



Praxismitteilung EHRA 2/23

6. Juni 2023

Hinweise zur Praxis des Eidg. Amtes für das Handelsregister

Fragen im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts

1 Ausgangslage

Die Änderung des Obligationenrechts (OR)¹ vom 19. Juni 2020 und die Änderung der Handelsregisterverordnung (HRegV)² sind am 1. Januar 2023 in Kraft getreten. Zu ersten (Auslegungs-)Fragen im Zusammenhang mit dem neuen Recht hat das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) bereits im Rahmen der Praxismitteilungen EHRA 3/2022 und 1/2023 Stellung genommen. Weitere (Auslegungs-)Fragen werden nachfolgend behandelt.

2 Kapitalveränderungen

2.1 Anpassung bedingtes/genehmigtes Kapital

Gemäss Art. 3 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020 kommt für genehmigte Kapitalerhöhungen und Kapitalerhöhungen aus bedingtem Kapital, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts beschlossen wurden, das bisherige Recht zur Anwendung. Die Beschlüsse der Generalversammlung können nicht mehr verlängert oder geändert werden.

Trotz der erwähnten Übergangsbestimmung sind Konstellationen denkbar, in denen eine Anpassung einer altrechtlichen Bestimmung zu einem **genehmigten resp. einem bedingten Kapital** zulässig resp. notwendig ist:

¹ SR 220.

² SR 221.411.

- Im Falle einer genehmigten Kapitalerhöhung resp. eine Kapitalerhöhung aus einem altrechtlich bedingten Kapital schreibt die Übergangsbestimmung nicht vor, dass eine volle Ausschöpfung und damit eine Löschung der altrechtlichen Statutenbestimmung notwendig ist. Teilausschöpfungen sind möglich und die altrechtlichen Statutenbestimmungen müssen folgerichtig entsprechend den bisherigen Regelungen angepasst werden.
- Sofern eine Nennwertänderung (Stückelung oder Kapitalerhöhung/-herabsetzung) oder ein Wechsel der Währung vorgenommen wird, ist eine Anpassung der altrechtlichen Bestimmung zu einem genehmigten resp. einem bedingten Kapital entsprechend den bisherigen Regelungen zwingend notwendig.
- Redaktionelle Anpassungen der Statutenbestimmung zu einem altrechtlichen genehmigten oder bedingten Kapital durch die GV können ebenfalls genehmigt werden (z.B. Aufnahme der weiblichen Form etc.).

Im Übrigen kann generell festgehalten werden, dass Art. 3 Ueb.Best. in Bezug auf das **bedingte Kapital** kaum von Relevanz ist, da das bedingte Kapital ein Institut ist, welches auch das neue Aktienrecht kennt und welches im Rahmen der Aktienrechtsrevision nur punktuelle Anpassungen und Präzisierungen erfahren hat. Die Änderung einer altrechtlichen Bestimmung zu einem bedingten Kapital durch die GV (z. B. Erhöhung des Betrags des bedingten Kapitals) kann daher – sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 653 ff. OR eingehalten sind – in der Regel als Überführung in ein bedingtes Kapital nach neuem Aktienrecht angesehen werden. Eine formelle Löschung des bisherigen bedingten Kapitals und Neueintragung eines bedingten Kapitals nach neuem Aktienrecht ist nicht nötig und in der Regel auch nicht möglich.

Hinweis zu Art. 653i OR: Art. 653i OR dient dem Schutz der Wandel- und Optionsberechtigten bei einem **bedingten Kapital** und findet Anwendung bei einer Aufhebung oder einer teilweisen Aufhebung (=Anpassung) des bedingten Kapitals (so auch die Marginalie zu Art. 653i OR). Bei sonstigen Änderungen der Statutenbestimmung zum bedingten Kapital (z.B. Erhöhung des Betrags des bedingten Kapitals oder sonstige Änderungen) ist Art. 653i OR hingegen nicht zu beachten und eine Bestätigung einer zugelassenen Revisionsexpertin ist somit nicht notwendig.

