

URS SCHENKER, PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Privatdozent an der Universität St. Gallen
Baker & McKenzie Zurich, Zürich
urs.schenker@bakermckenzie.com

ALEXANDER VOGEL, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Notar
meyerlustenberger, Zürich/Baar
alexander.vogel@ml-law.ch

Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung

LUKAS GLANZMANN*

Inhaltsverzeichnis

Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung	19
1. Einleitung	19
2. Liberierungsformen	20
2.1 Barliberierung	20
2.1.1 Einzahlung auf Kapitaleinzahlungskonto	20
2.1.2 Einzahlung eines etwaigen Agios	20
2.2 Sacheinlagen	21
2.3 Sachübernahmen	24
2.3.1 Den Gesellschaftern nahe stehende Personen	24
2.3.2 Keine Sachübernahme ohne vorgängige Barliberierung	25
2.3.3 Sacheinlagefähigkeit des Vermögenswerts?	26
2.3.4 Rechtsfolgen einer Verletzung der Sachübernahmevorschriften	27
2.4 Verrechnungsliberierung	27
2.5 Liberierung aus Eigenkapital	28
3. Kapitalschnitt	29
4. Zeichnung von eigenen Anteilen durch die Gesellschaft	31
5. Bezugsrecht	32
6. Prospektpflicht	33
Literaturverzeichnis	35

1. Einleitung

Neben der Gründung gehört die Kapitalerhöhung zu den bedeutendsten gesellschaftsrechtlichen Vorgängen. Im Folgenden werden ausgewählte Problembereiche, die sich im Zusammenhang mit der Gründung oder einer Kapitalerhöhung stellen können, diskutiert. Dabei wird sowohl die AG als auch die GmbH behandelt. Der Fokus liegt auch bezüglich der Gründung auf den Fragen der Kapitalaufbringung.

* Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegengenommen (lukas.glanzmann@bakermckenzie.com). Der Autor dankt M.A. HSG MARKUS WOLF für die Bearbeitung der Fussnoten.

2. Liberierungsformen

2.1 Barliberierung

2.1.1 Einzahlung auf Kapitaleinzahlungskonto

Bei der Barliberierung wird der Ausgabepreis der Aktien bzw. Stammanteile durch Überweisung auf ein Bankkonto (Art. 633 Abs. 1 bzw. Art. 777c Abs. 2 Ziff. 3 OR) bezahlt. In Tat und Wahrheit handelt es sich also gar nicht um eine Liberierung mit Bargeld, sondern um eine Gutschrift auf einem Bankkonto.¹ Dies ist die gebräuchlichste und zugleich einfachste Liberierungsform. Doch auch bei dieser Liberierungsform sind gewisse Besonderheiten zu beachten.

2.1.2 Einzahlung eines etwaigen Agios

Wenn der Ausgabepreis der Anteile über dem Nennwert liegt, d.h. ein sog. Agio bezahlt wird, dann ist es fraglich, ob der ganze Ausgabebetrag oder nur der auf den Nennwert entfallende Teil auf das Kapitaleinzahlungskonto einzubezahlen ist. Nach der Praxis der meisten Handelsregisterämter gilt diese Pflicht nur für den Nennwert, weil nur dieser für die Beurteilung, ob die Aktien bzw. Stammanteile als voll- oder als teilliberriert gelten, massgebend ist.² Diese Auffassung wird auch von einem Teil der Lehre gestützt.³ Ein nicht unmassgebender Teil der Lehre vertritt hingegen die Meinung, dass der ganze Liberierungsbetrag, d.h. auch ein etwaiges Agio auf das Kapitaleinzahlungskonto einzubezahlen ist.⁴

Sollte die Auffassung, dass der ganze Liberierungsbetrag auf das Kapitaleinzahlungskonto zu überweisen ist, zutreffen, dann stellt sich die Frage, ob ein Gesellschafter befreiend liberiert, wenn er das Agio nicht auf das Kapitaleinzahlungskonto einbezahlt. Diese Frage ist insbesondere im Konkurs der Gesellschaft relevant. Falls die Liberierung nicht gültig wäre, müsste der Zeichner der Anteile nochmals leisten und hätte gegenüber der Gesellschaft eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung, die er kollozieren könnte.

¹ Zur Frage, ob die Banküberweisung der Barzahlung gleichzusetzen sei, vgl. VISCHER, S. 14-17.

² THOMI, S. 14 f.

³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 23; ZK-SIEGWART, N 19 zu Art. 624 OR.

⁴ BasK-BAUDENBACHER, N 7 zu Art. 624 OR; BÖCKLI, § 1 N 305; WIDMER, S. 221.

