

wurden zudem kaum Bedenken geäussert; die Abschaffung der (beabsichtigten) Sachübernahme fand breite Zustimmung.¹¹⁹

1.4.1.4 Kapitalherabsetzung und Kapitalband

Die neuen Kapitalbestimmungen schaffen mehr Flexibilität für die Unternehmen und sorgen gleichzeitig durch klare Regelungen für mehr Rechtssicherheit. Ihnen wurde im Rahmen der Vernehmlassung deutlich zugestimmt.¹²⁰

Die heutige gesetzliche Regelung der Kapitalherabsetzung ist im Unterschied zur Kapitalerhöhung rudimentär und weist Unklarheiten und Lücken auf. Sie ist sachlich problematisch, da der Revisionsbericht vor dem Aufruf an die Gläubigerinnen und Gläubiger erstellt werden muss (Art. 732 OR). Zu diesem Zeitpunkt steht aber noch nicht fest, ob gegenüber der Gesellschaft Forderungen bestehen, die in den Geschäftsbüchern nicht verzeichnet sind. Weiter wird die gesetzliche Regelung zum Teil so ausgelegt, dass zwei Beschlüsse der GV erforderlich sind;¹²¹ dies ist für die Praxis aber oft zu schwerfällig. Aufgrund der Mängel des geltenden Rechts ist eine Neuordnung erforderlich. Im Rahmen einer konsolidierten Konzeption wird die Kapitalherabsetzung mit den verschiedenen Arten der Kapitalerhöhung neu in einem Kapitel zu den Kapitaländerungsverfahren zusammengefasst (s. Art. 650 ff.). Der Entwurf – wie auch schon der Vorentwurf – beseitigt mit einer klaren und vollständigen Regelung die Mängel des geltenden Rechts.

Das neue Kapitalband gemäss Entwurf ermöglicht es der GV, den VR zu ermächtigen, das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital während einer Dauer von maximal fünf Jahren innerhalb einer bestimmten Bandbreite zu erhöhen oder herabzusetzen (s. Art. 653s ff.). Der Beschluss wird ins Handelsregister eingetragen. Nach unten wird das Kapitalband durch die untere Grenze limitiert, die höchstens um die Hälfte tiefer als das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital liegen darf. Die untere Grenze des Kapitalbands übernimmt die Funktion einer Sperrziffer, wie sie nach geltendem Recht dem aktuell im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital zukommt. Nach oben wird das Kapitalband durch die obere Grenze des Kapitalbands begrenzt. Diese darf um höchstens die Hälfte höher liegen als das im Handelsregister eingetragene Kapital.

Die GV kann den Ermessensspielraum des VR einschränken. So kann sie beispielsweise bestimmen, dass der VR das Aktienkapital nur erhöhen, nicht aber herabsetzen darf. Das Kapitalband gleicht sich in diesem Fall der heutigen genehmigten Kapitalerhöhung an. Ermächtigt die GV dagegen den VR nur zur Herabsetzung des Kapitals, so entspricht das Kapitalband einer genehmigten Kapitalherabsetzung, die das geltende Recht nicht kennt. Neben dem Kapitalband besteht folglich kein Bedarf für eine separate genehmigte Kapitalerhöhung oder -herabsetzung. Deshalb können die geltenden Bestimmungen zur genehmigten Kapitalerhöhung aufgehoben werden.

¹¹⁹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 9.

¹²⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 9 ff.

¹²¹ S. insgesamt Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 342 ff.

Bei einer Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbands wird der Gläubigerschutz auf den Zeitpunkt der Schaffung des Kapitalbands vorverlegt (s. Art. 653w Abs. 1). Dies ermöglicht dem VR, die effektive Kapitalherabsetzung dann ohne vorgängige Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger und ohne Prüfungsbestätigung durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor vorzunehmen. Der nachträgliche Gläubigerschutz gemäss E 2007¹²² vermochte nicht zu überzeugen.¹²³ Gesellschaften, die in ihren Statuten ein Kapitalband mit der Möglichkeit zur Kapitalherabsetzung vorsehen, müssen ihre Jahresrechnung mindestens eingeschränkt prüfen lassen. Der Verzicht auf die eingeschränkte Revision ist zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger nicht möglich (s. Art. 653s Abs. 4 und 727a Abs. 2). Im Unterschied zum Vorentwurf ist hingegen ein Kapitalband, welches den VR nur zur Kapitalerhöhung ermächtigt, auch zulässig, wenn die Gesellschaft auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat.

