



# Praxismitteilung EHRA 1/23

21. März 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)<sup>1</sup> vom 19. Juni 2020 und die Änderung der Handelsregisterverordnung (HRegV)<sup>2</sup> sind am 1. Januar 2023 in Kraft getreten.

#### 2 Kapitalveränderungen

##### 2.1 Ordentliche Kapitalerhöhung und bedingtes Kapital

Das heutige Regelungskonzept der Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital wird grundsätzlich beibehalten. Es werden nur punktuelle Anpassungen und Präzisierungen vorgenommen.

Art. 653a OR äussert sich zur Höhe des Nennbetrags, um den das Aktienkapital bedingt erhöht werden darf. Gemäss bisherigem Recht, durfte «die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals» nicht überstiegen werden (dieselbe Formulierung wurde in Art. 651 Abs. 2 aOR im Zusammenhang mit der genehmigten Kapitalerhöhung verwendet). Nach neuem Recht ist «die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals» massgeblich. Diese Änderung **hat keine materielle Änderung zur Folge**.

---

<sup>1</sup> SR 220.

<sup>2</sup> SR 221.411.

Die neue Formulierung verdeutlicht das schon in der Praxis angewendete Stichtagsprinzip. Massgebend ist das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital. Spätere Kapitalveränderungen haben keinen Einfluss auf die Begrenzung. Auch eine hängige, aber noch nicht im Handelsregister eingetragene Kapitalerhöhung oder -herabsetzung bleibt unberücksichtigt. Gleich verhält es sich mit einem noch nicht verwendeten genehmigten Kapital resp. einem Kapitalbands. **Falls jedoch an derselben Generalversammlung vorgängig zur Einführung des bedingten Kapitals eine ordentliche Kapitalerhöhung beschlossen wird, darf vom erhöhten Betrag des Aktienkapitals ausgegangen werden**, sofern die ordentliche Kapitalerhöhung gleichzeitig mit der Statutenänderung über das bedingte Kapital zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet wird. Die entsprechende Praxis hat sich bei den Handelsregisterbehörden unter bisherigem Recht sowohl bei der genehmigten Kapitalerhöhung wie auch beim bedingten Kapital durchgesetzt.<sup>3</sup> **Die neue Formulierung in Art. 653 OR bezweckt keine Änderung dieser bewährten bisherigen Praxis.**<sup>4</sup>

## 2.2 Ordentliche Kapitalerhöhung/Kapitalherabsetzung und Kapitalband

In Art. 653s Abs. 2 OR wird was die Grenze des Kapitalbands angeht dieselbe Formulierung wie beim bedingten Kapital verwendet: die obere Grenze des Kapitalbands darf das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital höchstens um die Hälfte übersteigen. Die untere Grenze des Kapitalbands darf das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital höchstens um die Hälfte unterschreiten.

Wie beim bedingten Kapital stellt sich die Frage, welcher Kapitalbetrag massgebend ist, wenn an derselben Generalversammlung vorgängig zur Einführung des Kapitalbands eine ordentliche Kapitalerhöhung oder Herabsetzung beschlossen wird. Da beim Kapitalband dasselbe Wording wie beim bedingten Kapital verwendet wird, und da mit dem Kapitalband die Praxis zur bisherigen genehmigten Kapitalerhöhung grundsätzlich nicht erschwert werden soll, kann auf die Ausführungen in Ziff. 2.1 verwiesen werden. **Für die Festsetzung der Grenze des Kapitalbands darf vom erhöhten resp. herabgesetzten Betrag des Aktienkapitals ausgegangen werden, sofern die ordentliche Kapitalerhöhung oder Herabsetzung gleichzeitig mit der Statutenänderung über das Kapitalband zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet wird.**<sup>5</sup> Die entsprechende Praxis steht nicht im Widerspruch zur Formulierung in Art. 653s Abs. 2 OR, da sich im *Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister* die Bandbreite des Kapitals im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben bewegt. Das gesetzlich verankerte Stichtagsprinzip<sup>6</sup>, welches besagt, dass *spätere* Kapitalveränderungen auf die statutarische Definition der Bandbreite keinen Einfluss mehr haben (unter Vorbehalt der «Anpassungsmassnahmen» von Art. 653g Abs. 2 und Art. 653v OR) wird damit nicht verletzt.