Nach Art. 633 Abs. 1 OR ist das Kapitaleinzahlungskonto ein «bei einem dem Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen unterstellten Institut» geführtes Konto. Dieses ist in der Regel nicht ein Nostro-Konto der betreffenden Bank, sondern lautet regelmässig auf die Gesellschaft.⁵ Seine Besonderheit ist, dass die Bank das Geld erst dann freigeben darf, wenn die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen ist (Art. 633 Abs. 2 OR). Das Gleiche gilt auch für die Kapitalerhöhung (Art. 652c OR).⁶ Der Liberierungspflichtige kann hingegen nicht erkennen, ob es sich beim betreffenden Konto um ein «Kapitaleinzahlungskonto» oder um ein gewöhnliches Gesellschaftskonto handelt. Aus diesem Grund muss m.E. der auf ein bei einer Schweizer Bank auf die Gesellschaft lautendes Konto einbezahlte Betrag auch dann als liberiert gelten, wenn es sich nicht um ein eigentliches Kapitaleinzahlungskonto handelt. Dies gilt zumindest dann, wenn das Geld der Gesellschaft tatsächlich zugeflossen ist.

Sollte der Betrag für die Gesellschaft nicht erhältlich sein, weil die betreffende Bank zwischenzeitlich in Konkurs geraten ist, dann stellt sich die Frage nach der Haftung des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsführung. Auch eine solche Haftung ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht angezeigt, weil ein Kapitaleinzahlungskonto nach Bankengesetz keinen besonderen Schutz genießt.⁷ Das Gegenparteirisiko wäre also genau gleich gross, auch wenn das Geld auf ein spezielles Kapitaleinzahlungskonto einbezahlt worden wäre.

2.2 Sacheinlagen

Komplexer stellt sich die Liberierungsform der Sacheinlage dar. In diesem Fall spricht man auch von einer qualifizierten Liberierungsform. Anstatt Geld überträgt der Gesellschafter der Gesellschaft einen Vermögenswert, um seine Liberierungspflicht zu erfüllen. Dieser Vermögenswert muss

⁵ Vgl. z.B. das Formular der Zürcher Kantonalbank, abrufbar unter http://www.zkb.ch/etc/ml/repository/formulare/finanzieren/auftrag_kapitaleinzahlungsbestaetigung.pdf. File.pdf.

⁶ Wenn die Gründung bzw. die Kapitalerhöhung nicht erfolgt, so wird das Geld in der Praxis wieder an die Zeichner zurückbezahlt (vgl. etwa CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON, N 10 zu Art. 633 OR). Weil das Konto auf die Gesellschaft lautet, ist es fraglich, ob diese Rückzahlung im Konkurs der Gesellschaft ebenfalls zulässig wäre.

⁷ Von der Privilegierung nach Art. 37b BankG profitieren alle Arten von Einlagen gleichsam (vgl. etwa BasK-BAUER, N 3 zu Art. 37b BankG).

nach Auffassung des Eidgenössischen Handelsregisteramtes (EHRA) aktivierbar, übertragbar, Verfügungsfähig und verwertbar sein.⁸ Aus diesem Grund können z.B. zukünftige Arbeitsleistungen des Gesellschafters nicht als Sacheinlage eingebracht werden, auch wenn sie für die Gesellschaft noch so wertvoll sind.⁹ Bei Verträgen, falls diese überhaupt auf die Gesellschaft übertragbar sind, stellt sich die Frage, ob sie einen Wert haben. Häufig können Verträge nicht bewertet werden, weshalb sie auch nicht als Sacheinlage dienen können.

Eine nicht nachvollziehbare Praxis verfolgt das EHRA bezüglich der Sacheinlagefähigkeit von Domain-Namen und Internetseiten: Während Internetseiten nach seiner Auffassung als Sacheinlage dienen können, soll dies für Domain-Namen nicht zutreffen.¹⁰ M.E. ist diese Auffassung zumindest dann fraglich, wenn z.B. ein Domain-Name von einem Dritten erworben wird und dafür auch ein Preis bezahlt wird, was nicht selten der Fall ist. In diesem Fall hat der Domain-Name offensichtlich einen Wert und muss sogar bilanziert werden.¹¹ Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb er dann nicht als Sacheinlage eingebracht werden kann.¹²

