

# **Die Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft**

**Abschlussarbeit NDK Paralegal**

**Monique Bieri und Manuela Morel**

**28. Juni 2002**

## Inhaltsverzeichnis

1.	Zusammenfassung .....	4
2.	Gründe für eine Kapitalerhöhung.....	5
2.1.	Benötigung von neuem Eigenkapital.....	5
2.2.	Sanierung der Gesellschaft .....	5
2.3.	Änderung des Gesetzes .....	5
3.	Arten der Kapitalerhöhung.....	5
3.1.	Ordentliche Kapitalerhöhung .....	5
	Schritt 1: Beschlussfassung durch GV .....	6
	Schritt 2: Aktienzeichnung und Liberierung.....	8
	Schritt 3: Kapitalerhöhungsbericht des VR.....	9
	Schritt 4: Prüfung des Berichtes des VR durch den Revisor.....	9
	Schritt 5: Feststellungsbeschluss des VR und Statutenänderung .....	10
	Schritt 6: Handelsregistereintragung .....	11
	Schritt 7: Bereinigung der Aktiensituation .....	11
3.2.	Genehmigte Kapitalerhöhung.....	11
	Schritt 1: Beschlussfassung durch GV .....	12
	Schritt 2: Handelsregistereintragung der Statutenänderung.....	13
	Schritt 3: Kapitalerhöhungsbeschluss des VR .....	13
	Schritt 4: Aktienzeichnung und Liberierung.....	14
	Schritt 5: Kapitalerhöhungsbericht durch den VR .....	14
	Schritt 6: Prüfung des Berichtes des VR durch den Revisor.....	14
	Schritt 7: Feststellungsbeschluss des VR und Statutenänderung .....	14
	Schritt 8: Handelsregistereintragung .....	14
	Schritt 9: Bereinigung der Aktiensituation .....	15
3.3.	Bedingte Kapitalerhöhung .....	15
	Schritt 1: Beschlussfassung durch GV .....	16
	Schritt 2: Handelsregistereintragung der Statutenänderung.....	16
	Schritt 3: Ausübung der Optionsrechte .....	17
	Schritt 4: Prüfung der Durchführung der AK-Erhöhung durch den Revisor .....	17
	Schritt 5: Feststellungsbeschluss des VR und Anpassung der Statuten .....	17
	Schritt 6: Handelsregistereintragung .....	18
	Schritt 7: Streichung einer gegenstandslos gewordenen Statutenbestimmung über das bedingte Kapital.....	18
4.	Arten der Liberierung .....	18
4.1.	Liberierung aus frei verwendbarem Eigenkapital .....	18
4.2.	Liberierung durch Bareinlage .....	19
4.3.	Liberierung durch Sacheinlage.....	20
4.4.	Liberierung durch Verrechnung .....	20
5.	Bezugs- und Vorwegzeichnungsrecht .....	20
6.	Festübernahmeverfahren .....	21

---

7.	Abkürzungsverzeichnis.....	22
8.	Literaturverzeichnis.....	22
	Beilagenverzeichnis.....	23

## 1. Zusammenfassung

Gesellschaften beschliessen aus verschiedenen Gründen, eine Kapitalerhöhung durchzuführen. Es kann sein, dass sie neues Eigenkapital benötigen, um andere Gesellschaften zu übernehmen, um sich an anderen Gesellschaften zu beteiligen oder um ihre Geschäftstätigkeit auszuweiten. Im Jahre 1992 wurde das Aktienrecht revidiert und u.a. der Mindestbetrag für das AK auf CHF 100'000.-- erhöht. Dies führte dazu, dass viele Gesellschaften von Gesetzes wegen eine Kapitalerhöhung durchführen mussten. Eine Kapitalerhöhung kann jedoch auch zur Sanierung einer Gesellschaft verhelfen (Ziff. 2.).

Es gibt drei Arten der Kapitalerhöhung: Die ordentliche, die genehmigte und die bedingte:

Bei der ordentlichen Kapitalerhöhung beschliesst die GV, das AK um einen bestimmten Betrag zu erhöhen, und beauftragt den VR, die Kapitalerhöhung innert drei Monaten durchzuführen (Ziff. 3.1).

Bei der genehmigten Kapitalerhöhung beschliesst die GV über die Möglichkeit, das AK innert einer Frist von höchstens zwei Jahren um einen bestimmten Betrag (max. 50 % des bestehenden ordentlichen AK) zu erhöhen. Der VR entscheidet dann nach eigenem Ermessen bzw. falls zusätzliche finanzielle Mittel benötigt werden, wann er eine Erhöhung durchführt. Tut er dies nicht innert der von der GV festgelegten Frist, fällt der Beschluss der GV dahin (Ziff. 3.2).

Bei der bedingten Kapitalerhöhung fasst die GV nur gerade den Grundsatzentscheid einer eventuellen AK-Erhöhung von max. 50 % des bestehenden ordentlichen AK. Dritte bestimmen hernach durch die Ausübung ihrer Optionen, ob das AK effektiv erhöht wird. Der VR ist in diesem Fall nur ausführendes Organ, indem er den Stand des ordentlichen AK zu einem bestimmten Zeitpunkt feststellt und die nötigen HR-Eintragungen vornimmt (Ziff. 3.3).

Das neue Kapital kann auf verschiedene Arten liberiert werden; aus frei verwendbarem Eigenkapital, durch Bareinlage, durch Sacheinlage oder durch Verrechnung (Ziff. 4.).

Bisherige Aktionäre haben ein Bezugs- und Vorwegzeichnungsrecht. Dieses Recht kann jedoch aus wichtigen Gründen von der GV aufgehoben oder eingeschränkt werden (Ziff. 5.).

Beim Festübernahmeverfahren werden die Aktien nicht von den "Endabnehmern" gezeichnet, sondern auf einer vertraglichen Basis zuerst durch eine Bank oder ein Bankenkonsortium übernommen. Erst in einem zweiten Schritt werden sie an die effektiven Interessenten abgegeben. Dies vermindert das Risiko für die Gesellschaft, dass die AK-Erhöhung scheitert, falls nicht alle Aktien gezeichnet werden (Ziff. 6.).

## **2. Gründe für eine Kapitalerhöhung**

### **2.1. Benötigung von neuem Eigenkapital**

Die Kapitalerhöhung ist oft ein Mittel zur Zuführung von zusätzlichem Eigenkapital für die Beseitigung einer Illiquidität, zur Ausdehnung der Geschäftstätigkeit in neue Wirtschaftszweige oder zur Bereitstellung der Mittel für eine Fusion oder Akquisition. Im Falle der Fusion bzw. Akquisition wird meistens das Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre ausgeschlossen, da sonst keine Aktien mehr vorhanden wären, um die Aktionäre der übernommenen Gesellschaft zu entschädigen (für weitere Ausführungen zum Bezugsrecht wird auf Ziff. 5. verwiesen).

### **2.2. Sanierung der Gesellschaft**

Dies kann durch eine Umschichtung innerhalb des Eigenkapitals geschehen. Dafür werden keine flüssigen Mittel benötigt. Reserven oder nicht ausgeschüttete Gewinne werden in AK umgewandelt. Dadurch wird die Sicherheit der Gläubiger verstärkt.

Eine weitere Sanierungsmassnahme kann eine Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital sein. Gläubiger werden zu Aktionären; sie erlassen der Gesellschaft ihre Schulden, sind jedoch künftig an der Gesellschaft beteiligt und verfügen über Mitwirkungs- und Stimmrechte.

### **2.3. Änderung des Gesetzes**

Im Jahre 1992 trat das revidierte Aktienrecht in Kraft. Im Rahmen dieser Revision wurde das Mindestkapital von CHF 50'000.-- auf CHF 100'000.-- erhöht. Gemäss den Übergangsbestimmungen mussten sich die Aktiengesellschaften innert fünf Jahren den neuen Bestimmungen anpassen und ihr Aktienkapital, falls es unter dem neuen Minimum lag, auf mindestens CHF 100'000.-- erhöhen. Ausgenommen von diesen Übergangsbestimmungen waren nur Gesellschaften, welche vor dem 1. Januar 1985 gegründet worden waren.