<sup>3</sup> Vgl. Stellungnahme des EHRA vom 2. Juli 2002 zum Höchstbetrag einer genehmigten Kapitalerhöhung in REPRAX 2/2002, S. 49 f.

<sup>4</sup> Botschaft Aktienrechtsrevision vom 23. November 2016, S. 502.

<sup>5</sup> Zu den entsprechenden Rahmenbedingungen vgl. Stellungnahme des EHRA vom 2. Juli 2002 zum Höchstbetrag einer genehmigten Kapitalerhöhung in REPRAX 2/2002, S. 49 f.

<sup>6</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. Auflage, §2 N 236.

## 2.3 Bestehende genehmigte Kapitalerhöhung und neues Kapitalband

Mit der Aktienrechtsrevision wird die genehmigte Kapitalerhöhung des bisherigen Rechts ersetzt durch das Kapitalband, welches neu auch die «genehmigte Kapitalherabsetzung» ermöglicht. Die Bestimmungen des bisherigen Rechts zur genehmigten Kapitalerhöhung (Art. 651 und 651a aOR) werden aufgehoben.

Gemäss Art. 3 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020 kommt für genehmigte Kapitalerhöhung, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts beschlossen wurden, das bisherige Recht zur Anwendung („Grandfathering“-Klausel). Die Beschlüsse der Generalversammlung können allerdings nicht mehr verlängert oder materiell geändert werden.

Es stellt sich die Frage, ob eine Gesellschaft, deren Statuten ein «altrechtliches genehmigtes Kapital» enthalten, zusätzlich ein Kapitalband (mit der Möglichkeit zur Erhöhung des Kapitals) aufnehmen kann. Auf diese Weise würde der Verwaltungsrat im Extremfall (bei je voller Ausschöpfung) ermächtigt, das Kapital im Rahmen des genehmigten Kapitals um die Hälfte des bisherigen Kapitals sowie im Rahmen des Kapitalbands *nochmals* um die Hälfte des bisherigen Kapitals zu erhöhen. Auf diese Weise könnte der Verwaltungsrat das aktuelle Kapital verdoppeln, was weder mit dem Institut der genehmigten Kapitalerhöhung noch mit dem Institut des Kapitalbands möglich wäre.

Auch wenn weder das Gesetz noch die Übergangsbestimmungen die Einführung eines Kapitalbands bei bestehendem genehmigtem Kapital ausdrücklich verbieten, muss in der Kumulation dieser beiden Instrumente eine **Rechtsumgehung** gesehen werden. Mit der Aktienrechtsrevision wird die genehmigte Kapitalerhöhung durch das Kapitalband abgelöst; ein Nebeneinander der beiden Institute war vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. **Die Einführung eines Kapitalbands mit der Ermächtigung (auch) zur Erhöhung ist nur möglich, wenn die Generalversammlung gleichzeitig Bestimmung zum genehmigten Kapital aufhebt.**

## 3 Generalversammlung

### 3.1 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter bei einer Generalversammlung im Ausland oder einer virtuellen Generalversammlung

#### 3.1.1. Generalversammlung im Ausland

Die Generalversammlung kann gemäss Art. 701b OR im Ausland durchgeführt werden, wenn die Statuten dies vorsehen und der Verwaltungsrat in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet. Die Statutenbestimmung zur Durchführung der Generalversammlung im Ausland wird mit qualifiziertem Mehr eingeführt (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 11 OR).<sup>7</sup> Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, kann der Verwaltungsrat auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichten, **sofern alle Aktionäre damit einverstanden sind.**

Die unabhängige Stimmrechtsvertretung garantiert, dass Aktionärinnen und Aktionäre, die nicht ins Ausland reisen und somit nicht unmittelbar an der Diskussion in der GV teilnehmen

---

<sup>7</sup> Im Entwurf 2016 wurde das qualifizierte Mehr noch nicht verlangt. Dieses wurde – aufgrund der Skepsis des Ständerats – erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung aufgenommen.

können zumindest ihr Stimmrecht ausüben können. Bei börsenkotierten Gesellschaften ergibt sich dies bereits aus Art. 689c OR.

