



16.077

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

vom 23. November 2016

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen, mit dem Antrag auf Zustimmung, den Entwurf einer Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht).

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, die folgenden parlamentarischen Vorstösse abzuschreiben:

- | | | | |
|------|---|---------|--|
| 2000 | P | 00.3423 | Nennwertlose Aktie
(S 13.12.2000, Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR) |
| 2000 | P | 00.3598 | Einführung der nennwertlosen Aktie
(N 30.11.2000, Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR) |
| 2001 | M | 01.3153 | Transparenz der Kaderlöhne und Verwaltungsratsentschädigungen
(S 05.06.2002, als Postulat überwiesen, Leutenegger Oberholzer) |
| 2001 | M | 01.3261 | Mehr Schutz für Minderheitsaktionäre
(S 05.06.2002, Teile davon als Postulat überwiesen, Leutenegger Oberholzer) |
| 2001 | M | 01.3329 | Corporate governance in der Aktiengesellschaft
(S 05.06.2002, als Postulat überwiesen, Walker) |
| 2002 | P | 02.3045 | Rechtliche Analyse als Folge des Swissair-Debakels
(S 05.06.2002, Wicki) |
| 2002 | P | 02.3086 | Corporate Governance. Anlegerschutz
(N 21.06.2002, Walker) |

- 2012 M 12.3403 Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurs-
eröffnung (N 03.12.2012, Kommission für Rechtsfragen
SR)
- 2012 M 12.3654 Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurs-
eröffnung
(N 03.12.2012, Kommission für Rechtsfragen NR)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin, sehr geehrter Herr
Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hoch-
achtung.

23. November 2016

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Johann N. Schneider-Ammann

Der Bundeskanzler: Walter Thurnherr

wurden zudem kaum Bedenken geussert; 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.

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.

Die Abstützung auf *das im Handelsregister eingetragene* Aktienkapital verdeutlicht das Stichtagsprinzip, welches schon heute bei der Berechnung der Grenze für das genehmigte Kapital gilt (Art. 651 OR) und ebenso bei der Berechnung der Grenze des bedingten Kapitals Anwendung findet (s. Art. 653a).³²⁶

Die Statuten können die Befugnisse des VR zusätzlich beschränken (s. Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3). So können sie insbesondere bestimmen, dass der VR das Aktienkapital nur erhöhen oder nur herabsetzen darf. Wenn der VR das Aktienkapital nur erhöhen kann, entspricht das Kapitalband der heutigen genehmigten Kapitalerhöhung. Räumt die GV dem VR demgegenüber lediglich die Möglichkeit ein, das Aktienkapital herabzusetzen, so kann eine heute unzulässige genehmigte Kapitalherabsetzung realisiert werden.

Gemäss Absatz 4 dürfen die Statuten den VR nur dann ermächtigen, das Aktienkapital herabzusetzen, wenn die Gesellschaft nicht auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verzichtet hat (s. Art. 727a Abs. 2, *Opting-out*). Gemäss Vorentwurf war ein Kapitalband generell nur dann möglich, wenn die Gesellschaft nicht auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat, unabhängig davon, ob der VR das Kapital nur erhöhen oder auch herabsetzen darf. In der Tat ist das Erfordernis der Prüfung der Jahresrechnung aus Gläubigerschutzüberlegungen aber nur dann zwingend notwendig, wenn der VR ermächtigt wird, das Kapital auch herabzusetzen. Wird der VR lediglich ermächtigt das Kapital zu erhöhen, so gleicht das Kapitalband der früheren genehmigten Kapitalerhöhung, welche nach geltendem Recht auch bei einem *Opting-out* möglich ist.³²⁷

Die Dauer der Ermächtigung beträgt nach Absatz 1 maximal fünf Jahre. Der E 2007 sah aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse eine Frist von drei Jahren vor.³²⁸ Der Ständerat hat sich jedoch für eine Frist von fünf Jahren ausgesprochen.³²⁹ Der Entwurf folgt – wie auch schon der Vorentwurf – dem Beschluss des Ständerats. Die Frist beginnt mit dem Beschluss der GV zu laufen.

Im Vorentwurf umfasste Artikel 653s zum Kapitalband vier weitere Absätze, die mit dem Entwurf gestrichen wurden. Die Streichungen haben allerdings keine materielle Änderung zur Folge. Vielmehr wurden durch die Streichung Doppelspurigkeiten und Wiederholungen vermieden (die öffentliche Beurkundung ergibt sich – wie für alle Statutenänderungen – aus Art. 647 und die Möglichkeit der bedingten Kapitalerhöhung im Rahmen eines Kapitalbands ergibt sich aus Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9).

Vorbehalten bleiben im Übrigen die Vorschriften des Bankengesetzes vom 8. November 1934 über das Vorratskapital. Auf materielle Hinweise im Aktienrecht auf das Bankengesetz (wie etwa im Vorentwurf noch bei Art. 653 Abs. 4) wird verzichtet. Das Spezialgesetz hat ohnehin Vorrang.

³²⁶ S. Gaudenz G. Zindel/Peter Isler, Art. 651 N 6 ff., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 87 f.

