begrüssend VON DER CRONE/MOHASSEB, S. 785; BAUM, S. 56.

²⁸⁸ VON DER CRONE, § 14 N 728. Zum Verhältnis eingehend BAUM, *passim*.

²⁸⁹ Siehe dazu auch oben, IV.A.1.b.; REUTTER/HAMMER, S. 303.

²⁹⁰ So z.B. den Nennbetrag des bedingten Kapitals nach Art. 653b Abs. 1 Ziff. 1 nOR (im Detail VON DER CRONE/DAZIO, S. 512).

²⁹¹ Gem. Schrifttum spricht diese Bestimmung einzig den Fall des bedingten Kapitals innerhalb des Kapitalbands an. Siehe REUTTER/HAMMER, S. 303; SCHENKER, S. 180; BAUM, S. 48 f. Vgl. auch Art. 653g Abs. 2 *in fine* nOR.

²⁹² SCHENKER, S. 180; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653t N 14.

²⁹³ Dazu im Detail SCHENKER, S. 180; REUTTER/HAMMER, S. 304.

²⁹⁴ Ausführlich BAUM, S. 49 ff.

²⁹⁵ GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020, S. 327; siehe unten, V.A.2.b. Eine Anpassung des Kapitalbands ist diesfalls nicht erforderlich (FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653g N 5). Anders beim bedingten Kapital ausserhalb des Kapitalbands, siehe unten, Fn. 297.

²⁹⁶ Die entsprechende Klausel bzgl. einer allfälligen Erhöhung aus bedingtem Kapital ist eigenständiger Natur. Siehe im Detail REUTTER/HAMMER, S. 303; ähnlich VON DER CRONE/CATHOMAS, S. 599.

aus bedingtem Kapital ausserhalb des Kapitalbands erhöht sich die in den Statuten festgelegte obere und untere Grenze in demjenigen Umfang, in welchem das Aktienkapital *de facto* durch die Ausübung der Wandel- oder Optionsrechten erhöht wurde (Art. 653v Abs. 2 Satz 1 nOR).²⁹⁷ Eine bedingte Kapitalerhöhung ausserhalb des Kapitalbands bewirkt keine Einschränkung des Spielraums für Kapitalerhöhungen im Kapitalband, da die Bandbreite gleich hoch bleibt.²⁹⁸ Der Handlungsspielraum des VR kann gar vergrössert werden, indem das bisherige Kapitalband durch ein neues ersetzt wird. In dieser Hinsicht ist für die Berechnung der oberen und unteren Grenze vom erhöhten Aktienkapital als Bezugsgrösse auszugehen. Eine bedingte Kapitalerhöhung ausserhalb des Kapitalbands ermöglicht somit ein breiteres Kapitalband.²⁹⁹

3. Ordentliche Herabsetzung

Wenn die GV während der Ermächtigungsdauer eine ordentliche Kapitalherabsetzung beschliesst, hat dies das Dahinfallen des Beschlusses über das Kapitalband zur Folge, woraufhin die Statuten entsprechend anzupassen sind (Art. 653v Abs. 1 nOR).³⁰⁰ Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zum Verhältnis zur ordentlichen Kapitalerhöhung verwiesen werden.³⁰¹

B. Rückkauf von Aktien

Gem. Art. 653j Abs. 2 nOR kann eine Kapitalherabsetzung u.a. durch die Vernichtung von Aktien erfolgen, was vorgängig einen Rückkauf der Aktien voraussetzt.³⁰² Der Erwerb eigener Aktien erfährt *ex lege* eine Beschränkung auf 10 % des Aktienkapitals (Art. 659 Abs. 2 nOR).³⁰³ Diese Einschränkung steht dann im Konflikt zum Kapitalband, wenn dieses Kapitalherabsetzungen im Umfang von mehr als 10 % des

²⁹⁷ Statt vieler DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 94. Siehe auch Art. 653g Abs. 2 Halbsatz 1 nOR, wonach der VR die Statuten bzw. die obere und untere Grenze in der Folge entsprechend anzupassen hat.

²⁹⁸ BAUM, S. 55 f.; VON DER CRONE/MOHASSEB, S. 785. Es erfolgt m.a.W. eine Verschiebung des Mittelpunkts des bestehenden Kapitalbands nach oben (GERICKE, SSHW, S. 122).

²⁹⁹ Dasselbe gilt auch bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung. Siehe zum Ganzen VON DER CRONE, § 14 N 728.