Aus dem Sinn und Zweck der Norm ergibt sich, dass **die Zustimmung zum Verzicht auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter bei einer nicht an der Börse kotierten Gesellschaft anlässlich jeder Generalversammlung neu einzuholen ist**. Dies ist damit zu begründen, dass jede Änderung der Zusammensetzung des Aktionariats berücksichtigt werden muss, das heisst auch jeder neue Aktionär muss dem Verzicht auf die Einsetzung des Stimmrechtsvertreters zustimmen. Zum anderen ist die konkrete Situation zu berücksichtigen, der Bedarf nach einem unabhängigen Stimmrechtsvertreter ist womöglich nur im Einzelfall gegeben. Werden die Modalitäten betreffend das Einholen der Zustimmung nicht in den Statuten geregelt, so werden sie durch den VR festgelegt.<sup>8</sup> Entgegen der etwas verwirlichen Formulierung in der Botschaft zur Aktienrechtsrevision **wäre ein genereller (statutarischer) Verzicht auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter für alle künftigen Generalversammlungen nicht zulässig**.

### 3.1.2. Virtuelle Generalversammlung

Die Generalversammlung kann gemäss Art. 701d OR mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort (virtuell) durchgeführt werden, wenn die Statuten dies vorsehen und der Verwaltungsrat in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet. Die entsprechende statutarische Grundlage wird mit einfachem Mehr eingeführt. Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, **können die Statuten vorsehen, dass auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden kann**.<sup>9</sup> Die erforderliche statutarische Grundlage für den Verzicht auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter wird mit qualifiziertem Mehr eingeführt (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 OR).

Die unabhängige Stimmrechtsvertretung garantiert, dass Aktionärinnen und Aktionäre, die nicht über die nötigen technischen Mittel oder das entsprechende Knowhow verfügen und somit nicht unmittelbar an der Diskussion in der Generalversammlung teilnehmen können zumindest ihr Stimmrecht ausüben können. Bei börsenkotierten Gesellschaften ergibt sich dies bereits aus Art. 689c OR.

Wird eine entsprechende statutarische Grundlage aufgenommen, wird der Verwaltungsrat ermächtigt, im Rahmen der Einberufung der Generalversammlung jeweils im Einzelfall zu entscheiden, ob auf die Einsetzung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden soll oder nicht. **Eine erneute Zustimmung der Generalversammlung zum Verzicht auf die Einsetzung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters ist nicht mehr notwendig. Ein genereller statutarischer Verzicht wiederum ist nicht möglich**<sup>10</sup>, da die Statuten gemäss Art.

<sup>8</sup> Botschaft zur Aktienrechtsrevision vom 23. November 106, S. 556.

<sup>9</sup> Im Entwurf 2016 war bezüglich Verzicht auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter noch dieselbe Formulierung verwendet worden, wie bei der Generalversammlung im Ausland («sofern alle Aktionäre damit einverstanden sind»). **Im Rahmen der parlamentarischen Beratung hat man sich allerdings bei der virtuellen Generalversammlung für eine liberalere Handhabung entschieden** und statt der Zustimmung aller Aktionäre lediglich die Aufnahme einer statutarischen Grundlage verlangt, da durch die Durchführung der GV im Ausland die Teilnahmemöglichkeit an der GV im Vergleich zur Teilnahme an einer virtuellen GV deutlich stärker erschwert wird.

<sup>10</sup> Die statutarische Formulierung «Eine Generalversammlung kann mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden. Auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters wird verzichtet.» wäre unzulässig.