## **3. Arten der Kapitalerhöhung**

### **3.1. Ordentliche Kapitalerhöhung**

Die GV beschliesst die ordentliche Kapitalerhöhung und entscheidet alle wesentlichen Punkte. Durch diesen Beschluss erhöht sich das AK jedoch noch nicht, sondern der VR wird beauftragt, die Erhöhung durchzuführen. Der VR muss die Kapitalerhöhung hernach innerhalb von maximal drei Monaten nach Beschluss der GV vollziehen. Gemäss Art. 80 Abs. 2 HRegV sind Anmeldungen, welche dem HR nach Ablauf der Dreimonatsfrist eingereicht werden, abzuweisen.

## Schritt 1: Beschlussfassung durch GV

Der Beschluss der GV muss öffentlich beurkundet werden (Art. 650 Abs. 2 OR), auch wenn die Statuten erst bei der Feststellung des korrekten Vollzugs der AK-Erhöhung durch den VR angepasst werden (siehe nachfolgend Schritt 5). Die gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen für das Beschlussquorum müssen eingehalten werden:

Falls die Statuten nichts anderes vorsehen, erfolgt die Beschlussfassung in den folgenden Fällen gem. Art. 703 OR mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen:

- GV-Beschluss betr. AK-Erhöhung durch Bareinlage,
- GV-Beschluss betr. AK-Erhöhung durch Verrechnung,

wenn keiner der im nachfolgenden Absatz enthaltenen Sachverhalte, welche zwingend ein höheres Beschlussquorum benötigen, zutrifft.

Ein Quorum von mindestens  $\frac{2}{3}$  der vertretenen Aktienstimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte gem. Art. 704 OR ist erforderlich für:

- Liberierung durch Sacheinlage oder aus Eigenkapital (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5. OR),
- Sachübernahme oder beabsichtigte Sachübernahme (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5. OR),
- Gewährung von besonderen Vorteilen (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5. OR),
- Aufhebung oder Einschränkung von Bezugsrechten (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6. OR),
- Einführung von Stimmrechtsaktien (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2. OR) sowie
- Übertragungsbeschränkungen von Namenaktien (Vinkulierungsbestimmungen) (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3. OR).

Böckli hält jedoch fest (Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, S. 109, N 182), dass für "die Ausgabe von vinkulierten Namenaktien ohne Verschärfung der schon bestehenden Beschränkung und die proportionale Ausgabe weiterer Stimmrechtsaktien einer schon bestehenden Kategorie" das qualifizierte Beschlussquorum gem. Art. 704 Abs. 1 OR nicht beachtet werden muss. Weitere beigezogene Literatur äussert sich nicht zu diesem Punkt.

Die öffentliche Urkunde muss Folgendes beinhalten (Art. 650 Abs. 2 OR):

1. Gesamtbetrag um welchen das AK erhöht werden soll und den darauf zu leistenden Liberierungsbetrag (mindestens 20 % des Aktiennennwerts);
2. Anzahl, Art und Nennwert der Aktien, wobei der Mindestbetrag pro Aktie 1 Rappen beträgt. Statt der Ausgabe neuer Aktien ist eine Heraufsetzung des Nennwerts der bereits bestehenden Aktien ebenfalls möglich;
3. Vorrechte einzelner Aktienkategorien, sofern solche eingeführt werden sollen;
4. Ausgabebetrag der neuen Aktien oder die Ermächtigung an den VR, diesen festzusetzen: Dem VR ist es auf diese Weise möglich, innerhalb der ihm zur Verfügung

stehenden dreimonatigen Frist den für die Festsetzung günstigsten Zeitpunkt abzuwarten, was vor allem bei an der Börse kotierten Gesellschaften vorteilhaft sein kann. Wird im GV-Beschluss weder eine Ermächtigungsklausel noch der Ausgabebetrag erwähnt, so muss der VR die Aktien zum Nennwert ausgeben;

5. Beginn der Dividendenberechtigung: Einzig Böckli ist im Schweizer Aktienrecht der Auffassung, dass die Berechtigung – da diese bei der genehmigten AK-Erhöhung vom VR festgesetzt wird – auch bei der ordentlichen Erhöhung durch den VR bestimmt werden sollte (siehe a.a.O., S. 105, N 177). Böckli hält jedoch fest, dass er noch in seiner früheren Auflage (Das neue Aktienrecht, 1. Auflage, Zürich 1992, S. 53, N 177) das Gegenteil vertreten hatte. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (a.a.O.) sind in § 52 N 69 (S. 731) der Ansicht, der Beginn der Dividendenberechtigung müsse von der GV festgelegt werden und auch Zindel/Isler (S. 356, N 17 zu Art. 650 in Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 – 1186 OR, 2. Auflage, Basel 1996) vertreten diese Meinung, beziehen sich dabei jedoch auf die überholte Ausgabe der Ausgabe von Böckli "Das neue Aktienrecht" (a.a.O.);
6. Formen der Liberierung:
  - in bar,
  - durch Verrechnung mit einer Schuld der Gesellschaft,
  - durch Sacheinlage: Bezeichnung des Gegenstandes, Bewertung, Identität des Einlegers sowie Anzahl und Art der ihm zukommenden Aktien,
  - durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital;
7. Sachübernahmen bzw. beabsichtigte Sachübernahmen, wobei Gegenstand, bewerteter Betrag (bzw. Höchstwert falls noch keine sicheren Bewertungen bekannt sind), Identität des Einlegers und Gegenleistung der Gesellschaft anzugeben sind;
8. Besondere Vorteile: Art der Vorteile sowie Identität des Begünstigten;
9. Ist beabsichtigt, die Übertragung der neu zu schaffenden Aktien einzuschränken (zu vinkulieren), so muss der GV-Beschluss dies festhalten, auch wenn die bisherigen Aktien bereits vinkuliert sind. Ansonsten sind die neu ausgegebenen Aktien frei übertragbar;
10. Eine Aufhebung oder Einschränkung (auch teilweise) von Bezugsrechten, ist nur aus wichtigem Grund möglich, wobei die Gründe anzugeben sind. Art. 652b Abs. 2 OR listet folgende "wichtige Gründe" auf: Übernahme von Unternehmen oder Teilen davon sowie von Beteiligungen, Beteiligung von Arbeitnehmern (für weitere Ausführungen zum Bezugsrecht wird auf Ziff. 5. nachfolgend verwiesen);
11. Zuweisung nicht ausgeübter Bezugsrechte: Das Bezugsrecht wird zwar gewährt, es ist jedoch vorzusehen, dass nicht alle Aktien gezeichnet werden. Für diesen Fall kann die GV den VR ermächtigen, die Aktien z.B. am Markt zu Marktpreisen zu platzieren;
12. Voraussetzungen für die Ausübung vertraglich erworbener Bezugsrechte.

## Schritt 2: Aktienzeichnung und Liberierung

Grundsätzlich sind alle bisherigen Aktionäre berechtigt, neu auszugebende Aktien zu zeichnen. Wie bereits erwähnt, kann dieses Bezugsrecht von der GV ausnahmsweise aus wichtigem Grund aufgehoben werden.

Die Aktienzeichnung erfolgt über einen Zeichnungsschein, welcher Anzahl, Nennwert, Art, Kategorie (z.B. Stimmrechtsaktien) und Ausgabebetrag der Aktien enthalten muss, welche vom Aktienzeichner übernommen werden. Der Aktienzeichner verpflichtet sich im Zeichnungsschein zudem, eine Einlage zu leisten, welche dem Ausgabebetrag entspricht. Der Zeichnungsschein nimmt auf den bereits erfolgten GV-Beschluss bezüglich AK-Erhöhung Bezug (Art. 652 OR i.V.m. Art. 630 OR). Werden die Aktien öffentlich zur Zeichnung angeboten und muss somit ein Emissionsprospekt gemäss Art. 652a OR herausgegeben werden, so muss der Zeichnungsschein auch auf diesen Prospekt Bezug nehmen.