³²⁷ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 12.

³²⁸ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1652 f.

³²⁹ AB 2009 S 646.

Art. 653t Statutarische Grundlagen

Artikel 653t äussert sich zu den statutarischen Grundlagen bei einem Kapitalband. Solche unübertragbaren und unverzichtbaren Entscheidungsbefugnisse der GV finden sich bereits heute bei der genehmigten Kapitalerhöhung (Art. 651 OR).

Die GV muss gemäss Absatz 1 über bestimmte Punkte beschliessen. So sind im Beschluss der GV stets die obere und die untere Grenze des Kapitalbands, dessen Befristung sowie allfällige Einschränkungen, Auflagen und Bedingungen aufzuführen (Ziff. 1–3). Weitere Punkte betreffen die Kapitalerhöhung und entsprechen grundsätzlich den statutarischen Vorgaben zur ordentlichen Kapitalerhöhung bzw. zur Erhöhung aus bedingtem Kapital. (Ziff. 4 ff.). Es bestehen aber bewusste Abweichungen, insbesondere zu den Sacheinlagen, zu den Verrechnungen und zum Ausgabebetrag. Diese Abweichungen sollen dem VR bei der Nutzung des Kapitalbands Flexibilität ermöglichen (ausser die GV schränkt diesen Handlungsspielraum bewusst ein, Ziff. 3). Andere Modalitäten, z. B. die Vinkulierung von Aktien, bedürfen zu ihrer Gültigkeit ebenfalls der Aufnahme in die Statuten (Ziff. 6). Die GV muss auch die Voraussetzungen für die Ausübung vertraglich erworbener Bezugsrechte regeln (Ziff. 8).

Nach Ablauf der Frist muss der VR gemäss Absatz 2 die Bestimmungen über das Kapitalband aus den Statuten streichen.

Art. 653u und 653v

Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals
innerhalb des Kapitalbands
Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals
durch die Generalversammlung

Im Rahmen der Ermächtigung durch die GV und der gesetzlichen Vorgaben kann der VR nach Artikel 653u Absatz 1 das Kapital erhöhen und herabsetzen. So steht es ihm beispielsweise frei, bei einer oberen Grenze des Kapitalbands von 600 000 Franken, einer unteren Grenze von 200 000 Franken und einem zum Zeitpunkt der Einführung des Kapitalbands im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital von 400 000 Franken das Kapital zuerst auf 500 000 Franken zu erhöhen, anschliessend auf 200 000 Franken herabzusetzen und dann auf 600 000 Franken zu erhöhen.

Bei jeder Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals nimmt der VR die erforderlichen Feststellungen vor und passt die Statuten entsprechend an. Er erlässt nach Absatz 2 die notwendigen Bestimmungen, soweit diese nicht bereits im Beschluss der GV über das Kapitalband enthalten sind. Der Beschluss des VR ist öffentlich zu beurkunden. Da die Statuten bei einem Kapitalband über den Minimalinhalt nach Artikel 626 Absatz 1 hinausgehen, kann auf die öffentliche Beurkundung nie verzichtet werden. Die Pflicht zur Anmeldung der Statutenänderung beim Handelsregisteramt ergibt sich aus Artikel 647 Absatz 1.

Die Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung und die Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital sowie über die Kapitalherabsetzung kommen gemäss Absatz 4 – sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt – sinngemäss zur Anwendung. So hat zum Beispiel der Kapitalerhebungsbeschluss des VR Angaben zur Art der Einlagen zu machen, wenn die GV sich den Entscheid über die Form der Liberierung nicht selber vorbehalten hat (s. Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3).

Auch während der Gültigkeitsdauer des Kapitalbands kann die GV beschliessen, das Aktien- oder Partizipationskapital zu erhöhen oder herabzusetzen. Mit dem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluss fällt jedoch der Beschluss über das Kapitalband aus Gründen der Rechtssicherheit dahin. Die Statuten sind gemäss Artikel 653v entsprechend anzupassen. Es steht der GV aber frei, unmittelbar nach dem Beschluss über eine ordentliche Erhöhung oder Herabsetzung des Kapitals erneut ein Kapitalband vorzusehen. Auch der Beschluss über die Einführung eines neuen bedingten Kapitals oder die Änderung der Währung des Aktien- bzw. Partizipationskapitals führt zum Dahinfallen des Beschlusses über das Kapitalband.

Art. 653w Gläubigerschutz

Beim Kapitalband wird der Gläubigerschutz vorverschoben: Die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger erfolgt gemäss Absatz 1 bereits vor dem Beschluss der GV über die Schaffung des Kapitalbands. Das Gleiche gilt für die Erstellung einer Prüfungsbestätigung durch eine zugelassene Revisionsexpertin oder einen zugelassenen Revisionsexperten. Diese oder dieser bestätigt, dass trotz der potenziellen Herabsetzung auf die untere Grenze des Kapitalbands die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger vollgedeckt sind. Aufgrund der Eintragung des Kapitalbands ins Handelsregister können zukünftige Gläubigerinnen und Gläubiger aber erkennen, dass das Aktienkapital bis auf die offengelegte untere Grenze des Kapitalbands herabgesetzt werden könnte.