1.4.1.5 Reserven

Die Bestimmungen zu den Reserven (s. Art. 671 ff.) werden an das neue Rechnungslegungsrecht (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR) angepasst. Aufgrund der Abspaltung des Rechnungslegungsrechts vom E 2007 war eine inhaltliche Inkohärenz entstanden (s. Ziff. 1.2.5.2).

Die Rückzahlung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven an die Aktionärinnen und Aktionäre wird liberalisiert. Dies war insbesondere ein Anliegen des Ständerats bei der Beratung des E 2007 und entspricht der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts (s. Art. 671 Abs. 2).

Im Gegensatz zum E 2007¹²⁴ wird die Möglichkeit beibehalten, Beteiligungen und Grundstücke zur Beseitigung einer Unterbilanz aufzuwerten (Art. 670 und 671b OR). Sie wird in die neuen Bestimmungen zur Liquidität und Sanierung integriert (s. Art. 725c).

Weist die Gesellschaft einen Verlustvortrag auf, so sind die Rückzahlung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven sowie die ordentliche Kapitalherabsetzung unzulässig (s. Art. 677a).

1.4.2 Abschaffung der öffentlichen Beurkundung bei einfach strukturierten Unternehmen

Das geltende Recht schreibt für die Gründung und Auflösung jeder Aktiengesellschaft und jeder GmbH zwingend die öffentliche Beurkundung vor (Art. 629 Abs. 1, 736 Ziff. 2, 777 Abs. 1 und 821 Abs. 2 OR). Zweck der öffentlichen Beurkundung sind die Belegfunktion, der Schutz vor Unbedachtheit und die Verfahrenskon-

¹²² Art. 653x E 2007 (Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1655 f. und 1765).

¹²³ S. Lukas Glanzmann, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 229 f.

¹²⁴ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1658.

Gemäss Artikel 653i Absatz 2 dürfen die Statuten nur geändert werden, wenn ein zugelassener Revisionsexperte oder eine zugelassene Revisionsexpertin den Sachverhalt schriftlich bestätigt hat. Dass diese Bestätigung die erforderlichen Angaben enthält (s. Art. 653i Abs. 1), wird durch das Handelsregisteramt geprüft (Art. 28 HRegV).

Der Vorentwurf äusserte sich in Absatz 2 zur Form der Statutenänderung. Da sich die Form für eine Statutenänderung zwingend aus Artikel 647 ergibt, kann der entsprechende Hinweis gestrichen werden. Ein Verzicht auf die öffentliche Beurkundung ist bei der Einführung oder beim Vollzug des bedingten Kapitals nie möglich, da mit der spezifischen Statutenbestimmung zum bedingten Kapital (s. Art. 653b) stets über den minimalen Statuteninhalt gemäss Artikel 626 Absatz 1 hinausgegangen wird.

2.1.7 Ordentliche Kapitalherabsetzung

Art. 653j Herabsetzung des Aktienkapitals, ordentliche Kapitalherabsetzung, Grundsätze

Die Kapitalherabsetzung wird neu zusammen mit den verschiedenen Arten der Kapitalerhöhung im Kapitel zu den Kapitaländerungsverfahren geregelt. Die heutige Regelung der Kapitalherabsetzung weist diverse Unklarheiten und Lücken auf, die mit dem Entwurf beseitigt werden sollen (s. Ziff. 1.4.1.4). Artikel 653j regelt die Grundsätze der ordentlichen Kapitalherabsetzung.

Absatz 1 weist der GV die Kompetenz zu, über den Umfang der Kapitalherabsetzung zu entscheiden. Dem VR obliegen wie bis anhin die Vorbereitung und die Durchführung der Kapitalherabsetzung.

Absatz 2 stellt klar, dass die Herabsetzung entweder durch die Senkung des Nennwerts oder durch Vernichtung der Aktien erfolgen kann. Denkbar ist auch ein Mix davon. Der Herabsetzungsbeschluss der GV hat entsprechende Angaben zu enthalten (s. Art. 653n Abs. 1 Ziff. 2).

Die Aktionärinnen und Aktionäre können von der Kapitalherabsetzung in verschiedener Weise profitieren. In Frage kommen (1) eine Auszahlung flüssiger Mittel an die Aktionärinnen und Aktionäre, (2) eine Umwandlung des Aktienkapitals in Reserven oder Fremdkapital, namentlich Aktionärsdarlehen, oder (3) eine Verrechnung mit Schulden der Aktionärinnen und Aktionäre, z. B. aus ihrer Liberierungspflicht.³⁰⁶ Von dieser Verrechnung mit Liberierungspflichten zu unterscheiden ist die Rückliberierung, d. h. die Herabsetzung der Liberierungsquote bei gleichblei-