Lediglich bei der AK-Erhöhung durch frei verfügbares Eigenkapital der Gesellschaft ist kein Zeichnungsschein nötig (siehe nachfolgend Ziff. 4.1).

Gemäss Art. 652 Abs. 3 OR ist der Zeichnungsschein während drei Monaten nach seiner Unterzeichnung verbindlich, falls er keine längere oder kürzere Befristung enthält.

Werden nicht alle Aktien innerhalb der dreimonatigen Frist gezeichnet, so kann die AK-Erhöhung nicht vollzogen werden. In diesem Fall gibt es keine andere Möglichkeit, als erneut eine GV durchzuführen, welche über eine tiefere AK-Erhöhung beschliesst. Um dies zu vermeiden, wählen Publikumsgesellschaften oftmals das Festübernahmeverfahren. Dieses Verfahren wird in Ziff. 6. nachfolgend näher umschrieben.

Werden die Aktien öffentlich, d.h. einem "nicht begrenzten Kreis von Personen" (Art. 652a Abs. 2 OR), angeboten, so ist ein Emissionsprospekt auszugeben. Die Rechtsliteratur ist der Ansicht, dass dieser Prospekt im Fall einer börsenkotierten Gesellschaft immer nötig ist.

Der Prospekt muss über folgende Sachverhalte informieren (Art. 652a Abs. 1 OR):

- HR-Eintragungen, wobei keine Vertretungsbefugnisse erwähnt werden müssen,
- Anzahl, Nennwert, Art und Vorrechte der bisherigen Aktien (und eventuell vorhandenen Partizipationsscheine),
- eventuelle Statutenbestimmungen über bedingte oder genehmigte Kapitalerhöhungen,
- Anzahl möglicherweise vorhandener Genussscheine und mit welchen Rechten diese verbunden sind,
- die letzte Jahresrechnung und Konzernrechnung mit Revisionsbericht. Falls der Abschluss des Geschäftsjahres mehr als sechs bzw. neun Monate zurückliegt, ist ein (nicht revidierter) Zwischenabschluss erforderlich: In Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5. OR sind zwar ausdrücklich sechs Monate als höchste Dauer festgehalten. Böckli (a.a.O., S. 120, N 197) ist jedoch der Ansicht, dass die Toleranzfrist, einerseits in Anbetracht

der EU-Vorschriften, andererseits weil die Erstellung eines Zwischenabschlusses mit erheblichem Aufwand verbunden ist, neun Monaten betragen sollte. Auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (a.a.O.) halten in N 106 zu § 52 (S. 735) fest, dass eine Frist von neun Monaten Sinn macht und den internationalen Normen entspricht. Beide beziehen sich dabei auf das Rechtsgutachten von Böckli/Druey/Forstmoser/Hirsch/Nobel an die Schweiz. Zulassungsstelle vom 14. Mai 1993 zu Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5. OR, welches in der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 6/1993 (S. 282) publiziert wurde;

- Dividenden, welche in den vergangenen fünf Jahren oder seit der Gründung ausgeschüttet wurden, sowie
- den GV-Beschluss (siehe Schritt 1) über die Ausgabe neuer Aktien.

### **Schritt 3: Kapitalerhöhungsbericht des VR**

Gemäss Art. 652e OR muss der VR schriftlich Rechenschaft über die AK-Erhöhung abgeben. Im Unterschied zum Gründungsbericht, der nur bei qualifizierten Tatbeständen notwendig ist, muss ein solcher bei der Erhöhung immer vorliegen.

Im Bericht ist je nach Art der Liberierung Folgendes zu erwähnen:

- Sacheinlagen und Sachübernahmen sind genau zu beschreiben, und es ist zu bestätigen, dass deren Bewertung angemessen ist;
- es muss bestätigt werden, dass eine allfällige Schuld tatsächlich gegeben und verrechenbar ist;
- es muss bestätigt werden, dass ein allfällig umzuwandelndes Eigenkapital frei verfügbar ist;
- es ist festzuhalten, dass der GV-Beschluss eingehalten worden ist, und darüber zu informieren, ob allfällige Bezugsrechte ausgeübt, entzogen, eingeschränkt oder aufgehoben wurden. Im Bericht muss weiter darüber Rechenschaft abgelegt werden, welche Grundsätze für die Zuweisung der neuen Aktien angewendet wurden; und
- es ist anzugeben, ob besondere Vorteile, welche eventuell gewissen Aktionären oder Dritten zugesprochen werden, begründet und angemessen sind.

Dieser Bericht muss von mindestens einem VR-Mitglied unterzeichnet werden (Art. 80. Abs. 1 Ziff. e. HRegV). Darauf basierend kann die Durchführung der Kapitalerhöhung und die damit verbundene Statutenänderung an einer öffentlich beurkundeten Sitzung des VR beschlossen werden.

### **Schritt 4: Prüfung des Berichtes des VR durch den Revisor**

Der Bericht muss nicht geprüft werden, wenn die AK-Erhöhung durch Barliberierung ohne qualifizierende Tatbestände vorgenommen wird und die Bezugsrechte gewährleistet sind (Art. 652f Abs. 2 OR).

Bei allen anderen Liberierungsarten (durch Sacheinlage, Verrechnung und aus Eigenkapital) bzw. wenn Bezugsrechte eingeschränkt oder aufgehoben werden sowie bei einer

Sachübernahme bzw. beabsichtigten Sachübernahme und bei der Gewährung von besonderen Vorteilen muss der Revisor den Kapitalerhöhungsbericht des VR prüfen. Er bestätigt sodann schriftlich, dass der Bericht richtig und vollständig ist.

Zu erwähnen ist, dass der VR in seinem Jahresbericht für ein Geschäftsjahr, in welchem AK-Erhöhen durchgeföhrt wurden, nicht nur die während dieses Geschäftsjahres erfolgte(n) Erhöhung(en) aufzulisten hat, sondern auch den Wortlaut der Prüfungsbestätigung aufföhren muss (Art. 663d Abs. 2 OR).

### **Schritt 5: Feststellungsbeschluss des VR und Statutenänderung**

An der öffentlich beurkundeten Sitzung des VR stellt dieser fest, dass die Kapitalerhöhung durchgeföhrt worden ist, und er ändert die Statuten entsprechend (Art. 652g OR).

Folgende Dokumente sind dem Notar vorzulegen:

- öffentliche Urkunde über die Beschlüsse der GV;
- (eventuell) VR-Beschluss über die Festsetzung des Ausgabebetrages (falls dieser nicht bereits durch die GV beschlossen wurde);
- Zeichnungsscheine (ausser bei einer Liberierung aus frei verwendbarem Eigenkapital, siehe nachfolgend Ziff. 4.1);
- Einzahlungsbestätigung der Bank (bei Barliberierung);
- Emissionsprospekt (falls nötig);
- eventuell vorliegende Sacheinlage- oder Sachübernahmeverträge;
- Beleg über Verrechnung (z.B. notariell beglaubigte Kopie eines Kontoblattes);
- Kapitalerhöhungsbericht des VR;
- Prüfungsbestätigung des Revisors in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen;
- geänderte Statuten.

Im Beschluss stellt der VR fest, dass alle neu auszugebenden Aktien gültig gezeichnet wurden, dass die versprochenen Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen und dass die Einlagen gesetzes- und statutenkonform sowie aufgrund des früher gefassten GV-Beschlusses geleistet wurden.