2.2 Statutenbestimmung Kapitalband (Ermächtigungsklausel)

Wird ein Kapitalband eingeführt, so muss eine statutarische Grundlage aufgenommen werden, welche den Umfang der Ermächtigung des Verwaltungsrats definiert («Ermächtigungsklausel»). Der Inhalt dieser Ermächtigungsklausel wird in Art. 653t Abs. 1 OR umschrieben. Es fragt sich in diesem Zusammenhang inwiefern die Ermächtigungsklausel vom Handelsregisteramt zu überprüfen ist und in welchen Fällen die Statutenbestimmung zu beanstanden ist.

Im Wesentlichen kann festgehalten werden:

- **Ober- und Untergrenze** müssen zwingend in die Ermächtigungsklausel aufgenommen werden (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 1 OR). Nur den Erhöhungs-/Herabsetzungsbetrag zu erwähnen, würde nicht ausreichen. Ausnahme: Im Falle einer Ermächtigung nur zur Erhöhung (entsprechend dem altrechtlichen genehmigten Kapital) kann auf die Nennung der Untergrenze verzichtet werden, da es hier keine eigentliche fixe Untergrenze gibt, sondern die Untergrenze dem jeweils aktuellen Aktienkapital entspricht. Achtung:

Falls als Untergrenze das im Zeitpunkt der Einführung des Kapitalbands im Handelsregister eingetragene Aktienkapital aufgenommen wird, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass eine Herabsetzung des Kapitals nicht ausgeschlossen ist und diese nach einer Erhöhung des Kapitals möglich wird.

- **Anzahl und Nennwert:** Der Verwaltungsrat kann – in Anlehnung an die altrechtliche genehmigte Kapitalerhöhung – ermächtigt werden, dass Kapital durch Ausgabe einer bestimmten Anzahl von Aktien zu erhöhen. Im Sinne einer Einschränkung werden Anzahl und Nennwert der auszugebenden Aktien diesfalls in die Ermächtigungsklausel aufgenommen. Sofern die GV dem Verwaltungsrat aber die umfassende Kompetenz erteilen will, das Kapital innerhalb einer bestimmten Bandbreite beliebig zu erhöhen oder herabzusetzen, ist die Angabe von Anzahl und Nennwert der auszugebenden Aktien nicht nur nicht sinnvoll, sondern kann zu unklaren Formulierungen resp. Folgefragen im Zusammenhang mit der Anpassung der Ermächtigungsklausel (vgl. dazu Ziff. 2.3. sogleich) führen. Anzahl und Nennwert der auszugebenden Aktien sollten nur dann in die Ermächtigungsklausel aufgenommen werden, wenn die Ermächtigung des Verwaltungsrats entsprechend eingeschränkt werden soll; andernfalls kann trotz des Wortlauts von Art. 653f Abs. 1 Ziff. 4 OR, welcher hier nicht differenziert, auf diese Angaben verzichtet werden.
- **Alternativen** Im Rahmen der Ermächtigungsklausel (Aktien oder Partizipations-scheine, Ausgabe von Aktien oder Nennwerterhöhung etc.) sind grundsätzlich möglich. Bei der Formulierung ist darauf zu achten, dass im Falle einer Ausschöpfung sämtlicher Alternativen die Obergrenze des Kapitalbands nicht überschritten würde.

2.3 Anpassung Ermächtigungsklausel Kapitalband

Wird das Kapital im Rahmen eines Kapitalbands erhöht oder herabgesetzt, so macht der Verwaltungsrat gemäss Art. 653u Abs. 4 OR die **notwendigen Feststellungen und ändert die Statuten**. Im Zusammenhang mit den «notwendigen Feststellungen» wird für eine Kapitalerhöhung auf Art. 652g OR resp. Art. 653g OR verwiesen und für die Kapitalherabsetzung auf Art. 653o OR. In den Statuten sind die Höhe des Aktienkapitals und der darauf geleisteten Einlagen sowie Anzahl, Nennwert und Art der Aktien anzupassen.