³⁰⁶ S. Manfred Küng/Niklaus Schoch, vor Art. 732–735 N 17 ff., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

bendem Nennwert. Auch bei einem solchen Vorgehen müssen aber die Vorschriften der Kapitalherabsetzungsverfahren eingehalten werden.³⁰⁷

Nach Absatz 3 darf das Aktienkapital wie bisher nur unter das gesetzlich vorgesehene Mindestkapital (s. Art. 621) herabgesetzt werden, wenn es gleichzeitig bis mindestens zu diesem Betrag wieder erhöht wird (s. Art. 653q). Neu ist gemäss Artikel 621 Absatz 2 auch ein Aktienkapital in ausländischer Währung möglich. Die Verwendung einer ausländischen Währung soll im Vergleich zum Franken gleich behandelt werden, weshalb das Kapital durch ein Kapital mit einem Gegenwert von mindestens 100 000 Franken ersetzt werden muss (analog Art. 621 Abs. 2).

Analog der Kapitalerhöhung (s. Art. 650 Abs. 3) wird zudem in Absatz 4 neu eine Verwirkungsfrist aufgeführt, innert welcher die Kapitalherabsetzung beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden muss. Wie bei der Kapitalerhöhung beträgt die Frist sechs Monate und kann als Verwirkungsfrist durch die GV zwar verkürzt, nicht aber verlängert werden. Durch diese Verwirkungsfrist wird die ordentliche Kapitalherabsetzung von einer genehmigten Kapitalherabsetzung (im Rahmen eines Kapitalbands) abgegrenzt.

Art. 653k Gläubigerschutz

Artikel 653k regelt die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger.

Im Unterschied zum geltenden Recht (Art. 733 OR) und zum Vorentwurf verzichtet der Entwurf auf den *dreimaligen* Schuldenruf. Dieser ist nicht mehr zeitgemäss; neu genügt eine *einmalige* Publikation. Online können sämtliche SHAB-Publikationen der letzten drei Jahr konsultiert werden.³⁰⁸ Der Nutzen eines dreimaligen Schuldenrufs ist daher nicht mehr nachvollziehbar. Seine Berechtigung geht auf die Zeit zurück, wo das SHAB noch in Papierform gelesen wurde. Der dreimalige Schuldenruf sollte verhindern, dass infolge Abwesenheit eine Ausgabe und somit die entscheidende Meldung verpasst wurde. Da der dreimalige Schuldenruf allerdings in der Regel in drei aufeinander folgenden SHAB-Ausgaben publiziert wurde, wurde auch dieser Zweck mehr oder weniger vereitelt. Dies ist allerdings nicht weiter tragisch, da im SHAB problemlos nach einer verpassten Meldung gesucht werden kann. Zudem können Online-Abonnemente bestellt werden, welche es ermöglichen, die Inhalte der täglichen SHAB-Ausgaben gemäss den Bedürfnissen entweder gesamthaft oder rubrikspezifisch zu beziehen. Der Gläubigerschutz kann somit auch mit einer Publikation gewährleistet werden.

Die Gesellschaft kann die Aufforderung vor oder nach dem Herabsetzungsbeschluss der GV durchführen. Diese Wahlmöglichkeit eröffnet dem VR einen grösseren Spielraum in organisatorischer Hinsicht. Der Transparenz für die Aktionärinnen und Aktionäre ist es grundsätzlich dienlich, wenn die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger und die Prüfung durch die zugelassene Revisionsexpertin oder den zugelassenen Revisionsexperten vor der GV durchgeführt werden. Die GV kann so vor dem Beschluss über die Kapitalherabsetzung über die Ergebnisse der Auffor-

³⁰⁷ S. Manfred Küng/Niklaus Schoch, vor Art. 732–735 N 19, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

³⁰⁸ www.shab.ch (Schuldenrufe).

derung und der Prüfung informiert werden. Dies ist aber sachlich nicht in jedem Fall zwingend erforderlich, wenn in den relevanten Fragen klare Verhältnisse bestehen. Es soll daher ermöglicht werden, die GV bereits vor oder zumindest während der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger durchzuführen. Dies erlaubt ein rascheres Vorgehen. Es kann aber auch sinnvoll sein, vor Veröffentlichung einer entsprechenden Aufforderung klarzustellen, ob die GV der Kapitalherabsetzung überhaupt zustimmt. Die Durchsetzung der gesetzlichen Vorschriften zum Gläubigerschutz wird in jedem Fall bei der Eintragung ins Handelsregister gesichert (s. Art. 653o).