Der VR beschliesst sodann, die Statutenbestimmungen bezüglich AK sowie – je nach Art und Weise, wie die Erhöhung erfolgen soll – Anzahl, Nennwert, Art der Aktien und Umfang der Liberierung zu ändern. Eventuell sind zusätzliche Bestimmungen im Hinblick auf Sacheinlagen und Sachübernahmen, Vinkulierung etc. einzufügen.

In der Praxis erfolgt die öffentlich beurkundete VR-Sitzung meistens unmittelbar nach der öffentlich beurkundeten GV (siehe Schritt 1 hiervoor).

Oftmals sehen die Statuten oder das Organisationsreglement einer Gesellschaft für den Feststellungsbeschluss des VR mit anschliessender Statutenänderung vor, dass kein bestimmtes Präsenzquorum nötig ist bzw. die Anwesenheit eines VR-Mitglieds genügt.

### **Schritt 6: Handelsregistereintragung**

Sobald die öffentliche Urkunde über die Feststellung durch den VR und die Änderung der Statuten vorliegt, muss der VR die Änderungen beim HR anmelden (Art. 652h Abs. 1 OR).

Zusammen mit der Anmeldung müssen die öffentlichen Urkunden über die GV- und VR-Beschlüsse mit den dazugehörigen Belegen eingereicht werden. Zusätzlich ist eine Erklärung zu qualifizierten Tatbeständen (eine sogenannte Stampa Erklärung) und, falls eine Liegenschaft als Sacheinlage sofort oder als Sachübernahme später übernommen wird, eine Lex Friedrich Erklärung einzureichen (Art. 80 Abs. 1 HRegV).

### **Schritt 7: Bereinigung der Aktiensituation**

Erst nach Eintragung der AK-Erhöhung im HR können für das erhöhte AK Zertifikate ausgestellt werden und/oder falls nötig alte Zertifikate vernichtet und neue ausgestellt werden. Das Aktienbuch/-register ist nachzuführen.

Werden die Aktien vorher ausgegeben, so sind sie gemäss Art. 652h Abs. 3 OR nichtig. Der Aussteller der Aktien haftet in einem solchen Fall für allfällig entstandenen Schaden.

## **3.2. Genehmigte Kapitalerhöhung**

Diese Form der Kapitalerhöhung dient der erleichterten Kapitalbeschaffung. Sie wird vor allem im Hinblick auf den Erwerb von Unternehmungen oder Beteiligungen gewählt, da in solchen Fällen oft rasch neues Kapital benötigt wird. Auch Publikumsgesellschaften könnten diese Form der AK-Erhöhung vorziehen, da die Einberufung einer GV meistens mit viel Aufwand verbunden ist und es durchaus möglich ist, dass mehrmals pro Jahr neues Kapital beschafft werden muss. Auch für die Ausgabe von Mitarbeiteraktien ist diese Form der AK-Erhöhung zweckdienlich.

Die GV beschliesst über die Möglichkeit, das AK bis zu einem Maximalbetrag zu erhöhen, und gibt dem VR die Ermächtigung, diese Erhöhung jederzeit innert einer gewissen Frist in Tranchen oder als Ganzes durchzuführen. Die Frist, welche mit der Eintragung der Statutenbestimmung im HR zu laufen beginnt, darf maximal zwei Jahre betragen. Sie muss zwingend im GV-Beschluss enthalten sein, sonst ist der Beschluss nichtig. Es liegt dann in der Kompetenz des VR, innerhalb dieses festgelegten Zeitraums über Zeitpunkt, Höhe und Bedingungen der jeweiligen Erhöhung zu entscheiden. Der VR legt im Zeitpunkt der effektiven Erhöhung zudem fest, wie die Einlagen liberiert werden sollen.

Bei jeder Teilerhöhung durch den VR wird durch diesen ein öffentlich zu beurkundender Feststellungs- und Durchführungsbeschluss gefasst, bei welchem gleichzeitig die Statuten den geänderten Umständen angepasst werden. D.h. das ordentliche AK wird um den beschlossenen Betrag heraufgesetzt, der von der GV genehmigte Maximalbetrag wird um diesen verkleinert. Dies kann so oft geschehen, bis der gesamte von der GV genehmigte Maximalbetrag in ordentliches AK umgewandelt worden oder die von der GV festgelegte Frist abgelaufen ist.

### Schritt 1: Beschlussfassung durch GV

Im Unterschied zur ordentlichen AK-Erhöhung wird bei der genehmigten Erhöhung bereits an der öffentlich beurkundeten GV eine Statutenänderung beschlossen. Gemäss Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4. OR sind dafür – falls die Statuten kein höheres Beschlussquorum vorsehen – mindestens 2/3 der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte erforderlich.

Der Inhalt der öffentlichen Urkunde ist demjenigen bei der ordentlichen AK-Erhöhung ähnlich (siehe Ziff. 3.1 Schritt 1 hiervoor). Die GV beschliesst jedoch noch nicht, in welcher Form die Liberierung erfolgen soll, diese Beschlussfassung erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt durch den VR. Der VR wird ermächtigt, das Kapital innert einer Frist von höchstens zwei Jahren bis zu einem gewissen Maximalbetrag in Teilbeträgen zu erhöhen (Art. 651 OR). Sowohl Böckli (a.a.O., S. 111, N 186a) als auch Zindel/Isler (a.a.O., S. 365, N 17 zu Art. 651) sind der Meinung, dass im GV-Beschluss darauf hingewiesen werden muss, dass der VR die AK-Erhöhung in Tranchen vornehmen darf.

Zusätzlich ist eine neue Klausel in die Statuten aufzunehmen, welche diesen Maximalbetrag, den Betrag der darauf zu leistenden Einlagen (mindestens 20 %), Höchstzahl, Nennwert und Art der neuen Aktien sowie (falls zutreffend) Vorrechte einzelner Aktienkategorien und die Einführung von Stimmrechtsaktien wiedergibt. Sind besondere Vorteile oder Beschränkungen der Übertragbarkeit neuer Namenaktien (Vinkulierungsbestimmungen) sowie Voraussetzungen für die Ausübung vertraglich erworbener Bezugsrechte vorgesehen, so sind sie ebenfalls bereits in die von der GV in Kraft zu setzenden Statuten aufzunehmen (Art. 651 Abs. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 81 Abs. 2 HRegV).

In Art. 652b Abs. 2 OR wird zwar eindeutig der GV die Kompetenz zur Aufhebung bzw. Einschränkung von Bezugsrechten zugewiesen. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid (BGE 121 III 219) jedoch festgehalten, dass diese Regelung nicht zweckmässig sei: Im Hinblick auf die Umsetzungsfrist durch den VR von (maximal) zwei Jahren sei es der GV praktisch unmöglich, die Einzelheiten des Bezugsrechts endgültig festzulegen. Gemäss BGE 121 III 233 muss der GV-Beschluss die wesentlichen Bedingungen (Grundsatz und Leitlinien) enthalten, gemäss denen das Bezugsrecht ausgeschlossen werden darf, der Entscheid darüber kann aber innerhalb dieser Vorgaben an den VR delegiert werden. Dabei spielt die Grösse einer Unternehmung eine zusätzliche Rolle. Bei einer Publikumsgesellschaft darf die Delegation nicht allzu eng gefasst sein, bei kleineren oder mittleren Unternehmungen müssen die Anforderungen um so strenger sein, je grösser die an Dritte abgegebene Quote ist. Böckli hatte diese Delegationsbefugnis bereits in "Das neue Aktienrecht" (a.a.O.) bejaht und kann sie im Nachfolgewerk "Schweizer Aktienrecht" (a.a.O.) mit dem vorgenannten BGE zusätzlich untermauern. Er hält weiter fest (a.a.O., S. 114, N 187b (vi)), dass die Delegation für die Zuweisung nicht ausgeübter oder entzogener Bezugsrechte analog ausgeübt werden kann.