³⁰⁰ Zum Ganzen VON DER CRONE, § 14 N 727.

³⁰¹ Oben, V.A.1.

³⁰² Dazu z.B. HEINZMANN, N 407 ff.

³⁰³ Der Vollständigkeit halber sind die zwei Sonderfälle von Art. 659 Abs. 3 Satz 1 nOR zu erwähnen. Demgemäss gilt eine Beschränkung von 20 %, wenn Aktien im Zusammenhang mit einer Vinkulierung oder einer Auflösungsklage erworben werden. Vgl. dazu z.B. JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 8 N 135.

im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals zulässt.³⁰⁴ Trotz entsprechenden Forderungen in der Lehre³⁰⁵ verzichtete der Gesetzgeber auf eine Klarstellung des Verhältnisses zwischen dem Kapitalband und dem Erwerb eigener Aktien.³⁰⁶ Das aktienrechtliche Schrifttum ist sich bzgl. dieser Frage uneins.³⁰⁷

Gem. der einen Lehrmeinung kann die 10 %-Quote i.S.v. Art. 659 Abs. 2 nOR bei Rückkäufen von Aktien im Rahmen des Kapitalbands überschritten werden, sofern die untere Grenze von max. 50 % des Aktienkapitals eingehalten wird.³⁰⁸ M.a.W. geht demgemäss die untere Grenze des Kapitalbands der 10 %-Beschränkung vor. Für diese Argumentation wird u.a. Art. 659 Abs. 3 Satz 2 nOR analog herangezogen. Dabei wird verlangt, dass die eigenen Aktien, welche die Grenze von 10 % überschreiten, innert zwei Jahren veräussert resp. vernichtet werden.³⁰⁹

Dahingegen differenzieren VON DER CRONE/DAZIO in Bezug auf dieses Spannungsverhältnis zwischen einer Phase vor und einer Phase nach dem Kapitalherabsetzungsbeschluss i.S.v. Art. 653u Abs. 2 nOR. Im ersten Fall soll die Beschränkung von 10 % des Aktienkapitals gem. Art. 659 Abs. 2 nOR dem Kapitalband vorgehen, weshalb der Erwerb eigener Aktien bis zu diesem Zeitpunkt nur bis zu dieser 10 %-Grenze möglich sein soll. Im zweiten Fall, nach dem Kapitalherabsetzungsbeschluss bzw. wenn der VR bereits «formell von der Ermächtigung Gebrauch gemacht» hat, soll in Bezug auf den max. möglichen Rückkauf der Aktien im Rahmen des Kapitalbands die statutarisch festgelegte untere Grenze des Kapitalbands massgebend sein.³¹⁰

VISCHER pflichtet keiner der beiden Lehrmeinungen bei. Vielmehr plädiert er für eine enge Auslegung von Art. 659 Abs. 2 nOR und vertritt die Ansicht, dass die Begrenzung dieser Bestimmung auch innerhalb des Kapitalbands stets einzuhalten sei.

³⁰⁴ VON DER CRONE, § 14 N 716.

³⁰⁵ Dazu VISCHER, S. 329 und dort auch Fn. 135 m.w.H.

³⁰⁶ VON DER CRONE/DAZIO, S. 517; GERICKE, Vorentwurf, S. 110, der diesbezüglich von der «prominentesten Abwesenden» spricht und den Wunsch nach mehr Rechtssicherheit äussert. Siehe i.w.S. auch SCHENKER, S. 182.

³⁰⁷ Zum Ganzen eingehend VISCHER, S. 336, insb. die Auslegung auf S. 332 ff.

³⁰⁸ Z.B. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2017, S. 30; DIES., 2020, S. 327 f.; GERICKE, SSHW, S. 128 f.; GERICKE, Vorentwurf, S. 111 f.; BÖCKLI, Revision, S. 12 f.; MEYER, S. 229 f.; SCHENKER, S. 182; wohl auch BERTSCHINGER/MÜHLEMANN, S. 887.

³⁰⁹ So z.B. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020, S. 327 f.; a.M. VISCHER, S. 337.

³¹⁰ Vorbehaltlich anderer Einschränkungen, Auflagen oder Bedingungen in den Statuten (zum Ganzen VON DER CRONE/DAZIO, S. 517; VON DER CRONE, § 14 N 716). GL.M. grds. BÜCHLER, N 487, der jedoch bzgl. dieser Thematik an den Durchführungsbeschluss anknüpft; auch HEINZMANN, N 412 f., wonach auf die Eintragung ins Handelsregister abgestellt wird.