Wird der Schuldenruf *vor* der GV durchgeführt, so nimmt dieser Bezug auf die durchzuführende Kapitalherabsetzung und hat zeitnah zur geplanten GV zu erfolgen. Eine Frist, wie weit die SHAB-Publikation im Zeitpunkt des Beschlusses der GV zurückliegen darf, wird im Gesetz allerdings nicht verankert. Es liegt in der Verantwortung des VR, allenfalls einen neuen Schuldenruf durchzuführen, da nur ein aktueller Schuldenruf eine zweckmässige Informationsgrundlage darstellt. Zudem würde ein veralteter Schuldenruf Sinn und Zweck des Gläubigerschutzes zuwiderlaufen, da neueren Gläubigerinnen und Gläubigern nicht die Gelegenheit gegeben würde, ihre Forderungen anzumelden. Ändern sich die Modalitäten der Kapitalherabsetzung, z. B. weil die GV einen höheren Herabsetzungsbetrag beschliesst, ist der Schuldenruf zu wiederholen.

Der Entwurf verkürzt den Zeitraum, in dem die Gläubigerinnen und Gläubiger ihre Forderungen anmelden können, gemäss Absatz 2 von zwei Monaten auf einen Monat. Die Dauer der Durchführung der Kapitalherabsetzung wird auf diese Weise verkürzt, was den Interessen der Gesellschaft dient. Den Gläubigerinnen und Gläubigern bleibt trotz der Verkürzung der Frist ausreichend Zeit, ihre Forderungen anzumelden.

Absatz 3 entspricht sinngemäss der Regelung bei der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger gemäss Artikel 25 FusG. Die Gesellschaft kann sich von der Sicherstellung einer angemeldeten Forderung befreien, wenn sie die Forderung erfüllt oder nachweist, dass die Kapitalherabsetzung die Erfüllung der fraglichen Ansprüche nicht gefährdet. In der Regel wird als Nachweis die Bestätigung der zugelassenen Revisionsexpertin oder des zugelassenen Revisionsexperten genügen, wonach das Fremdkapital trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals vollständig gedeckt ist. In besonderen Fällen wird jedoch diese Prüfungsbestätigung allein nicht ausreichen, so bei Forderungen, die erst lange nach der Herabsetzung fällig werden. Durch eine allfällige Erfüllung der Forderung dürfen die übrigen Gläubigerinnen und Gläubiger nicht benachteiligt werden (betreibungsrechtliches Gleichbehandlungsgebot). Zudem ist erforderlich, dass die Forderung gemäss Artikel 81 OR erfüllbar ist.

Art. 653l Zwischenabschluss

Artikel 653*l* sieht im Einklang mit der heutigen Praxis vor,³⁰⁹ dass die Gesellschaft einen Zwischenabschluss erstellen muss, wenn der letzte Bilanzstichtag länger als sechs Monate zurückliegt. Da bereits heute eine Zwischenbilanz ohne Zwischenerfolgsrechnung methodisch undenkbar ist,³¹⁰ verwendet der Entwurf – im Unterschied zum Vorentwurf – den präziseren Begriff des Zwischenabschlusses.

Die gesetzlichen Anforderungen an den Inhalt des Zwischenabschlusses sind neu einheitlich in Artikel 960*f* geregelt.

Art. 653m Prüfungsbestätigung

Artikel 653*m* regelt die Prüfungsbestätigung einer zugelassenen Revisionsexpertin oder eines zugelassenen Revisionsexperten. Diese oder dieser muss gemäss Absatz 1 bestätigen, dass gestützt auf den Jahres- oder Zwischenabschluss und das Ergebnis des Schuldenerufs die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind.

Die Prüfung gemäss Vorentwurf erfasste explizit auch die Folgen der Kapitalherabsetzung auf die Liquidität der Gesellschaft. Eine zugelassene Revisionsexpertin oder ein zugelassener Revisionsexperte hätte bestätigen müssen, dass mit der Herabsetzung des Aktienkapitals weder die Erfüllung der Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger gefährdet wird, noch begründete Besorgnis besteht, dass die Gesellschaft in den nächsten zwölf Monaten zahlungsunfähig wird. Da die prüfende Person oftmals kein voraussetzungsloses Prüftestament hätte abgeben können,³¹¹ wurde diese Prüfung im Entwurf fallengelassen. Der VR muss die Liquidität jedoch im Sinne von Artikel 725 im Auge behalten. Die Kapitalherabsetzung darf demgemäss nicht zu einer begründeten Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit führen.

Die Bestätigung der zugelassenen Revisionsexpertin oder des zugelassenen Revisionsexperten muss zwingend auf das Ergebnis der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger Bezug nehmen (s. Art. 653*k*). Dadurch wird die Aussagekraft der Bestätigung gegenüber dem geltenden Recht verbessert.