Der genehmigte Betrag darf nicht mehr als die Hälfte des bisherigen ordentlichen AK ausmachen. Wird an der gleichen GV nach einer ordentlichen eine genehmigte AK-Erhöhung beschlossen, so kann die genehmigte Erhöhung bis zur Hälfte des neuen ordentlichen AK betragen.

Die folgenden Entscheidungen werden – neben dem Entscheid ob tatsächlich eine Erhöhung stattfinden soll und in welchem Umfang – zusätzlich an den VR delegiert: Ausgabebetrag für die neuen Aktien, Art der Einlagen, ob allfällige Sachübernahmen erfolgen, Beginn der Dividendenberechtigung (vgl. Art. 651 Abs. 3 OR) sowie Bestimmungen zum Bezugsrecht innerhalb der von der GV festgelegten Vorgaben (siehe Ziff. 3.2 Schritt 1 Abs. 4).

Eine Genehmigung zur AK-Erhöpfung kann, falls sie unbenutzt abläuft, von der GV mehrmals, jeweils für eine Maximaldauer von zwei Jahren, verlängert werden. Weiter kann die Ermächtigung an den VR – falls dieser davon noch nicht oder erst zum Teil Gebrauch gemacht hat – von der GV jederzeit widerrufen werden. Der Widerruf bedarf keines qualifizierten Beschlussquorums, eine allfällige Änderung oder Erneuerung der genehmigten AK-Erhöpfung durch die GV hingegen schon.

## **Schritt 2: Handelsregistereintragung der Statutenänderung**

Da durch den GV-Beschluss die Statuten geändert werden, muss auch zwingend eine Anmeldung an das HR erfolgen (Art. 81 Abs. 1 HRegV). Der Eintrag hält jedoch nur fest, dass sich die Statuten geändert haben, das genehmigte Kapital wird nicht eingetragen und ist somit auch auf einem HR-Auszug nicht ersichtlich. Im SHAB wird lediglich auf eine nicht publikumspflichtige Änderung hingewiesen.

Wie bereits vorgängig ausgeführt (Ziff. 3.2 Abs. 2) beginnt die von der GV festgelegte Frist der Umsetzung durch den VR (maximal zwei Jahre) am Tag nach der Eintragung im HR zu laufen.

## **Schritt 3: Kapitalerhöhungsbeschluss des VR**

Der VR erlässt gestützt auf die Ermächtigung der GV die nötigen Bestimmungen, soweit sie nicht bereits von der GV beschlossen worden sind:

- Ausgabebetrag, Anzahl, Nennwert, Art der neu zu schaffenden Aktien;
- Bestätigung der durch die GV eventuell beschlossenen Vinkulierungsbestimmungen;
- Art der Liberierung und ob Sachwerte übernommen werden bzw. deren Übernahme beabsichtigt ist. Bei einer Sacheinlage sind Gegenstand, Bewertung, Identität des Sacheinlegers sowie Anzahl und Art der ihm abzugebenden Aktien anzugeben. Ist eine Sachübernahme geplant, so sind die entsprechenden Werte ebenfalls aufzuführen; und
- Einschränkung bzw. Aufhebung von Bezugsrechten und deren Verwendung innerhalb der durch die GV auferlegten Schranken.

Dieser Beschluss bedarf keiner öffentlichen Beurkundung. Wenn die Aktien bereits vorher liberiert und gezeichnet worden sind, kann der Beschluss gleichzeitig mit dem Feststellungsbeschluss des VR gefasst und in die öffentliche Urkunde integriert werden (siehe nachfolgend Schritt 7), was in der Praxis meistens der Fall ist.

#### **Schritt 4: Aktienzeichnung und Liberierung**

Auch bei der genehmigten AK-Erhöhung sind alle bisherigen Aktionäre berechtigt, die neuen Aktien zu zeichnen. Das Bezugsrecht kann wiederum ausnahmsweise aus wichtigem Grund entzogen werden (Art. 652b Abs. 2 OR).

Zum Inhalt und zur Befristung des Zeichnungsscheins sowie zum Emissionsprospekt wird auf Ziff. 3.1 Schritt 2 verwiesen, wobei sowohl Zeichnungsschein als auch Emissionsprospekt zusätzlich auf den VR-Beschluss Bezug nehmen müssen.

#### **Schritt 5: Kapitalerhöhungsbericht durch den VR**

Es wird auf Ziff. 3.1 Schritt 3 verwiesen.

#### **Schritt 6: Prüfung des Berichtes des VR durch den Revisor**

Es wird auf Ziff. 3.1 Schritt 4 verwiesen.

#### **Schritt 7: Feststellungsbeschluss des VR und Statutenänderung**

Der Feststellungsbeschluss durch den VR entspricht in etwa demjenigen der ordentlichen AK-Erhöhung (siehe Ziff. 3.1 Schritt 5).

Zusätzlich zur Statutenänderung betreffend Erhöhung des ordentlichen AK ist die Statutenbestimmung über das genehmigte AK anzupassen: Bei einem partiellen Gebrauch des genehmigten Betrages ist das genehmigte AK um diesen herabzusetzen. Falls der ganze Betrag in ordentliches AK umgewandelt wurde, ist die Statutenbestimmung zu streichen.

Wird das genehmigte AK nicht innert der von der GV gesetzten Frist in ordentliches AK umgewandelt, so wird der GV-Beschluss unwirksam. In diesem Fall ist die Statutenbestimmung bezüglich genehmigtem AK durch einen (da es sich um eine Statutenänderung handelt) öffentlich beurkundeten VR-Beschluss zu streichen.

Wird die Bestimmung nicht gestrichen, entfällt die Genehmigung trotzdem. Bei der Bestimmung bezüglich Streichung (Art. 651a Abs. 2 OR) handelt es sich um eine sogenannte Ordnungsvorschrift. Wird diese nicht befolgt, so kann das HR gemäss Art. 943 Abs. 1 OR eine Ordnungsbussse gegen die Verantwortlichen verfügen. Der Gesellschaft erwächst jedoch kein Rechtsnachteil.

#### **Schritt 8: Handelsregistereintragung**

Beim HR müssen sowohl die Belege für die ordentliche AK-Erhöhung als auch diejenigen betreffend Reduktion bzw. Beseitigung des genehmigten Betrages eingereicht werden (Art. 81b Abs. 1 und 2 HRegV). Ansonsten kann auf Ziff. 3.1 Schritt 5 verwiesen werden. Im SHAB wird die Erhöhung des ordentlichen Kapitals publiziert.

### **Schritt 9: Bereinigung der Aktiensituation**

Es wird auf Ziff. 3.1 Schritt 6 verwiesen.

### **3.3. Bedingte Kapitalerhöhung**

Das bedingte Kapital dient dazu, Aktien jederzeit und ohne grosse Umtriebe ausgeben zu können. Nötig kann dies sein, wenn der Halter von Wandelanleihen von seinem Recht Gebrauch macht, seine bisherige Gläubigerstellung innert einer bestimmten Frist oder zu einem bestimmten Zeitpunkt zu im Voraus festgesetzten Bedingungen in eine Aktionärsposition *umzuwandeln*. Er tauscht somit seine Forderungen, welche zum Zeitpunkt des Tausches erlöschen, in Beteiligungsrechte ein; bei der Gesellschaft wird dabei Fremd- zu Eigenkapital.

An die Optionsanleihe geknüpft ist die Möglichkeit, ebenfalls zu im Voraus festgelegten Bedingungen Beteiligungsrechte zusätzlich zu *erwerben*. Das Recht des Anlegers auf Rückzahlung und Verzinsung der Anleihe bleibt jedoch weiterhin bestehen.

Für beide Fälle muss sichergestellt werden, dass Aktien ohne grössere Umtriebe und innert kürzester Frist verfügbar sind, sobald die Rechte wahrgenommen werden.

Ebenfalls eingesetzt werden können die Optionsrechte, um Mitarbeiter an der Gesellschaft zu beteiligen.