Die statutarisch festgelegte untere Grenze des Kapitalbands von max. 50 % des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals dürfe danach nicht zur Aushebelung der 10 %-Schranke beim Erwerb eigener Aktien bzw. der Bestimmung von Art. 659 Abs. 2 nOR führen.³¹¹

C. Würdigung

Bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands hat den Vorteil, dass hinsichtlich des Kapitalbands die Statuten nicht geändert werden müssen. Hingegen besteht eine Problematik darin, dass der Zeitablauf des Kapitalbands u.U. ebenso das Entfallen des im Rahmen des Kapitalbands vorgesehenen bedingten Kapitals bewirken könnte.³¹² FORSTMOSER/KÜCHLER raten daher, bedingtes Kapital zusätzlich zum bereits bestehenden Kapitalband zu schaffen und dieses folglich im entsprechenden Umfang anzupassen, solange in dieser Sache noch kein Präjudiz des Bundesgerichts ergangen ist.³¹³ Mit einem integrierten bedingten Kapital würde die angestrebte Flexibilität überdies nicht verbessert. Vielmehr führt ein solches u.a. dazu, dass der VR beim Gebrauch des Kapitalbands eingeschränkt wird, da dieses in dieser Bandbreite verbraucht wird.³¹⁴ Der Entwurf sah noch vor, dass eine bedingte Kapitalerhöhung die Ausschöpfung der Möglichkeiten zu Erhöhungen innerhalb des Kapitalbands zur Folge gehabt hätte. Diese Regelung wäre jedoch der *ratio legis* des Kapitalbands zuwidergelaufen, da dadurch die Flexibilität nicht erweitert, sondern im Gegenteil eingeschränkt worden wäre.³¹⁵ Hinsichtlich des Zusammenspiels zwischen Kapitalband und bedingtem Kapital wurde deshalb eine nach der vorliegend vertretenen Auffassung sinnvolle Regelung eingeführt.

Das Schrifttum beschäftigte sich schliesslich auch mit der Frage, ob die beiden zuvor dargestellten Möglichkeiten kombiniert werden könnten, so dass parallel bedingtes Kapital innerhalb und ausserhalb des Kapitalbands bestehen würde.³¹⁶ Das wird grds. befürwortet, da eine diesbezügliche Einschränkung der vom Kapitalband angestrebten Flexibilität widersprechen würde.³¹⁷

³¹¹ Eingehend VISCHER, S. 336.

³¹² Hierzu bereits oben, IV.A.1.b.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653v N 8 und Art. 653g N 6 f. eingehend zur Problematik. Auch VON DER CRONE/DAZIO, S. 513.

³¹³ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht, Art. 653g N 7.

³¹⁴ Näheres bei REUTTER/HAMMER, S. 304; siehe oben, V.A.2.a.

³¹⁵ GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, 2020, S. 327 m.w.H.

³¹⁶ So z.B. BAUM, S. 48 f.; REUTTER/HAMMER, S. 303 f.

³¹⁷ Eingehend dazu REUTTER/HAMMER, S. 303 f.; gl.M. BAUM, S. 49.

Was das Verhältnis zwischen Kapitalband und Erwerb eigener Aktien anbelangt, haben die dargestellten Lehrmeinungen³¹⁸ einiges für sich. Angesichts der Empfehlung von GERICKE, stets Sinn und Zweck des Kapitalbands bei der Auslegung und Anwendung der Rechtsbestimmungen zu beachten,³¹⁹ wäre es naheliegend, diejenige Lösung zu bevorzugen, welche die grösstmögliche Flexibilität hinsichtlich der Kapitalstruktur erlaubt. Das Kapitalband verliert in Bezug auf den Erwerb eigener Aktien zweifellos an Flexibilität, wenn davon ausgegangen wird, dass die Schranke der 10 % stets Anwendung finden soll. Die Flexibilität steht jedoch in einem Spannungsfeld zur *ratio legis* von Art. 659 Abs. 2 nOR. Diese Bestimmung bezweckt in erster Linie den Kapital- und Gläubigerschutz, den Minderheitenschutz sowie auch den Kapitalmarktschutz.³²⁰ Unter Anwendung der ersten Lehrmeinung³²¹, welche über die Beschränkung in Art. 659 Abs. 2 nOR hinwegsehen möchte, wird diese Vorschrift – zumindest für zwei Jahre – ausgehöhlt. Dies dürfte sodann auch kaum im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein, was sich damit begründen lässt, dass dieser ansonsten eine Kollisionsregel wie etwa eine Ausnahmebestimmung in Art. 659 Abs. 2 nOR eingebaut hätte.³²² So ist gem. dem hier vertretenen Standpunkt der Ansicht von VISCHER beizupflichten, wonach die Restriktionen im Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Aktien strikt – und gerade auch im Rahmen des Kapitalbands – einzuhalten sind. Allerdings besteht diesbezüglich Rechtsunsicherheit – eine gesetzgeberische Klärung wäre deshalb angezeigt gewesen.