Bei Gesellschaften, die über keine Revisionsstelle verfügen, und in Fällen, in denen es sich bei der beauftragten zugelassenen Revisionsexpertin oder beim beauftragten zugelassenen Revisionsexperten nicht um die Revisionsstelle der Gesellschaft handelt, hat die beauftragte Person zu beurteilen, inwieweit sie den ihr vorgelegten Jahres- oder Zwischenabschluss für die Abgabe der erforderlichen Prüfungsbestätigung prüfen muss.

³⁰⁹ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 356; Karl Rebsamen, Das Handelsregister, 2. Auflage, Zürich 1999, N 585; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 53 N 95.

³¹⁰ S. insgesamt Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 3 N 81 und § 13 N 770; Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, 3. Auflage, Bern 2014, N 315.

³¹¹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 11.

Die Prüfungsbestätigung hat bedingungslos und ohne Vorbehalte zu erfolgen.³¹² Im Vorentwurf war die entsprechende Voraussetzung in Artikel 653o Absatz 4 VE OR (Eintragung ins Handelsregister) zu finden. Sie muss sich nicht explizit aus dem Gesetzestext ergeben, da sie eine Selbstverständlichkeit darstellt.

Liegt die Prüfungsbestätigung bereits im Zeitpunkt der Durchführung der GV vor, so informiert der VR gemäss Absatz 2 die Aktionärinnen und Aktionäre vor der Beschlussfassung über das Ergebnis. Die zugelassene Revisionsexpertin oder der zugelassene Revisionsexperte muss in diesem Fall bei der GV anwesend sein. Wie bei der Verabschiedung der Jahresrechnung (Art. 731 Abs. 2 OR) kann die GV aber auf die Anwesenheit verzichten.

Art. 653n, 653o *Beschluss der Generalversammlung, Änderung der Statuten und Feststellungen des Verwaltungsrats; Eintragung in das Handelsregister*

Artikel 653n regelt den Inhalt und die Form des Kapitalherabsetzungsbeschlusses der GV. Neu wird in Ziffer 1 analog zur Kapitalerhöhung bis zu einem Maximalbetrag (s. Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 und 2) die Möglichkeit der Kapitalherabsetzung bis zu einem Maximalbetrag geregelt. Zum Teil wird dieses Vorgehen bereits heute als zulässig beurteilt.³¹³ Ein praktisches Bedürfnis besteht insbesondere im Zusammenhang mit Aktienrückkaufprogrammen, bei welchen zu Beginn oft nicht klar ist, in welchem Umfang Aktien zurückgekauft werden. Verschiedentlich wurde dies auch im Rahmen der Vernehmlassung vorgebracht.³¹⁴

Die Änderungen in den Ziffern 2 und 3 sind sprachlicher Natur und sorgen für mehr Klarheit und Kohärenz. Gemäss Ziffer 2 hat der Beschluss der GV Angaben zu enthalten über die Art und Weise der Durchführung der Kapitalherabsetzung. In Frage kommt die Herabsetzung durch Reduktion des Nennwerts oder diejenige durch Vernichtung von Aktien oder ein Mix von beiden. Da durch die Kapitalherabsetzung nicht zwingend Mittel frei werden, wird auch die Formulierung von Ziffer 3 des Vorentwurfs angepasst. Gemäss Entwurf muss der Beschluss der GV Angaben enthalten über die Verwendung des Herabsetzungsbetrags. Denkbar sind etwa eine Auszahlung in flüssigen Mitteln, die Verrechnung, z. B. mit einer noch offenen Liberierungspflicht, oder die Umwandlung in Fremdkapital oder in Reserven (s. Art. 653j).

Artikel 653o legt die Pflichten des VR bei der Durchführung der von der GV beschlossenen Kapitalherabsetzung fest (Änderung der Statuten und Feststellungen des VR). Die Formulierung wird an diejenige bei der Kapitalerhöhung angepasst (s. Art. 652g und 653g). Insbesondere hat der VR auch bei der Kapitalherabsetzung zu bestätigen, dass die Belege, die der Kapitalherabsetzung zugrunde liegen, ihm vorgelegen haben. In Absatz 2 wird explizit festgehalten, dass die Belege der öffentlichen Urkunde beizulegen sind.

³¹² Entscheid V 2010 136 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 9. Dezember 2010 i. S. Transocean Ltd.

³¹³ S. insgesamt Michel Heinzmann, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Zürich 2004, S. 218 ff.

³¹⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 11.