Die Liberierung mittels Sacheinlage birgt für die Organe der Gesellschaft gewisse Risiken. Diese müssen nämlich im Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht die Art und den Zustand der Sacheinlage beschreiben sowie deren Bewertung bestätigen (Art. 635 Ziff. 1 und Art. 777c Abs. 2 Ziff. 3 OR). Sollte nun die Sacheinlage weniger Wert haben, als ihr bei der Gründung bzw. Kapitalerhöhung zugeschrieben wird, dann besteht für die Differenz ein Haftungsrisiko für die Mitglieder des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsführung.¹³

Der Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht über Sacheinlagen muss schliesslich von einem zugelassenen Revisor geprüft werden (Art. 635a und Art. 777c Abs. 2 Ziff. 3 OR). Diese Prüfung wird üblicherweise durch die ordentliche Revisionsstelle vorgenommen. Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, weil sie ein Opting-out hat (vgl. Art. 727a Abs. 2 OR), muss der Prüfer durch den Verwaltungsrat

⁸ REPRAX 2/2001, S. 59-65; MÜLLER, S. 50 f.

⁹ DRUEY/GLANZMANN, § 9 N 23; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 12; BasK-SCHENKER, N 3 zu Art. 628 OR; ZK-SIEGWART, N 10 zu Art. 628 OR.

¹⁰ REPRAX 2/2001, S. 64 f.

¹¹ MÜLLER, S. 57.

¹² G.L.M. AUF DER MAUR/BÜRGI LOCATELLI, S. 856 (mit Hinweis auf die Sacheinlagefähigkeit von Marken).

¹³ Art. 753 Ziff. 1 und Art. 827 OR; BGE 90 II 494 f.; BÖCKLI, § 18 N 101; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 70; BasK-WATTER/NOTH, N 7 zu Art. 753 OR.

bzw. die Geschäftsführung bestellt werden.¹⁴ Die Bestellung eines speziellen Prüfers kann aber auch erforderlich sein, weil z.B. die Gesellschaft dem US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act unterliegt, denn dann darf der Sacheinlageprüfer nicht mit der ordentlichen Revisionsstelle identisch sein.¹⁵ In diesen Fällen wird ein separater Prüfer häufig durch die Generalversammlung «auf Vorrat» gewählt.

Die Gesellschaft muss im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Gründung bzw. Kapitalerhöhung als Eigentümerin frei über die Sacheinlage verfügen können (Art. 634 Ziff. 2 und Art. 777c Abs. 2 Ziff. 3 OR). Es stellt sich mitunter die Frage, wie der Gesellschaft die erforderliche Verfügungsmöglichkeit verschafft wird. Zur Übertragung des Eigentums bedarf es nämlich der Übertragung des Besitzes an einer Sache bzw. des Grundbucheintrages. Es ist offensichtlich, dass der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Gründung bzw. Kapitalerhöhung (d.h. mit Eintragung des entsprechenden Vorgangs im Handelsregister) in der Regel nicht mit jenem der Übertragung zusammenfällt. Die damit verbundenen Probleme lassen sich mittels einer Vermögensübertragung immer dann elegant lösen, wenn die Sacheinlegerin eine Gesellschaft ist. Weil die Vermögensübertragung im Zeitpunkt ihrer Eintragung im Handelsregister rechtswirksam wird (Art. 73 Abs. 2 FusG), kann durch ein koordiniertes Vorgehen der involvierten Handelsregisterämter (vgl. Art. 129 Abs. 3 HRegV) sichergestellt werden, dass die Eintragung der Vermögensübertragung und die Eintragung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung im gleichen Zeitpunkt erfolgen. Damit fallen der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Eigentumsübertragung und jener der Gründung bzw. Kapitalerhöhung zusammen. Dies gilt selbst für Grundstücke, weil bei der Vermögensübertragung für Grundstücke ein ausserbuchlicher Erwerb erfolgt.¹⁶ Die üblichen Nachteile der Vermögensübertragung entfallen in dieser besonderen Konstellation ebenfalls; da der Sacheinlagevertrag ohnehin dem Handelsregisteramt als Beleg eingereicht werden muss und damit von der Öffentlichkeit eingesehen werden kann, besteht keine zusätzliche Publizitätswirkung durch die Vermögensübertragung.

Hin und wieder stellt sich die Frage, was «frei verfügbar» im Sinne von Art. 634 Ziff. 2 OR heisst. M.E. kann dies nur bedeuten, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Gründung bzw. Kapitalerhöhung unbelaste-

¹⁴ BÖCKLI, § 15 N 548; a.M. CAMPOUNOVO/VON GRAFFENRIED-ALBRECHT, S. 209; BasK-WATTER/MAIZAR, N 28 zu Art. 727a OR.