Das Vorgehen bezüglich einer bedingten AK-Erhöhung ist in Art. 653 – 653i OR geregelt. Einerseits sind die bisherigen Aktionäre zu schützen, da ihnen das Bezugsrecht im Zeitpunkt der Aktienzeichnung entzogen wird. Andererseits gebührt auch den Wandel- oder Optionsberechtigten der Schutz. Da sie ihre Rechte erst zu einem späteren Zeitpunkt geltend machen können, muss sichergestellt sein, dass von der Gesellschaft aus vorgängig nicht Schritte unternommen werden, um die Position der Berechtigten zu verschlechtern.

Damit die Stellung der bisherigen Aktionäre geschützt wird, müssen ihnen die auszugebenden "Anleihens- oder ähnlichen Obligationen, mit denen Wandel- oder Optionsrechte verbunden sind" gemäss Art. 653c Abs. 1 OR vorgängig im Verhältnis zu ihren Beteiligungen zur Zeichnung angeboten werden (man spricht von "Vorwegzeichnungsrechten", vgl. Art. 653c Abs. 2 OR). Dieses Recht kann jedoch wiederum – wie das Bezugsrecht – aus wichtigem Grund beschränkt oder aufgehoben werden. Werden den Mitarbeitern Optionen angeboten, so wird das Vorwegzeichnungsrecht der bisherigen Aktionäre wegbedungen (vgl. Ziff. 5. nachfolgend).

Die GV fasst nur gerade den Grundsatzentscheid für eine Kapitalerhöhung. Ob diese später durchgeführt wird bzw. in welchem Umfang, bestimmen Dritte, d.h. Wandel- oder Optionsberechtigte. Falls von diesen keine Aktien im Umfang ihrer Optionen gezeichnet werden, findet auch keine Kapitalerhöhung statt. Der VR ist also vor allem ausführendes Glied und hat wenig Entscheidungskompetenz.

Das Kapital erhöht sich somit während der Ausübung der Optionsrechte kontinuierlich, es ist während einer gewissen Zeit veränderbar. Der HR-Eintrag wird entsprechend nicht laufend angepasst, sondern an einem bestimmten Stichtag. Es kann also sein, dass der Eintrag zeitweise nicht den Tatsachen entspricht. Auch der Bundesrat hat dies in seiner Botschaft zum neuen Aktienrecht 1983 anerkannt, indem er schrieb: "Dass das effektive mit dem im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital während der Zwischenzeit [zwischen der Optionsausübung und der HR-Eintragung] nicht übereinstimmt, muss und kann in Kauf genommen werden" (Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.02.1983, Ziff. 205.2 Abs. 2).

Wie beim genehmigten AK darf der Nennwert, welcher Gegenstand der bedingten AK-Erhöhung ist, nicht mehr als die Hälfte des bisherigen ordentlichen AK betragen.

### **Schritt 1: Beschlussfassung durch GV**

Der Beschluss der öffentlich beurkundeten GV, bedingtes Kapital zu schaffen, bringt wie bei der genehmigten AK-Erhöhung eine Statutenänderung mit sich. Wiederum ist dafür – falls die Statuten kein höheres Beschlussquorum vorsehen – ein qualifiziertes Mehr gemäss Art. 704 Ziff. 4. OR nötig.

Die in die Statuten aufzunehmende Bestimmung muss Nennbetrag der Erhöhung sowie maximale Anzahl, Nennwert und Art der gegebenenfalls neu zu schaffenden Aktien enthalten. Dabei können selbstverständlich auch verschiedene Aktienkategorien vorgesehen werden. Weiter sind die Kategorien von Berechtigten und die Aufhebung der Bezugsrechte der bisherigen Aktionäre festzuhalten sowie allfällige Vorrechte einzelner Aktienkategorien und Bestimmungen zur Vinkulierung, falls eine solche vorgesehen ist (Art. 653b Abs. 1 OR).

Werden die Anleihen nicht zuerst den Aktionären zur Zeichnung angeboten, ist zusätzlich anzugeben (Art. 653b Abs. 2 OR), unter welchen Voraussetzungen die Wandel- und Optionsrechte ausgeübt werden können. Damit ist der maximale Zeitraum gemeint, während dem die Rechte ausübbar sind. Ebenfalls festzuhalten sind die Grundlagen für den Ausgabebetrag, d.h. der minimale Ausgabebetrag für die neuen Aktien (Isler/Zindel, a.a.O., S. 416, N 21 ff. zu Art. 653b, Böckli, a.a.O., S. 143 f., N 235).

Sowohl Isler/Zindel (a.a.O., S. 410, N 5) als auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (a.a.O., S. 761, N 316) halten fest, dass es zwar keine Gesetzesbestimmungen über die Befristung der Durchführung durch den VR gibt. Gemäss ihnen kann aber der GV-Beschluss eine solche vorsehen. Böckli (a.a.O., S. 141, N 233f) ist demgegenüber der Meinung, dass eine Fristsetzung dem Zweck der bedingten AK-Erhöhung zuwider läuft.

### **Schritt 2: Handelsregistereintragung der Statutenänderung**

Es wird auf Ziff. 3.2 Schritt 2 verwiesen.

### **Schritt 3: Ausübung der Optionsrechte**

Die Optionsrechte werden durch eine schriftliche Erklärung ausgeübt, welche auf die Statutenbestimmung bezüglich bedingter Kapitalerhöhung Bezug nimmt. Werden Emissionsprospekte ausgegeben, so ist auch darauf hinzuweisen (Art. 653e Abs. 1 OR).

Art. 653e Abs. 2 OR sieht nur eine Liberierung in bar oder durch Verrechnung vor. Die Einlage muss auf ein Sperrkonto bei einem dem BankG unterstellten Bankinstitut einbezahlt werden. Auch die Verrechnungserklärung ist nicht an die Gesellschaft, sondern an diese Depositenstelle zu richten. Die Depositenstelle muss sodann erklären, dass die Ausübung erfolgt und die Einlagen geleistet worden sind. Einlagen müssen voll liberiert sein (Art. 653a Abs. 2 OR).

Im Unterschied zur Gründung aber auch zu den zwei anderen Arten der AK-Erhöhung, steht das Geld der Gesellschaft sofort zur Verfügung. Da die Eintragung in das HR erst später erfolgt, wäre das Kapital sonst eventuell über längere Zeit gesperrt.

Der Einleger erlangt seine Aktionärsrechte und -stellung ebenfalls, sobald er die Einlage geleistet hat. Der Kapitalerhöhungsbericht des VR ist nicht notwendig. Die Aktientitel können bereits nach der Liberierung und nicht erst nach dem Eintrag ins HR ausgestellt werden.

### **Schritt 4: Prüfung der Durchführung der AK-Erhöhung durch den Revisor**

Der besonders befähigte Revisor hat die Erhöhung in jedem Fall zu prüfen und zuhanden des VR einen schriftlichen Prüfungsbericht abzugeben. Die Prüfung wird – falls der VR eine solche nicht früher verlangt – nach Ablauf eines Geschäftsjahres durchgeführt. Da der VR die während eines Geschäftsjahres erfolgten bedingten AK-Erhöhlungen spätestens drei Monate nach Ablauf dieses Geschäftsjahres beim HR anzumelden hat, ist der Prüfungsbericht so rasch als möglich vor Ablauf dieser Zeitspanne zu erstellen.

Bei der bedingten AK-Erhöhung prüft der Revisor, ob die Aktienausgabe gesetzes- und statutenkonform erfolgt ist und allenfalls mit dem Emissionsprospekt übereingestimmt hat (Art. 653f OR).

### **Schritt 5: Feststellungsbeschluss des VR und Anpassung der Statuten**

Sobald dem VR die Prüfungsbestätigung des Revisors vorliegt, hält er in einem öffentlich beurkundeten VR-Beschluss den Stand des ordentlichen AK am Ende des Geschäftsjahres sowie Anzahl, Art und Nennwert der neu ausgegebenen Aktien und eventuell Vorrechte bestimmter Aktienkategorien fest.