Im Unterschied zum Vorentwurf ist im Entwurf in Artikel 653o die Pflicht des VR zur Anmeldung der Kapitalherabsetzung beim Handelsregisteramt nicht enthalten. Dies ist allerdings keine materielle Änderung, da sich die Pflicht zur Anmeldung der Statutenänderung direkt aus Artikel 647 ergibt.

Die Anweisung an das Handelsregisteramt, die Kapitalherabsetzung nur ins Handelsregister einzutragen, sofern eine rechtsgenügende Prüfungsbestätigung vorliegt, in der keine Vorbehalte angebracht werden, ist im Entwurf nicht mehr enthalten. Dass die Prüfungsbestätigung bedingungslos abgefasst werden muss, ergibt sich aus Artikel 653m. Dass das Handelsregisteramt die Kapitalherabsetzung erst eintragen darf, wenn die notwendigen Belege vorliegen und diese den gesetzlichen Inhalt aufweisen, ergibt sich aus Artikel 28 HRegV. Die durch die Herabsetzung des Aktienkapitals frei werdenden Mittel dürfen den Aktionärinnen und Aktionären gemäss Artikel 653o Absatz 3 erst nach der Eintragung ins Handelsregister ausgerichtet werden.

2.1.8 Sonderformen der Kapitalherabsetzung

Art. 653p Kapitalherabsetzung im Falle einer Unterbilanz

Das geltende Recht lässt Erleichterungen im Herabsetzungsverfahren dann zu, wenn dieses der Beseitigung einer offen ausgewiesenen Unterbilanz dient (Art. 735 OR).³¹⁵ Dieser Spezialfall der Kapitalherabsetzung, der auch als deklaratorische oder nominelle Kapitalherabsetzung bezeichnet wird, wird neu in Artikel 653p geregelt. Die Norm stimmt inhaltlich mit der bisherigen Regelung überein, wird aber klarer und präziser formuliert. So wird neu etwa der Inhalt des entsprechenden Revisionsberichts explizit festgehalten. Die zugelassene Revisionsexpertin oder der zugelassene Revisionsexperte hat gemäss Absatz 1 zu prüfen, ob der Herabsetzungsbetrag den Betrag der durch Verluste entstandenen Unterbilanz nicht übersteigt. Dabei wird sie oder er immer auch prüfen, ob tatsächlich eine Unterbilanz vorliegt.³¹⁶ Eine solche echte Unterbilanz liegt vor, wenn das auf der Aktivseite aufgeführte Reinvermögen tiefer als der Betrag des auf der Passivseite aufgeführten Aktienkapitals ist. Insoweit der Bilanzverlust noch mit vorhandenen offenen Kapital- und Gewinnreserven verrechnet werden kann (s. Art. 674), ist die Unterbilanz nicht echt und eine Kapitalherabsetzung gemäss Artikel 653p somit nicht möglich. Immerhin darf die Strenge nicht so weit gehen, dass sogar das Vorhandensein stiller Reserven genügen würde, die Echtheit der Unterbilanz abzulehnen. Es geht um eine Bereinigung der den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung genügenden Bilanz, nicht um eine Gesamtabrechnung über die Verkehrswerte der vorhandenen Wirtschaftsgüter. Stille Reserven sind nur insoweit aufzulösen, als sie willentlich zur Kürzung des ausgewiesenen Periodenerfolgs gebildet worden und noch vorhanden sind, d. h. durch gewollt übersetzte Abschreibungen und Rückstellungen. Der Grundsatz des ordnungsmässig ausgewiesenen Periodenerfolgs muss beachtet

³¹⁵ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 3, Zürich 2009, S. 61.

³¹⁶ BGE 76 I 162 E. 3, S. 166.

werden.³¹⁷ Im Falle eines Kapitalverlusts (s. Art. 725a) muss der VR die notwendigen Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts ergreifen. Die Kapitalherabsetzung im Sinne von Artikel 653p wird hier ein wichtiger Anwendungsfall sein. Sieht die finanzielle Situation noch schlechter aus und liegt sogar eine Überschuldung gemäss Artikel 725b vor, so hat der VR grundsätzlich das Gericht zu benachrichtigen. Eine Kapitalherabsetzung gemäss Artikel 653p ist allerdings auch hier als Sanierungsmassnahme zur Mitbeseitigung einer Überschuldung denkbar. Die Kapitalherabsetzung allein wird jedoch in dieser Konstellation nicht genügen, um die finanzielle Situation der Gesellschaft zu bereinigen; es sind stets weitere Massnahmen notwendig.

Im Falle der Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer echten Unterbilanz finden die Bestimmungen der ordentlichen Kapitalherabsetzung zum Gläubigerschutz (s. Art. 653k) und zu den Feststellungen des VR (s. Art. 653o) keine Anwendung.