¹⁵ Vgl. etwa BÜHLER, S. 999, Fn 7.

¹⁶ GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 674.

tes Eigentum erhält. Der Gegenstand der Sacheinlage darf also nicht zu Gunsten eines Dritten verpfändet sein. Dies heisst aber nicht, dass die Gesellschaft selber nicht schon vor der Gründung bzw. Kapitalerhöhung mit Wirksamkeit auf einen Zeitpunkt nach der Gründung bzw. Kapitalerhöhung über die Sache verfügen darf. Es ist also durchaus zulässig, dass die Gesellschaft den noch einzubringenden Gegenstand bereits selber verpfändet. Eine solche Verpfändung muss zulässig sein, weil die Gesellschaft dadurch letztlich gerade frei über die Sache verfügt.¹⁷

2.3 Sachübernahmen

Wenn ein Gesellschafter den Ausgabebetrag seiner Anteile in bar bezahlt und die Gesellschaft nach der Gründung bzw. Kapitalerhöhung von eben diesem Gesellschafter einen Vermögenswert erwirbt, dann liegt das gleiche Resultat vor, wie wenn der Gesellschafter diesen Vermögenswert als Sacheinlage geleistet hätte: Die Gesellschaft verfügt über den Vermögenswert und der Gesellschafter verfügt über das Geld und die Anteile. Es ist naheliegend, dass dieser Vorgang immer dann als Umgehung der Sacheinlagevorschriften aufgefasst werden kann, wenn das Erwerbsgeschäft im Zeitpunkt der Gründung oder Kapitalerhöhung zumindest geplant und seine Ausführung einigermaßen sicher war und es sich um ein Geschäft von grösserer wirtschaftlicher Tragweite handelt, das nicht im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit liegt.¹⁸ Trotzdem lässt das Gesetz ein entsprechendes Vorgehen zu, sofern die Bestimmungen über die Sachübernahmen eingehalten werden. Diese sind bezüglich Offenlegungs- und Bewertungspflichten im Wesentlichen gleich wie die Bestimmungen über die Sacheinlage. Dennoch bergen sie zahlreiche Unklarheiten und damit verbundene Risiken:

2.3.1 Den Gesellschaftern nahe stehende Personen

Zuerst einmal stellt sich die Frage, wann eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften anzunehmen ist und deshalb die Bestimmungen über die

¹⁷ Vgl. auch BGE 119 IV 319 E. 2b, wonach beim Bestehen eines obligatorischen Anspruchs auf Verpfändung des eingelegten Gegenstandes dieser als frei verfügbar gilt.

¹⁸ BGE 83 II 284 E. 3c; GLANZMANN, Sachübernahme, S. 167-170; BasK-SCHENKER, N 9 zu Art. 628 OR. Kritisch zum Kriterium der wirtschaftlichen Tragweite BÖCKLI, § 1 N 390.

Sachübernahme greifen. Nach Art. 628 Abs. 2 OR ist dies nur der Fall, wenn die Gesellschaft von Aktionären (d.h. Gesellschaftern) oder diesen nahe stehenden Personen Vermögenswerte übernimmt. Damit bleibt zu klären, wer als den Gesellschaftern nahe stehend gilt. Um diese Frage zu beantworten, muss man sich den Zweck der Bestimmung vergegenwärtigen. Es geht darum, zu verhindern, dass die Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern (bzw. diesen nahe stehenden Personen) Geschäfte tätigt, die nicht zu Drittbedingungen (*at arm's length*) abgeschlossen sind. Es kommt letztlich also auf den möglichen Interessenkonflikt an, weshalb eine Person immer dann als einem Gesellschafter nahe stehend zu betrachten ist, wenn nicht gewährleistet ist, dass das Geschäft zwischen der Gesellschaft und dieser Person zu Drittbedingungen abgeschlossen wird. Es geht also um ein nahe stehend «*in fact*», während gewisse Handelsregisterämter auch ein nahe stehend «*in appearance*» erfassen wollen.¹⁹

2.3.2 Keine Sachübernahme ohne vorgängige Barliberierung

Eine weitere Frage ist, welche Geschäfte offengelegt werden müssen. Auch hier muss man sich wieder den Zweck der Bestimmung vergegenwärtigen, nämlich die Umgehung der Sacheinlagevorschriften zu legitimieren. Die Vorschriften über die Sachübernahme bezwecken somit nicht die Offenlegung jeglicher Geschäfte zwischen einer Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern. Vielmehr müssen die betreffenden Geschäfte in einem funktionalen Zusammenhang mit der Gründung oder Kapitalerhöhung stehen, indem das dabei eingelegte Geld für den Erwerb der Vermögenswerte verwendet wird.²⁰ Somit kommen die Bestimmungen über die Sachübernahme nur dann zur Anwendung, wenn vorgängig eine Barliberierung stattgefunden hat.