701d Abs. 2 OR lediglich die *Möglichkeit* des Verzichts und nicht der Verzicht selber vorgesehen können («...können die Statuten vorsehen... verzichtet werden *kann*.»).

Formulierungsvorschlag: «*Eine Generalversammlung kann mit elektronischen Mitteln ohne physischen Tagungsort durchgeführt werden (virtuelle Generalversammlung). Der Verwaltungsrat kann in diesem Fall auf die gesetzlich vorgesehene Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichten.*»

### 3.2 Schriftliche Generalversammlung

Gemäss Art. 701 Abs. 3 OR kann die Beschlussfassung in der Generalversammlung auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen, **sofern nicht ein Aktionär oder dessen Vertreter die mündliche Beratung verlangt**.

Entgegen dem etwas verwirrenden Wortlaut der Marginalie («Zustimmung zu einem Antrag») wir nur für die *Art* der Beschlussfassung Einstimmigkeit verlangt. **Für die materielle Beschlussfassung selbst hingegen genügt ein Mehrheitsbeschluss**. Die schriftliche Beschlussfassung ist damit nicht gleichbedeutend mit einem sog. Zirkularbeschluss.

**Als Beleg für die Beschlussfassung wird dem Handelsregisteramt das Protokoll im Sinne von Art. 702 Abs. 2 OR eingereicht**. Das Protokoll wird wie üblich vom Protokollführer und vom Vorsitzenden der Generalversammlung unterzeichnet (Art. 702 Abs. 3 OR). Die «schriftlichen Stimmabgaben» der Aktionäre oder ein von sämtlichen Aktionären unterzeichneter Zirkularbeschluss sind dem Handelsregisteramt nicht einzureichen. Die ordnungsgemässe Zusammensetzung der Generalversammlung, die Zustimmung der Aktionäre zur Art der Beschlussfassung und die Beschlussfassung selber werden vom Handelsregisteramt nicht überprüft.

## 4 Sacheinlage mit weiterer Gegenleistung

Die Vorschriften zur Sacheinlage (Art. 634 OR) bleiben grundsätzlich unverändert und werden nur leicht angepasst (vgl. Faktenblatt NR. 5 zum Thema «Sacheinlage»). Eine wesentliche Neuerung stellt die Tatsache dar, dass die (beabsichtigte) Sachübernahme neu keinen qualifizierten Tatbestand mehr darstellt. Weiterhin möglich ist die Sacheinlage mit «weiterer Gegenleistung» im Sinne der bisherigen «gemischten Sacheinlage/Sachübernahme».

Die allfällige «weitere Gegenleistung» muss gemäss Art. 634 Abs. 4 OR in den Statuten angegeben werden, unterliegt aber nicht der Handelsregisterpublizität. Eine freiwillige Eintragung der «weiteren Gegenleistung» wird auch gestützt auf Art. 30 HRegV abgelehnt. Auch Formulierungen «im Wert von...», «zum Preis von...» und «accepté pour ce prix», welche gegebenenfalls auf eine weitere Gegenleistung schliessen lassen, sind aus diesem Grund nicht in den Publikationstext aufzunehmen. Weiterhin zulässig im Rahmen der Umschreibung des Sacheinlagegegenstandes ist die Formulierung «Übernahme der Aktiven von ... und Passiven von ... [somit ein Aktivenüberschuss von ...] der Muster AG». Die Kognition des Handelsregisterführers in Bezug auf die *in den Statuten aufgeführte* weitere Gegenleistung ist sehr eingeschränkt.

Bestimmungen zur Vermögensübertragung werden im Rahmen der Aktienrechtsrevision grundsätzlich nicht geändert. Hier muss im Rahmen der Handelsregistereintragung nach wie

vor die *gesamte* Gegenleistung (bestehend aus Aktien und einer allfälligen Forderung) im Handelsregister eingetragen (Art. 139 Lit. d HRegV).

EIDG. AMT FÜR DAS HANDELSREGISTER

Nicholas Turin