Gemäss Absatz 2 beschliesst die GV gestützt auf den Revisionsbericht über die deklaratorische Kapitalherabsetzung. Der Beschluss der GV enthält die Angaben gemäss Artikel 653n. Er nimmt Bezug auf das Ergebnis des Prüfungsberichts und ändert die Statuten.

Art. 653q Gleichzeitige Herabsetzung und Erhöhung des Aktienkapitals

Bereits das geltende Recht erlaubt die Harmonika (Kapitalschnitt), bei der das Kapital herabgesetzt und unmittelbar danach mindestens im gleichen Umfang durch voll einbezahltes Kapital wieder erhöht wird. Die Harmonika wird allerdings vom Gesetz nicht systematisch geregelt. Der geltende Artikel 732 Absatz 1 OR erwähnt sie als Variante der Kapitalherabsetzung; Absatz 5 lässt im Rahmen der Harmonika die Herabsetzung unter das Mindestkapital von 100 000 Franken während einer «logischen Sekunde» zu. Neu wird diese Sonderform der Kapitalherabsetzung in einer eigenen Bestimmung geregelt, die inhaltlich der bisherigen Praxis entspricht.³¹⁸

Beim Beschluss über die gleichzeitige Kapitalherabsetzung und -erhöhung müssen die Vorschriften zur Kapitalherabsetzung grundsätzlich nicht angewendet werden, sofern die Wiedererhöhung auf mindestens den gleichen Nennwertbetrag erfolgt. Eine Neuerung findet sich im Hinblick auf den Grad der Liberierung: Das neue Kapital ist – anders als heute – nicht mehr zwingend voll zu liberieren; es genügt, wenn der bisherige Liberierungsgrad nicht herabgesetzt wird. Dem entspricht die neue Regelung von Artikel 653q Absatz 1, wonach die Regeln der Kapitalherabsetzung über den Gläubigerschutz, den Zwischenabschluss, die Prüfungsbestätigung und die Feststellungen des VR keine Anwendung finden. Ein genereller Ausschluss der Bestimmungen zur ordentlichen Kapitalherabsetzung, wie er noch im E 2007

³¹⁷ S. insgesamt Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 399 f.; Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung, Band 3, Zürich 2009, S. 61; Adrian Tagmann, Art. 56 N 3 ff., in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Handkommentar zur Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013.

³¹⁸ S. Manfred Küng/Niklaus Schoch, vor Art. 732–735 N 41 ff., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

vorgesehen war,³¹⁹ ist hingegen nicht präzise genug, da die Grundsätze (s. Art. 653j) und die Vorschriften über den Beschluss der GV (s. Art. 653n) in der bisherigen Praxis auch auf die Harmonika angewendet werden (Art. 57 Abs. 1 HRegV).

Wird das Kapital auf einen *tieferen* Betrag als den bisherigen erhöht, so sind die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung anwendbar (s. Art. 653j ff.). Wird die Kapitalherabsetzung zu Sanierungszwecken vorgenommen, so gilt Artikel 653p (die entsprechende Konzeption ergibt sich bereits aus Art. 58 HRegV).³²⁰

Immer entsprechend zu berücksichtigen sind gemäss Absatz 2 die Bestimmungen der ordentlichen Kapitalerhöhung (s. Art. 650 ff.).

Absatz 3 enthält sodann eine Spezialvorschrift zur Änderung der Statuten. Demnach ist keine Statutenänderung erforderlich, wenn das Aktienkapital, die darauf geleisteten Einlagen (der Liberierungsgrad) und die Aktienstückelung unverändert bleiben.

Der Vorentwurf enthielt die Pflicht des VR zur Anmeldung der gleichzeitigen Herabsetzung und Erhöhung des Aktienkapitals innerhalb von sechs Monaten beim Handelsregisteramt (Art. 653p Abs. 4 VE OR). Da bei der Harmonika die Grundsätze und die Regeln über die ordentliche Kapitalerhöhung Anwendung finden, gilt die sechsmonatige Verwirkungsfrist für die Handelsregisteranmeldung mittels Verweis ohnehin. Eine Wiederholung in Artikel 653q ist daher nicht notwendig.

Dieselben Regeln, die für die Herabsetzung und gleichzeitige Erhöhung des Aktienkapitals anwendbar sind, gelten auch für den umgekehrten Fall (Erhöhung und gleichzeitige Herabsetzung auf den ursprünglichen Betrag). Im Ergebnis sind die beiden Konstellationen vergleichbar und es wäre nicht einzusehen, wieso nur im einen Fall von den Erleichterungen nach Artikel 653q profitiert werden könnte.