- Aus diesem Grund ist z.B. der Erwerb eines Vermögensgegenstandes im Nachgang zu einer Sacheinlage keine Sachübernahme, weil eben gerade nicht anlässlich der Gründung bzw. Kapitalerhöhung einbezahlte Mittel für den Erwerb verwendet werden (ausser es würde sich um ein Tauschgeschäft handeln, was aber kaum je der Fall ist).

¹⁹ Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, BBl 2008, 1641 Fn 105.

²⁰ DRUEY/GLANZMANN, § 9 N 31.

- Weiter ist auch die Einlage eines Vermögensgegenstandes in die Reserven keine Sachübernahme, auch wenn sie unmittelbar im Nachgang zu einer Barkapitalerhöhung stattfindet. Es werden dabei keine Mittel aus der Kapitalerhöhung für den Erwerb verwendet.
- Und schliesslich handelt es sich auch bei dem in Art. 45 Abs. 3 HRegV beschriebenen Konstrukt der gemischten Sacheinlage und Sachübernahme nicht um eine Sachübernahme, denn auch in diesem Fall werden keine Barmittel für den Erwerb eingesetzt.

Leider ist die Handelsregisterpraxis im Bereich der Sachübernahmen uneinheitlich und oft werden die Bestimmungen falsch interpretiert, was z.B. auch Art. 45 Abs. 3 HRegV beweist. Dies führt aber für die in das Erwerbsgeschäft und in die Kapitalerhöhung involvierten Personen zu grossen Risiken, denn die Nichtbeachtung der Sachübernahmenvorschriften kann haftungsrechtlich und unter Umständen auch strafrechtlich relevant sein.²¹ Wegen den recht gravierenden Rechtsfolgen wäre es wünschenswert, wenn in diesem Bereich mehr Rechtssicherheit geschaffen würde.

2.3.3 Sacheinlagefähigkeit des Vermögenswerts?

Die Handelsregisterämter gehen davon aus, dass eine Sachübernahme nur dann vorliegt, wenn der erworbene Gegenstand auch Gegenstand einer Sacheinlage sein könnte.²² Auch diese Auffassung ist m.E. unzutreffend, weil es letztlich um die Offenlegung eines Mittelabflusses aus der Gesellschaft geht. Dabei darf es keine Rolle spielen, ob der erworbene Gegenstand als Sacheinlage dienen könnte oder nicht. Wenn man sich diesbezüglich die Differenzierung zwischen Domain-Namen und Internetseiten vor Augen führt,²³ dann würde das zum fraglichen Ergebnis führen, dass der Erwerb einer Internetseite als Sachübernahme offenlegungspflichtig wäre, der Erwerb eines Domain-Namens hingegen nicht. Und dies, obwohl nach Ansicht des EHRA der Domain-Name für die Gesellschaft weniger Wert hat, weil er nicht aktivierbar, übertragbar, Verfügungsfähig bzw. verwertbar ist. In beiden Fällen fliessen jedoch Mittel an den Gesellschafter ab, die unmittelbar zuvor im Rahmen der Gründung oder einer

²¹ Art. 753 Ziff. 1 und Art. 827 OR; BÖCKLI, § 1 N 448 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 67; BasK-SCHENKER, N 13 zu Art. 628 OR.

²² WIDMER, S. 378.

²³ Vgl. oben 2.2.

Kapitalerhöhung eingelegt worden sind. Aus diesem Grund rechtfertigt sich m.E. diese Voraussetzung nicht.

2.3.4 Rechtsfolgen einer Verletzung der Sachübernahmenvorschriften

Schliesslich sind auch die Rechtsfolgen der Verletzung der Sachübernahmenvorschriften unklar. Die h.L. geht davon aus, dass das entsprechende Erwerbsgeschäft nichtig ist.²⁴ Dies würde dazu führen, dass der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft einen Vindikationsanspruch hätte, während die Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter einen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bzw. einen Liberierungsanspruch hätte.²⁵ In den meisten Fällen führt dies nicht zu einem befriedigenden Resultat, weil es nicht im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft liegt, bloss noch einen persönlichen Anspruch zu haben. Aus diesem Grund wäre es sachgerechter, dass der Gesellschafter im Umfang, in dem er seiner Liberierungspflicht nicht richtig nachgekommen ist, wieder liberierungspflichtig würde. Der Gegenstand selber sollte aber bei der Gesellschaft verbleiben, damit die Gesellschaftsgläubiger wenigstens auf diesen Vermögenswert zugreifen können.