Es stellt sich die Frage, ob im Rahmen der notwendigen Statutenänderung auch die Ermächtigungsklausel (Art. 653f Abs. 1 OR) anzupassen ist. Fest steht, dass zumindest die untere und die obere Grenze des Kapitalbands nicht angepasst werden können. **Die Grenzen des Kapitalbands sind starr³ und dürfen nur durch die Generalversammlung angepasst werden.** Auch die übrigen Inhalte der Ermächtigungsklausel dürfen grundsätzlich nur durch die Generalversammlung geändert werden. Die Ermächtigungsklausel stellt eine statische Momentaufnahme im Zeitpunkt der Einführung dar. **Nach durchgeführter Kapitalveränderung wird nur die «Kapitalbestimmung» in den Statuten angepasst (Kapital, Aktien, Nennwert) und nicht die Ermächtigungsklausel.**

Eine Ausnahme besteht einzig dann, wenn die Ermächtigungsklausel Angaben zu Anzahl und Nennwert der auszugebenden Aktien enthält (vgl. dazu Ziff. 2.2). Aus Transparenzgründen und in Anlehnung an die Praxis zum «genehmigten Kapital» müssen hier Anpassungen der

³ Eine Ausnahme liegt nur vor, wenn die Generalversammlung ein bedingtes Kapital beschliesst (Art. 653v Abs. 2 OR).

Ermächtigungsklausel durch den Verwaltungsrat nach durchgeführter Kapitalerhöhung/-herabsetzung zulässig sein. Anpassung bedeutet Aktualisierung der entsprechenden Angaben (wie dies unter bisherigem Recht bei der genehmigten Kapitalerhöhung der Fall war) oder – falls mit der Aufnahme von Anzahl und Nennwert der auszugebenden Aktien keine Einschränkung der Ermächtigung des VR bezweckt wurde – die Streichung der entsprechenden Angaben.

2.4 Zusammenspiel Kapitalband und bedingtes Kapital

Bedingtes Kapital ausserhalb des Kapitalbands

Neben dem Kapitalband kann ein vom Kapitalband unabhängiges **bedingtes Kapital ausserhalb des Kapitalbands** i.S.v. Art. 653 ff. OR bestehen. Dieses hat entweder bereits vor der Aufnahme des Kapitalbands bestanden oder es kann nachträglich eingeführt werden. Beschliesst die Generalversammlung nachträglich ein bedingtes Kapital aufzunehmen, so erhöhen sich gemäss Art. 653v Abs. 2 OR die obere und die untere Grenze des Kapitalbands entsprechend dem Umfang der Erhöhung des Aktienkapitals.

Bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands

Die Generalversammlung hat auch die Möglichkeit ein **bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands** aufzunehmen. Dies kann entweder anlässlich der Einführung des Kapitalbands gemacht werden (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 OR) oder zu einem späteren Zeitpunkt (Art. 653v Abs. 2 zweiter Satz OR). In beiden Fällen hat die Ermächtigungsklausel die Angaben gemäss Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 OR zu enthalten (dort wiederum wird auf die Angaben gemäss Art. 653b OR verwiesen). Aus Transparenzgründen und in Anlehnung an die Praxis zum bedingten Kapital ausserhalb des Kapitalbands wird im Handelsregister folgende Eintragung vorgenommen: «**Kapitalband gemäss näherer Umschreibung in den Statuten teilweise mit bedingtem Kapital**». Bei der Durchführung der Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital im Rahmen des Kapitalbands wird folgende Eintragung vorgenommen: «**Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital innerhalb des Kapitalbands**.»

Bei einem frühzeitigen Wegfall des Kapitalbands (z. B. weil eine ordentliche Kapitalerhöhung oder ein Währungswechsel beschlossen wurde) müssen, falls im Zusammenhang mit einem bedingten Kapital innerhalb des Kapitalbands bereits Optionen oder Wandelanleihen ausgegeben worden sind, die Options- und Wandelberechtigten geschützt werden. Das bedingte Kapital muss daher, auch wenn diesbezüglich eine explizite gesetzliche Grundlage fehlt, im Hinblick auf die bereits ausgegebenen Options- und Wandelanleihen als «bedingtes Kapital ausserhalb des Kapitalbands» weiterleben. Die entsprechenden Angaben in den Statuten (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 OR) dürfen aus Transparenzgründen nicht gestrichen werden (falls die Angaben in die Ermächtigungsklausel integriert worden sind, ist bei einer Streichung der Ermächtigungsklausel eine neue Bestimmung zum bedingten Kapital in die Statuten aufzunehmen).