Art. 653r Vernichtung von Aktien

Wird das Kapital zum Zweck der Sanierung auf null herabgesetzt und gleichzeitig wieder erhöht, so müssen die bisherigen Aktien gemäss Absatz 1 vernichtet werden. Den Aktionärinnen und Aktionären steht im Gegenzug zur Vernichtung der Aktien nach Absatz 2 ein unentziehbares Bezugsrecht zu («Ausschluss mit gesetzlicher Option auf Wiedereintritt»³²¹). Bereits Artikel 732a OR sieht eine gleichlautende Regelung vor. Diese Bestimmung wurde aufgrund einer umstrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichts³²² im Rahmen der Revision des GmbH-Rechts eingeführt.³²³

Dient die Harmonika nicht der Sanierung, so darf die Vernichtung der Aktien nur mit Zustimmung der betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre erfolgen, da sie sonst eine Enteignung darstellen und gegen den verfassungsmässigen Schutz des Eigentums (Art. 26 BV) verstossen würde.³²⁴ Im Falle der Sanierung ist dieser Eingriff

³¹⁹ Artikel 653p Absatz 2 E 2007 (Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1762).

³²⁰ S. Adrian Tagmann, Art. 57 N 8 ff., in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Handkommentar zur Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013.

³²¹ S. Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Zürich 2009, S. 301.

³²² BGE 121 III 420 ff.

³²³ Botschaft GmbH-Recht, S. 3233 f., s. insgesamt Hans Bodmer/Marc Blumenfeld, Art. 732a N 6 f., in: Wibmer, Jeannette K. (Hrsg.) Aktienrecht Kommentar, Zürich 2016.

³²⁴ S. Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Zürich 2009, S. 297 ff.

aber sachrichtig, da der bisherige Anteil am Risikokapital verloren ist und die Anwartschaften auf Dividenden und auf Anteil am Liquidationserlös wertlos geworden sind.

2.1.9 Kapitalband

Art. 653s Ermächtigung

Der Entwurf sieht die Einführung des Kapitalbands vor. Es handelt sich dabei um ein neues Rechtsinstitut, das dazu dient, die Verfahren zur Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals flexibler zu gestalten (s. Ziff. 1.4.1.4).³²⁵ Das Kapitalband ersetzt die genehmigte Kapitalerhöhung (Art. 651 ff. OR).

Die Statuten können gemäss Absatz 3 neu den VR ermächtigen, innerhalb zweier Sperrziffern das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital herauf- und herabzusetzen. Die Kapitalerhöhung kann ordentlich oder bedingt erfolgen. Das Aktienkapital kann zu Sanierungszwecken oder aus anderen Gründen herabgesetzt werden (durch Vernichtung der Aktien oder durch Reduzierung des Nennwerts). Denkbar ist zudem auch eine Herabsetzung und gleichzeitige Erhöhung (Harmonika). Der Beschluss der GV zur Einführung einer solchen Statutenbestimmung erfordert – wie bisher bei der genehmigten Kapitalerhöhung – ein qualifiziertes Mehr (s. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5).

Die Statuten legen eine obere Grenze fest. Bis zu dieser Sperrziffer darf der VR das Aktienkapital erhöhen. Nach unten schränkt die untere Grenze das Ermessen des VR ein. Unter diese Sperrziffer darf das Aktienkapital nicht herabgesetzt werden (selbst dann nicht, wenn das Kapital im Rahmen einer Harmonika sogleich wieder erhöht wird). Der dritte Parameter ist das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital. Die obere Grenze des Kapitalbands darf gemäss Absatz 2 höchstens 50 Prozent über dem bisher im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital liegen und die untere Grenze darf nicht weniger als die Hälfte des eingetragenen Kapitals betragen. Dabei ist stets das gesetzliche Mindestkapital zu beachten (s. Art. 621).

Im Vorentwurf wurden die Begriffe Maximal- und Basiskapital verwendet. Der Begriff des Basiskapitals war allerdings nicht optimal. Als Basiskapital könnte – im Sinne der Kapitalbasis, von der man ausgeht – auch das aktuelle, im Handelsregister eingetragene Aktienkapital verstanden werden. Minimalkapital konnte als Begriff nicht verwendet werden, da dies zu Verwechslungen mit dem Mindestkapital nach Artikel 621 geführt hätte. Im Entwurf wird deshalb nur von der oberen und der unteren Grenze des Kapitalbands gesprochen.

³²⁵ S. Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 1: Nennwertlose Aktien, Zürich/Bern 2001, S. 19 ff.