2.4 Verrechnungsliberierung

Zahlreiche rechtliche Fragen wirft auch die Verrechnungsliberierung auf. In diesem Fall erfüllt der Gesellschafter seine Liberierungspflicht, indem er eine Forderung gegenüber der Gesellschaft mit seiner Liberierungspflicht verrechnet (Art. 634a Abs. 2 OR). Diese Verrechnung ist nicht einseitig, sondern muss von der Gesellschaft beschlossen und genehmigt werden. In diesem Sinne handelt es sich um einen eigentlichen Verrechnungsvertrag.²⁶

Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass die Verrechnungsliberierung nur dann zulässig ist, wenn die Forderung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft aus Sicht des Gesellschafters werthaltig ist

²⁴ BGE 64 II 282; 83 II 290; ZR 1991 222 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 17 N 36; BasK-SCHENKER, N 13 zu Art. 628 OR; kritisch BÖCKLI, § 1 N 445.

²⁵ BGE 64 II 281 f.

²⁶ GLANZMANN, Verrechnung, S. 224.

bzw. wenn sie durch Aktiven gedeckt ist.²⁷ Falls diese Auffassung zutrifft, führt dies dazu, dass die Forderung nur im Betrag angerechnet werden kann, in dem sie werthaltig ist bzw. durch Aktiven gedeckt ist. Der Gesellschafter würde dann auch nur in diesem Betrag seine Liberierungspflicht erfüllen, wobei der fehlende Betrag geschuldet bliebe. Gleichzeitig würde aber die Forderung, die zur Verrechnung gebracht worden ist, dahinfallen. M.E. ist diese Auffassung unzutreffend, weil der Gesellschaft immer im Nominalbetrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung Substanz zufließt, denn ihre Passiven werden in genau diesem Betrag verkürzt.²⁸ Aus diesem Grund ist die zur Verrechnung gebrachte Forderung aus Sicht der Gesellschaft immer «werthaltig».

Schliesslich wird in der Lehre teilweise vertreten, dass durch eine Verrechnungsliberierung die Vorschriften über die Bareinlagen umgangen werden können. Dies sei immer dann der Fall, wenn ein Darlehen im Hinblick auf eine spätere Verrechnungsliberierung gewährt worden sei.²⁹ Auch diese Auffassung ist m.E. nicht richtig, weil es sich bei der Barliberierung und bei der Verrechnungsliberierung um zwei eigenständige Liberierungsformen handelt. Es kann nicht die eine mit der anderen «umgangen» werden, zumal bei einer Verrechnungsliberierung nie der Anschein einer Barliberierung gemacht wird.³⁰ Hinzu kommt, dass wenn diese Auffassung zutreffen würde, jede Wandelobligation letztlich ein unzulässiges Umgehungsgeschäft wäre.

2.5 Liberierung aus Eigenkapital

Eine Kapitalerhöhung, nicht aber eine Gründung, kann auch durchgeführt werden, wenn der Gesellschaft keine neuen Mittel von aussen zugeführt werden. In diesem Fall muss das neue Aktien- bzw. Stammkapital aus dem Eigenkapital der Gesellschaft liberiert werden. Nach Art. 652d Abs. 1 OR (bzw. Art. 781 Abs. 5 Ziff. 3 OR) ist dazu frei verwendbares Eigenkapital notwendig. Die Deckung des Erhöhungsbetrags ist in der von der Generalversammlung genehmigten Jahresrechnung und dem Revi-

²⁷ BÖCKLI, § 2 N 127-142.

²⁸ Bei einer Bilanzierung nach OR können die Passiven nicht «abgeschrieben» werden; im Gegensatz dazu können bei einer Bilanzierung nach IFRS finanzielle Verbindlichkeiten einer erfolgswirksamen Bewertung zum Fair Value (Zeitwert) unterworfen werden.

²⁹ MEISTERHANS, S. 413; WIDMER, S. 388.