³¹⁸ Vgl. oben, V.B.

³¹⁹ Dazu oben, II.C.

³²⁰ OFK-BODMER/BLUMENFELD, Art. 659 N 2.

³²¹ Zu den Vertretern dieser Ansicht oben, Fn. 308.

³²² Z.B., dass die 10 %-Beschränkung in gewissen Fällen (etwa im Kapitalband) übergangen werden kann.

VI. Fazit und Ausblick

Die vorliegende Abhandlung hat dargelegt, dass das Kapitalband als neues Rechtsinstitut der Intention der Aktienrechtsrevision gerecht wird.³²³ Gleichwohl wird dem bisherigen System treu geblieben und die im Schweizer Aktienrecht bereits bestehenden Elemente – namentlich das Grundgerüst der genehmigten Kapitalerhöhung³²⁴ – werden teils übernommen und integriert. Auch am Prinzip des festen Grundkapitals wird trotz der Revision und der damit einhergehenden Flexibilisierung der Eigenkapitalstruktur grds. festgehalten, wengleich das Kapitalband zu einer begrüßenswerten Auflockerung dieses Konzepts führt.³²⁵

Das Kapitalband bildet rechtlich gesehen den von der GV vorgegebenen Kompetenzrahmen für den VR, innerhalb dessen er das Eigenkapital *ad hoc* auf die tatsächlichen Kapitalbedürfnisse abstimmen kann. Der VR verfügt daher über das Privileg, nebst der Investition auch über die Finanzierung entscheiden zu können.³²⁶ Die im Vergleich zur genehmigten Kapitalerhöhung verlängerte Ermächtigungsfrist sowie die Möglichkeit, den VR ebenso zu Herabsetzungen ermächtigen zu können, stellen eine zu befürwortende Entwicklung dar.

Ob das Kapitalband – vor allem eines, welches den VR auch zu Herabsetzungen ermächtigt – in der Praxis auf Zustimmung stossen wird und die Gesellschaften davon Gebrauch machen werden, wird sich zeigen. Die zahlreichen Möglichkeiten, mit welchen eine AG eine auf ihre Bedürfnisse massgeschneiderte Kapitalbandbestimmung schaffen kann und die damit verbundene Flexibilität sprechen dafür.³²⁷ Der weitgehende Handlungsspielraum, welcher dem VR durch die Kompetenzdelegation zukommt,³²⁸ ist zwar *e contrario* mit gewissen Risiken für Gläubiger und Aktionäre verbunden.³²⁹ Insb. der Verweis von Art. 653u Abs. 5 nOR auf die üblichen Bestimmungen zu den Kapitalveränderungsverfahren sorgt jedoch für die Aufrechterhaltung des Schutzes dieser zwei Gruppen.³³⁰ Letztlich ist es ohnehin

³²³ Vgl. z.B. IV., III.D., IV.C.1.

³²⁴ Siehe u.a. Fn. 40; Fn. 55; Fn. 74; Fn. 87 und II.C.

³²⁵ II.D.

³²⁶ II.C.

³²⁷ So kann namentlich die Bandbreite limitiert und/oder auch die Dauer verkürzt werden. Eingehend oben, III.A.2.d.

³²⁸ III.A.

³²⁹ Für die Gläubigersicht IV.B.2.; i.w.S. auch IV.C.3. Für Aktionäre insb., wenn der VR auch in der Lage ist, über den Bezugsrechtsausschluss zu entscheiden (dazu IV.A.2.; IV.C.2.).

³³⁰ IV.A.; IV.B.; insb. auch IV.C.1.

vom Willen der GV abhängig, ob eine Gesellschaft ein Kapitalband einführen und von den Facetten dieses Instrumentariums profitieren möchte. In der Theorie stellt das Kapitalband als flexibles Gestaltungselement einen vielversprechenden Ansatz dar, die Kapitalsteuerung von Gesellschaften zu vereinfachen.