Zusätzlich sind die Bestimmungen über das bedingte Kapital und die damit verbundenen Bedingungen entsprechend anzupassen. Der VR muss weiter festhalten, dass die Prüfungsbestätigung des Revisors die verlangten Angaben enthält.

## **Schritt 6: Handelsregistereintragung**

Wie bereits erwähnt, muss der VR die Änderungen spätestens drei Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres, in welchem die Erhöhung stattgefunden hat, beim HR anmelden. Sowohl die Belege für die ordentliche AK-Erhöhung als auch diejenigen betreffend Reduktion des bedingten Betrages müssen eingereicht werden. Ansonsten kann auf Ziff. 3.1 Schritt 5 verwiesen werden. Im SHAB wird nur die Erhöhung des ordentlichen Kapitals publiziert.

## **Schritt 7: Streichung einer gegenstandslos gewordenen Statutenbestimmung über das bedingte Kapital**

Analog zum genehmigten Kapital ist es auch hier nötig, die Statutenbestimmung über das bedingte Kapital zu streichen, sobald sie gegenstandslos geworden ist. Dies ist vor allem der Fall, wenn alle Optionen ausgeübt worden sind.

Um die Streichung vornehmen zu können, muss ein besonders befähigter Revisor zuhanden des VR schriftlich bestätigen, dass alle Wandel- bzw. Optionsrechte erloschen sind. Aufgrund dieser Bestätigung wird an einer öffentlich beurkundeten VR-Sitzung die Statutenbestimmung gestrichen (Art. 653i OR).

Auch diese Statutenänderung muss im HR eingetragen werden (Art. 82b HRegV), und die Publikation im SHAB gibt wiederum darüber Auskunft, dass ein nicht publikumspflichtiger Tatbestand geändert hat.

## **4. Arten der Liberierung**

### **4.1. Liberierung aus frei verwendbarem Eigenkapital**

Bei der Erhöhung aus Eigenkapital (sogenannte "Gratisaktien") muss, wie in Art. 652d Abs. 1 OR erwähnt, das Eigenkapital frei verfügbar sein, d.h. es darf nicht anderweitig zweckgebunden sein (z.B. gesetzliche Reserven bis zur Hälfte des AK).

Möglich ist eine solche Liberierung über einen allfällig verfügbaren Bilanzgewinn, freie statutarische Reserven, gesetzliche Reserven, falls sie die Hälfte des AK übersteigen, oder Aufwertungsreserven (Art. 670 Abs. 1 OR).

Um Missbräuche zu vermeiden, muss die Deckung anhand der – von den Aktionären genehmigten – Jahresrechnung oder, falls der Ablauf des Geschäftsjahres mehr als sechs bzw. (analog zu den Ausführungen unter Ziff. 3.1 Schritt 2 zum benötigten Zwischenabschluss bei der Ausgabe von Emissionsprospekten) neun Monate zurückliegt, mit einem geprüften Zwischenabschluss nachgewiesen werden.

Bei dieser Liberierungsart bedarf es keines Zeichnungsscheines. Der Kapitalerhöhungsbericht des VR muss durch einen Revisor geprüft werden, welcher schriftlich bestätigt, dass der Bericht vollständig ist und den Tatsachen entspricht. In den Statuten wird nicht erwähnt, dass die Liberierung aus Eigenkapital erfolgt ist.

Sowohl bei der ordentlichen wie auch bei der genehmigten AK-Erhöhung muss diese Art der Liberierung zwingend von der GV beschlossen werden, da nur sie darüber entscheiden kann, wie das Eigenkapital verwendet wird. Die bisherigen Aktionäre erhalten diese sogenannten "Gratisaktien" im Verhältnis zu den bisher von ihnen gehaltenen Aktien. Sowohl Böckli (a.a.O., S. 123, N 205a) als auch Zindel/Isler (a.a.O., S. 386, N 8 zu Art. 652d) sind der Ansicht, dass es bei dieser Art der Erhöhung fast ausgeschlossen ist, das Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre aufzuheben bzw. einen wichtigen Grund (siehe Art. 652b Abs. 2 OR) für die Aufhebung zu finden.

#### **4.2. Liberierung durch Bareinlage**

Bei der AK-Erhöhung durch Barliberierung gelten die gleichen Bestimmungen wie bei der Gründung.

Gemäss Böckli (a.a.O., S. 121, N 199a) ist nicht nur der Nennwert auf ein Konto bei einer dem BankG unterstellten Bank zu hinterlegen, sondern auch ein allfälliges Agio (Mehrbeitrag der Einlage). Zindel/Isler hingegen (a.a.O., S. 383, N 2 zu Art. 652c) vertreten die Ansicht, dass nur gerade der Nennwert auf ein Sperrkonto einbezahlt werden soll, das Agio jedoch auf ein separates Bankkonto, welches der Gesellschaft sofort zur Verfügung steht. Ausser bei der bedingten Erhöhung, bei welcher das Geld sofort zur Verfügung steht (siehe Ziff. 3.3 Schritt 3 Abs. 3 hiervor), verbleibt die Einlage auf dem Sperrkonto, bis die AK-Erhöhung im HR eingetragen worden ist.

Ist bei der Erhöhung durch Bareinlage eine Sachübernahme oder beabsichtigte Sachübernahme vorgesehen, muss – analog zur Gründung – Zusätzliches vorgekehrt werden:

Die zu übernehmenden Vermögenswerte, Identität des Verkäufers sowie Gegenleistung der Gesellschaft sind in den Statuten festzuhalten. Der vom VR verfasste Kapitalerhöhungsbericht, in welchem auch die zu übernehmenden Werte genau zu umschreiben sind, ist von einem Revisor zu prüfen. Der Revisor hat schriftlich zu bestätigen, dass der Bericht vollständig ist und den Tatsachen entspricht. Oft wurden auch bereits Vereinbarungen im Hinblick auf die zu übernehmenden Sachwerte abgeschlossen. Bestehen, vor allem bei einer beabsichtigten Sachübernahme, noch keine Preisabsprachen bzw. Vereinbarungen, so ist im Kapitalerhöhungsbericht und in der Statutenbestimmung über die beabsichtigte Sachübernahme ein Höchstwert anzugeben.

Anders als bei der Sacheinlage (siehe nachfolgend Ziff. 4.3) sind die Vermögenswerte bei der Sachübernahme nicht sofort verfügbar, sie werden zu einem späteren Zeitpunkt eingebracht.

Auch bei der Kapitalerhöhung kann die GV (wie bei der Gründung) besondere Vorteile zugunsten gewisser Personen einräumen. Diese Vorteile müssen, damit sie gültig sind, in die Statuten aufgenommen werden. Es kann sich dabei um Gewinnbeteiligungsrechte, aber auch Liefer- oder Abnahmeverpflichtungen der Gesellschaft zugunsten dieser Person(en) handeln.

Auch in diesem Fall sieht das Gesetz vor, dass der Revisor den Kapitalerhöhungsbericht prüft und einen schriftlichen Bericht abgibt.

### **4.3. Liberierung durch Sacheinlage**

Die Liberierung durch Sacheinlage unterliegt ebenfalls den Bestimmungen, wie sie für die Gründung einer AG durch Sacheinlage aufgestellt sind (siehe Art. 634 ff. OR). Auch hier haben Sacheinlageverträge sowie die schriftliche Bestätigung des Revisors, dass er den Kapitalerhöhungsberichtes geprüft hat, vorzuliegen. In die Statuten ist eine Bestimmung mit folgendem Inhalt aufzunehmen: Beschreibung, Bewertung der Einlage, Identität des bzw. der Einleger sowie Art und Anzahl der Aktien, welche die Einleger dafür erhalten. Wird eine Gesellschaft übernommen und sind deren Aktien Gegenstand der Sacheinlage, so sind gemäss Böckli (a.a.O., S. 121, N 200) die Namen der einzelnen Sacheinleger nicht anzugeben. Böckli macht dabei geltend, dass die einzelnen Einleger gegenüber der zu übernehmenden Gesellschaft in den Hintergrund treten.