³⁰ GLANZMANN, Verrechnung, S. 226.

sionsbericht eines zugelassenen Revisors nachzuweisen. Sofern der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt, ist zudem ein geprüfter Zwischenabschluss erforderlich (Art. 652d Abs. 2 OR). Anders als in Art. 652a Abs. 2 Ziff. 5 OR kann diese Frist nach der h.L. nicht auf neun Monate verlängert werden.³¹

Die h.L. geht davon aus, dass als frei verwendbar nur jener Teil des Eigenkapitals zu verstehen ist, der keiner Ausschüttungssperre unterliegt.³² Dabei soll es sich um die gleiche Ausschüttungssperre wie für Dividendenzahlungen handeln, ausser dass die Aufwertungsreserve ebenfalls zur Liberierung verwendet werden kann, weil dies Art. 671b OR ausdrücklich vorsieht. Zu beachten ist, dass freie Reserven, die durch die Statuten für Dividendenausschüttungen oder andere Zwecke reserviert sind, nicht ohne vorgängige Statutenänderung in Aktienkapital umgewandelt werden können.³³

Die Bestimmung, dass nur freie Reserven in Aktienkapital gewandelt werden können, ist m.E. zu hinterfragen. Bei der Liberierung durch Eigenkapital findet nämlich keine Ausschüttung statt und der Gesellschaft werden auch keine Mittel entzogen. Zudem ist der Vorgang handelsrechtlich auch für die Gesellschafter neutral, sofern die neuen Anteile den bisherigen Gesellschaftern paritätisch zugeteilt werden.³⁴ Zwar spricht man in diesem Fall von der Ausgabe von «Gratisaktien», doch in Tat und Wahrheit erhalten die Aktionäre überhaupt nichts und haben nach der Ausschüttung weder mehr noch weniger als vor der Ausschüttung. Hingegen ist jede Umwandlung von Reserven in Aktien- bzw. Stammkapital für die Gesellschaftsgläubiger vorteilhaft, weil dieses immer stärker geschützt ist als die Reserven. Aus diesem Grund sollte sich der Gesetzgeber überlegen, ob *de lege ferenda* die Umwandlung von Reserven in Aktien- bzw. Stammkapital nicht zu erleichtern ist.

3. Kapitalschnitt

Ein Kapitalschnitt bzw. eine sog. Harmonika liegt vor, wenn das Aktienkapital herabgesetzt und um mindestens den gleichen Betrag sofort wieder

³¹ BÖCKLI, § 2 N 119.

³² BÖCKLI, § 2 N 117; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 138 f.; BASK-ZINDEL/ISLER, N 2 zu Art. 652d OR.

³³ BÖCKLI, § 2 N 117.

³⁴ Nach BÖCKLI, § 2 N 122 ist ein Bezugsrechtsausschluss «beinahe undenkbar».

erhöht wird. In diesem Fall liegt keine Kapitalherabsetzung gemäss Gesetz vor (vgl. Art. 732 Abs. 1 und Art. 782 Abs. 4 OR). Dies bedeutet, dass die entsprechenden Gläubigerschutzvorschriften nicht eingehalten werden müssen. Die Frage ist jedoch, wie eine Harmonikakapitalherabsetzung/-erhöhung strukturiert werden muss, damit sie unter Art. 732 Abs. 1 bzw. Art. 782 Abs. 4 OR fällt.

Es ist wesentlich, dass die Kapitalherabsetzung und die anschliessende Kapitalerhöhung im gleichen Zeitpunkt rechtswirksam werden. Weil die Kapitalerhöhung mehrstufig durchgeführt werden muss (zuerst braucht es einen Generalversammlungsbeschluss, dann die Zeichnung der Aktien bzw. Stammanteile und deren Liberierung, dann einen Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsführung und schliesslich die Eintragung im Handelsregister), ist es notwendig, dass die Kapitalherabsetzung erst und nur dann rechtswirksam wird, wenn die Kapitalerhöhung rechtswirksam wird. Die Kapitalerhöhung wird erst voll rechtswirksam, wenn das EHRA die Eintragung des kantonalen Handelsregisteramts genehmigt hat. Aus diesem Grund ist es empfehlenswert, die Wirksamkeit der Kapitalherabsetzung auf diesen Zeitpunkt festzulegen. Nur so ist gewährleistet, dass das Kapital erst dann herabgesetzt wird, wenn die Kapitalerhöhung durchgeführt worden ist und rechtswirksam wird.

Wie bereits gesagt, muss der Betrag der Kapitalerhöhung mindestens gleich gross sein wie jener der Kapitalherabsetzung. Dabei handelt es sich beim relevanten Betrag in beiden Fällen um den Nennwert, um den das Aktien- bzw. Stammkapital herabgesetzt bzw. erhöht wird.

Der Herabsetzungsbetrag der Kapitalherabsetzung darf bei einem Kapitalschnitt nicht an die Gesellschafter ausgeschüttet werden, sondern muss den Reserven zugewiesen werden.³⁵ Andernfalls ist es nicht gerechtfertigt, dass die Gläubigerschutzvorschriften nicht eingehalten werden müssen.