Sowohl die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger als auch die Einholung einer Prüfungsbestätigung sind nicht erforderlich, wenn das Kapitalband bereits anlässlich der Gründung der Gesellschaft eingeführt oder wenn die untere Grenze des Kapitalbands nicht tiefer festgesetzt wird als das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital.

Aus Absatz 2 lässt sich entnehmen, dass anlässlich der einzelnen Beschlüsse des VR über eine Kapitalherabsetzung keine Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger mehr erfolgen muss.

Voraussetzung für jede Kapitalherabsetzung im Rahmen eines Kapitalbands ist aber nach Absatz 3, dass die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger durch die Herabsetzung nicht gefährdet werden. Der VR trägt dafür die Verantwortung und haftet gemäss den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsregeln (Art. 717 und 754 OR). Um das Haftungsrisiko zu beschränken, kann er freiwillig eine Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger durchführen und eine Prüfungsbestätigung einholen.

Ein entscheidendes Wesensmerkmal des Kapitalbands liegt darin, dass die im Handelsregister eingetragene untere Grenze des Kapitalbands dieselbe Funktion als Sperrziffer einnimmt wie das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital im geltenden Recht. Für die Gläubigerinnen und Gläubiger ist also die untere Grenze des Kapitalbands von besonderer Bedeutung.

Im Gegensatz zum E 2007³³⁰ verlangt der Entwurf – wie im Übrigen auch schon der Vorentwurf – nicht mehr, dass infolge einer Kapitalherabsetzung innerhalb des

³³⁰ Art. 653x E 2007 (Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1655 f. und 1765).

Kapitalbands nach Abschluss des Geschäftsjahrs die Prüfbestätigung einer zugelassenen Revisionsexpertin oder eines zugelassenen Revisionsexperten eingeholt werden muss. Hingegen sieht der Entwurf vor, dass Gesellschaften, die im Rahmen des Kapitalbands eine Kapitalherabsetzung zulassen, zwingend eingeschränkt oder ordentlich revisionspflichtig sind (s. Art. 653s Abs. 4 und 727a Abs. 2). Sie können also nicht mehr auf die eingeschränkte Prüfung der Jahresrechnung (*Opting-out*) verzichten. Dadurch wird ein effektiver und effizienter Gläubigerschutz gewährleistet. Oftmals werden zudem keinerlei zusätzliche Kosten verursacht, da die Gesellschaft ihre Jahresrechnung bereits zumindest eingeschränkt prüfen lässt. Durch die Prüfung der Jahresrechnung wird in einem sinnvollen Rahmen von unabhängiger Seite kontrolliert, ob die Gesellschaft nicht überschuldet ist bzw. ob die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger weiterhin voll gedeckt sind. Dies ist ein ausgewogener Kompromiss zwischen der Flexibilität des Kapitalbands und den Bedürfnissen des Gläubigerschutzes.

Sieht das in den Statuten verankerte Kapitalband für den VR nur die Möglichkeit zu Kapitalerhöhungen vor (dies entspricht der heutigen genehmigten Kapitalerhöhung), so ist das *Opting-out* weiterhin möglich. Der Vorentwurf war diesbezüglich strenger, was in der Vernehmlassung zu Recht kritisiert wurde.³³¹

Artikel 653x VE OR, der für Gesellschaften mit einem Kapitalband gewisse Angaben im Anhang zur Jahresrechnung vorschrieb, wurde aus systematischen Gründen ins Rechnungslegungsrecht überführt (s. Art. 959c Abs. 2 Ziff. 15). Materiell ändert sich dadurch nichts.

2.1.10 Partizipationsscheine

Art. 656a Abs. 1 und 4

Da gemäss Artikel 621 Absatz 2 neu auch ein Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung zulässig ist, wird Absatz 1 dahingehend präzisiert, dass das Partizipationskapital (PS-Kapital) auf dieselbe Währung zu lauten hat wie das Aktienkapital. Damit soll verhindert werden, dass die verschiedenen Teile des Eigenkapitals unterschiedliche Währungen aufweisen. Insbesondere bei der Berechnung der zulässigen Höhe des PS-Kapitals (s. Art. 656b Abs. 1) und da das PS-Kapital in gewissen Fällen dem Aktienkapital zuzurechnen ist (s. Art. 656b Abs. 3), würden sich andernfalls Schwierigkeiten ergeben.

Im Gegensatz zum Aktienkapital haben die Gesellschaften lediglich das Recht, nicht aber die Pflicht, ein PS-Kapital zu schaffen. Dieses muss nicht bereits bei der Gründung (Ziff. 1) vorhanden sein, sondern kann nach Absatz 4 auch nachträglich geschaffen werden, was dem heute geltenden Grundsatz entspricht (Art. 656b Abs. 5 OR). Die nachträgliche Schaffung von PS-Kapital kann nicht nur mittels ordentlicher Kapitalerhöhung (Ziff. 2), sondern auch durch Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital (Ziff. 3) oder innerhalb eines Kapitalbands (Ziff. 4) erfolgen.

³³¹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 12.