2.5 Kapitalerhöhung durch Verrechnungsliberierung mit maximalem Nennbetrag

Gemäss Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 OR lässt das Gesetz neu auch die Kapitalerhöhung mit maximalem Nennbetrag explizit zu. Entsprechend beschliesst die Generalversammlung den maximalen Nennbetrag, um den das Aktienkapital erhöht werden soll und die maximale Anzahl von Aktien, die ausgegeben werden. Es fragt sich, ob in einem solchen Fall auch eine Verrechnungsliberierung möglich ist. Gemäss Art. 650 Abs. 2 Ziff. 5 OR legt die Generalversammlung bei der Verrechnungsliberierung den Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung, den Namen der Gläubiger und die ihm zukommenden Aktien fest. Diese Formulierung steht im Widerspruch zur Kapitalerhöhung mit maximalem Nennbetrag.

Es sind keine Gründe erkennbar, wieso eine Kapitalerhöhung mit maximalem Nennbetrag nicht auch bei einer Verrechnungsliberierung möglich sein sollte. Im Sinne einer **teleologischen Extension** kann Art. 650 Abs. 2 Ziff. 5 OR dahingehen verstanden werden, dass der **Maximalbetrag der zur Verrechnung gebrachten Forderungen und die maximal auszugebenden Aktien anzugeben sind**.

Auch wenn in der Praxis wohl nicht relevant, müsste theoretisch eine Kapitalerhöhung mit maximalem Nennbetrag auch möglich sein, wenn die Liberierung durch Sacheinlage erfolgt (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Die teleologische Extension wird auch hier angewendet werden müssen.

2.6 Erwähnung Sachübernahme in Art. 652f Abs. 2 OR

Es handelt sich bei der Erwähnung der Sachübernahme in Art. 652f Abs. 2 OR um ein **gesetzgeberisches Versehen**, welches bei Gelegenheit korrigiert werden muss.

Die Sachübernahme stellt keinen qualifizierten Tatbestand mehr dar und natürlich kann diese daher auch keine Pflicht zur Erstellung einer Prüfungsbestätigung auslösen.

3 Diverses

3.1 Verweis auf die Normen des Aktienrechts bei der Gesellschafterversammlung einer GmbH

In Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2^{bis} OR wird im Zusammenhang mit der Gesellschafterversammlung einer GmbH auf die Vorschriften des Aktienrechts für den Tagungsort und die Verwendung elektronischer Mittel verwiesen.

In Art. 808b Abs. 1 OR wiederum ist geregelt, welche Beschlüsse der Gesellschafterversammlung ein **qualifiziertes Mehr** bedürfen. Im Unterschied zum Recht der AG (Art. 704 Abs. 1 OR), fehlt in diesem Katalog die Einführung der statutarischen Grundlage für die Gesellschafterversammlung im Ausland resp. die statutarische Grundlage für den Verzicht auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter bei der virtuellen Gesellschafterversammlung. Es fragt sich daher, ob für die entsprechenden Beschlüsse ein einfaches Mehr genügt, oder ob die Verweisnorm in Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2^{bis} OR ausreicht um auch im Recht der GmbH einen qualifizierten Mehrheitsbeschluss zu verlangen.

Es sind keine Gründe ersichtlich, wieso im Recht der Aktiengesellschaft eine qualifizierte Beschlussfassung nötig sein sollte und im Recht der GmbH eine einfache Beschlussfassung ausreicht. Es wird daher empfohlen, die qualifizierte Beschlussfassung auch bei der GmbH zu verlangen. Mangels gesetzlicher Grundlage (Lücke im Gesetz) kann die Einhaltung des entsprechenden Quorums aber nicht verlangt werden.