Im Unterschied zur Sachübernahme müssen die auf diese Weise eingebrachten Sachwerte sofort verfügbar sein.

Statutenbestimmungen bezüglich qualifizierter Kapitalerhöhungen (z.B. Sacheinlage-, Sachübernahme- oder beabsichtigte Sachübernahmebestimmungen) können nach zehn Jahren aufgehoben werden (vgl. Art. 628 Abs. 4 OR).

### **4.4. Liberierung durch Verrechnung**

Die Verrechnung erfolgt durch Verzicht eines Gläubigers auf gewisse Forderungen, für welche er Aktien erhält. Oftmals geschieht dies, um eine Gesellschaft zu sanieren, da sie ihre Schulden sonst nicht mehr zurückbezahlen könnte.

Im Kapitalerhöhungsbericht hat der VR zu bestätigen, dass die Schuld tatsächlich besteht, fällig und verrechenbar ist. Prüfung und Bestätigung des Kapitalerhöhungsberichtes des VR durch einen Revisor ist ebenfalls erforderlich.

Eine weitere Möglichkeit der Liberierung durch Verrechnung bilden die Wandelobligationen bei Publikumsgesellschaften. Der Besitzer von Wandelobligationen hat während einer gewissen Zeit das Recht, diese zu bestimmten Bedingungen in Aktien umzuwandeln. Seine Rechte als Gläubiger auf Zins und Rückzahlung des aus der Obligation geschuldeten Betrages kann er auf diese Weise in Beteiligungsrechte aus Aktionärsstellung umtauschen. Wird dieses Umwandlungsrecht ausgeübt, erlischt das Recht des Gläubigers auf seine Forderung.

Wie die Bareinlage bedarf auch diese Art der Liberierung keines besonderen Beschlussquorums.

## **5. Bezugs- und Vorwegzeichnungsrecht**

Sofern nichts anderes von der GV beschlossen wurde, haben die Aktionäre ein Bezugs- oder Vorwegzeichnungsrecht. Sie sind also die ersten, denen die neuen Aktien oder Optionen/Wandelobligationen zur Zeichnung angeboten werden (Art. 652c OR). Sie haben das Recht, Aktien im Verhältnis zu ihrem bisherigen Anteil am AK zu erwerben. Verzicht-

ten die Aktionäre auf dieses Recht, müssen sie sich bewusst sein, dass sich dies auf ihre Stimmkraft auswirkt und zu einer „Verwässerung“ ihres bisherigen Kapitals führt.

An der GV können jedoch, wie bereits erwähnt, das Bezugsrecht bzw. das Vorwegzeichnungsrecht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Der Ausschluss oder die Einschränkung muss sachlich begründet und erforderlich sein, z.B. durch die Übernahme von Gesellschaften, Unternehmensteilen oder Beteiligungen, durch Mitarbeiterbeteiligungen (hier wird das Vorwegzeichnungsrecht immer ausgeschlossen) oder durch eine bevorstehende Fusion. Dies muss in der öffentlichen Urkunde aufgeführt werden und der VR hat im Kapitalerhöhungsbericht Rechenschaft darüber abzulegen.

Gem. Art. 704 OR müssen an der GV mindestens 2/3 der vertretenen Aktienstimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienwerte für die Einschränkung bzw. den Ausschluss der Bezugsrechte stimmen.

Für die Aufhebung/Einschränkung der Bezugsrechte gelten somit fünf Grundsätze:

1. Beschlussfassung durch qualifizierte Mehrheit an der GV;
2. Wichtiger Grund für den Bezugsrechtsausschluss;
3. Keine ungerechtfertigte Benachteiligung oder Begünstigung durch den Bezugsrechtsausschluss;
4. Offenlegung der Bezugsrechtszuweisung im GV-Beschluss; sowie
5. Rechenschaft im Kapitalerhöhungsbericht.

Problematisch könnte es werden, wenn die Aktionäre an der GV nicht auf ihr Bezugsrecht verzichten möchten, dieses jedoch ausgeschlossen werden müsste, um mit den neuen Aktien die bisherigen Aktionäre einer zu übernehmenden Gesellschaft zu entschädigen.

Andererseits kann jedoch auch kein Aktionär zur Zeichnung neuer Aktien, Obligationen oder Optionen, und damit zur Zahlung von Grundkapital, verpflichtet werden. Beim Bezugs- und Vorwegzeichnungsrecht handelt es sich also (wie das Wort selber schon sagt) nicht um eine Pflicht, sondern um ein Recht der bisherigen Aktionäre.

## **6. Festübernahmeverfahren**

Das Festübernahmeverfahren wird bei Publikumsgesellschaften häufig angewendet. Nach der GV, welche über die AK-Erhöhung beschliesst, werden die Aktien nicht von den anvisierten Abnehmern gezeichnet, sondern durch eine Bank oder ein Bankenkonsortium. Das Konsortium schliesst mit der Gesellschaft, welche die Aktien herausgibt, einen Vertrag ab. Es verpflichtet sich darin, die Aktien zu einem gewissen Betrag und auf eigene Gefahr zu zeichnen und zu liberieren. Erst danach werden die Aktien den bezugsberechtigten Aktionären oder anderen Interessenten zum Kauf angeboten.

Sollten sich nicht genügend Interessenten finden, kann auf diese Weise vermieden werden, dass die ganze Kapitalerhöhung scheitert. Das Konsortium trägt das Risiko, falls nicht alle Aktien gezeichnet werden, und da bekanntlich Banken ihre Risiken gut abschätzen, zeigt ihr Interesse meistens auch, dass eine Zeichnung/Liberierung der Aktien auch für andere Anleger interessant sein könnte. Eine positive Wirkung auf Dritte kann somit gegeben sein.

Über das öffentliche Zeichnungsangebot bzw. ob es einen Emissionsprospekt in diesem Festübernahmeverfahren überhaupt noch braucht, gehen die Lehrmeinungen auseinander. Es soll hier nicht weiter darauf eingegangen werden.

## 7. Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
AG	Aktiengesellschaft
AK	Aktienkapital
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichtes
f.	und folgende(r) Seite, Note, Artikel
ff.	und folgende Seiten, Noten, Artikel
GV	Generalversammlung
HR	Handelsregister/Handelsregisteramt
HRegV	Handelsregisterverordnung
i.V.m.	in Verbindung mit
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OR	Obligationenrecht
VR	Verwaltungsrat

## 8. Literaturverzeichnis

Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23.02.1983

Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996

Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996

Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern, 1998

Zindel, Gaudenz G./Isler, Peter R. in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 – 1186 OR, 2. Auflage, Basel 1996

## Beilagenverzeichnis

1. Musterdokumente MoBiMaMo AG, ordentliche Kapitalerhöhung mit Bareinlage
  - 1.1 öffentliche Urkunde über die Beschlüsse der GV
  - 1.2 Vollmacht MoBiMaMo Holding AG für GV
  - 1.3 öffentliche Urkunde über die Beschlüsse des VR
  - 1.4 geänderte Statuten
  - 1.5 Kapitalerhöhungsbericht des VR
  - 1.6 Zeichnungsscheine
  - 1.7 Stampa Erklärung
  - 1.8 Kapitaleinzahlungsbestätigung
  - 1.9 Anmeldung an das Handelsregisteramt inkl. Begleitbrief
  - 1.10 Aktienbuch
2. Beispiel eines Sacheinlagevertrages
3. Beispiel einer Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle
4. Lex Friedrich Erklärung
5. Checkliste für die ordentliche Kapitalerhöhung