3.2 Virtuelle VR-Sitzungen

In Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 OR wird für die Verwendung elektronischer Mittel im VR sinngemäss auf die Art. 701c-e verwiesen. **Der Verweis ist nicht dahingehend zu verstehen, dass auch für virtuelle VR-Beschlüsse eine statutarische Grundlage notwendig wäre und ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter bezeichnet werden müsste** (Art. 701d OR). Da ein bloss sinngemässer Verweis vorliegt und gemäss Botschaft die bisher gelebte Praxis kodifiziert werden soll, scheint dies sachgerecht.

3.3 Protokollierung von VR-Sitzungen

Über die Verhandlungen und Beschlüsse des Verwaltungsrats ist gemäss Art. 713 Abs. 3 OR ein Protokoll zu führen, welches vom Vorsitzenden und vom Protokollführer unterzeichnet wird.

Ein Verweis auf die Bestimmungen zum GV-Protokoll fehlt, weshalb **für VR-Protokolle Art. 702 nicht anwendbar ist**.

3.4 Anpassung von Art. 6 FusG (Sanierungsfusion)

Mit der Aktienrechtsrevision wird die Bestimmung betreffend den Rangrücktritt von Gläubigerinnen und Gläubigern im Fall einer Sanierungsfusion an die Art. 725 OR und die neuen Bestimmungen zu den Reserven (Art. 671 f. OR) angeglichen (Art. 6 Abs. 1^{bis} FusG). Art. 6 Abs. 2 FusG wurde im Rahmen der Aktienrechtsrevision nicht geändert.

Mit der erwähnten Gesetzesänderung bezweckte der Gesetzgeber keine Änderung im Hinblick auf die Notwendigkeit der Bestätigung des zugelassenen Revisionsexperten. **Weiterhin ist also sowohl im Falle von genügend freiem Eigenkapital wie auch im Falle eines Rangrücktritts eine Bestätigung gemäss Art. 6 Abs. 2 FusG erforderlich**. Im Sinne einer teleologischen Auslegung bezieht sich der Verweis in Absatz 2 nicht nur auf Absatz 1 sondern auch auf Absatz 1^{bis}.

3.5 Kapitalerhöhung bei der GmbH

In der alten HRegV wurde im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung einer GmbH in Art. 75 der Inhalt der öffentlichen Urkunde über den Beschluss der Gesellschafterversammlung sowie der Inhalt der öffentlichen Urkunde über die Feststellungen der Geschäftsführer und über die Statutenänderung festgehalten. Gemäss Art. 57 Abs. 1 Lit. I resp. Abs. 2 Lit. d HRegV musste auf die Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte hingewiesen werden.

Mit der Aktienrechtsrevision wurde Art. 75 HRegV aufgehoben, da der Inhalt einer öffentlichen Urkunde im Gesetz und nicht in der Verordnung zu regeln ist. Im Gesetz wird in Art. 781 Abs.

5 OR für die Erhöhung des Stammkapitals – bereits nach bisherigem Recht – auf die Vorschriften des Aktienrechts über die ordentliche Kapitalerhöhung verwiesen. Entsprechend fehlt mit dem Wegfall von Art. 75 HRegV die Grundlage um in den öffentlichen Urkunden ein Hinweis auf die Vorhand-, Vorkaufs- oder Kaufsrechte bei einer Erhöhung des Stammkapitals zu verlangen.

Gemäss Art. 781 Abs. 3 OR richtet sich allerdings die Zeichnung und die Einlage nach den Vorschriften über die Gründung. **Entsprechend muss in der Zeichnung auf die Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufrechte hingewiesen werden.** Der Hinweis auf die statutarischen Rechte und Pflichten ist nicht erforderlich, wenn der Zeichner bereits Gesellschafter ist. Dieser allfällige Hinweis im Rahmen der Zeichnung ist ausreichend. **Ein zusätzlicher Hinweis auf die Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte im Rahmen der öffentlichen Urkunde ist nicht notwendig und kann nicht verlangt werden** – auch dann nicht, wenn die Zeichnungsscheine, welche nicht zwingend Handelsregisterbeleg sind, dem Handelsregisteramt nicht eingereicht werden.

EIDG. AMT FÜR DAS HANDELSREGISTER

Nicholas Turin