Wird das Aktien- bzw. Stammkapital auf null herabgesetzt, so sind die Anteile der bisherigen Gesellschafter zu vernichten (Art. 732a Abs. 1 und Art. 782 Abs. 4 OR). In diesem Fall, der nur zum Zwecke der Sanierung durchgeführt werden darf (Art. 732a Abs. 1 und Art. 782 Abs. 4 OR), steht den bisherigen Aktionären ein unentziehbares Bezugsrecht zu (Art. 732a Abs. 2 OR). Es ist also nicht möglich, dass Gesellschafter gegen deren Willen mittels eines Kapitalschnitts aus der Gesellschaft gedrängt werden; anders sieht es aus, wenn die Gesellschafter ihr Bezugsrecht nicht ausüben. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen,

³⁵ BasK-KÜNG, N 16 zu Art. 732 OR.

dass das Bundesgericht früher davon ausging, dass Aktionäre, die bei einem Kapitalschnitt keine neuen Aktien zeichneten, weiterhin als sog. Phantomaktionäre bestehen blieben und mindestens eine Stimme hatten. Die kleine Aktienrechtsrevision von 2008 hat nun mit einer ausdrücklichen Regelung diese etwaig vorhandenen Phantomaktien abgeschafft (Art. 10 Übergangsbestimmungen).

4. Zeichnung von eigenen Anteilen durch die Gesellschaft

Hin und wieder kommt es vor, dass eine Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung eigene Anteile zeichnen möchte und diese auch bar liberieren würde. In Lehre und Praxis ist umstritten, ob ein solcher originärer Erwerb von eigenen Anteilen zulässig ist oder nicht.³⁶ Gewisse Handelsregisterämter verneinen die Zulässigkeit generell, andere betrachten eine solche Zeichnung als gültig.

Die Zeichnung von Anteilen durch die Gesellschaft selbst ist in jedem Fall nur dann gültig, wenn die Voraussetzungen für den Erwerb eigener Anteile gegeben sind. Dies bedeutet, dass die Gesellschaft unmittelbar nach der Kapitalerhöhung nicht mehr als 10% eigene Aktien bzw. Stammanteile halten darf und über frei verwendbares Eigenkapital im Betrag des Ausgabepreises der von ihr gezeichneten Anteile verfügen muss (Art. 659 Abs. 1 und Art. 783 Abs. 1 OR).

Es ist nicht zu verkennen, dass eine Zeichnung von Anteilen durch die Gesellschaft wirtschaftlich einer Liberierung durch Eigenkapital gleicht. Aus diesem Grund müssen nach der hier vertretenen Auffassung auch die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt werden, soweit sie nicht ohnehin schon wegen des Haltens eigener Anteile erfüllt sein müssen. Dies bedeutet, dass die Deckung des Liberierungsbetrags durch freies Eigenkapital in der Jahresrechnung in der von den Gesellschaftern genehmigten Fassung und dem Revisionsbericht eines zugelassenen Revisors nachzuweisen ist. Sofern der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt, ist zudem ein geprüfter Zwischenabschluss erforderlich (Art. 652d Abs. 2 und Art. 781 Abs. 5 Ziff. 3 OR).

³⁶ Zustimmend BÖCKLI, § 4 N 352; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 165; BasK-LENZ/VON PLANTA, N 4 zu Art. 659 OR; NOBEL, S. 35. Ablehnend SCHLEIFFER, S. 122.

Grundsätzlich stellt sich auch bei Einhaltung all dieser Vorschriften immer noch die Frage, ob bei einer Zeichnung eigener Anteile durch die Gesellschaft nicht das Publikum getäuscht wird, denn es wird suggeriert, dass eine Kapitalerhöhung stattgefunden hat, bei welcher der Gesellschaft Mittel von aussen zugeflossen sind, während in Tat und Wahrheit eine Liberierung mittels Eigenkapital stattgefunden hat.³⁷ M.E. ist ein solches Vorgehen keine rechtlich relevante Täuschung, weil die Gesellschaft jederzeit nach Durchführung der Kapitalerhöhung die Möglichkeit hätte, im Umfang des frei verfügbaren Eigenkapitals eigene Anteile zurückzukaufen, womit sie wieder gleich gestellt wäre, wie wenn sie die Anteile selber liberiert hätte.

5. Bezugsrecht

Die Wahrung des Bezugsrechts ist ein zentrales Element des Minderheitenschutzes bei Kapitalgesellschaften. Es soll die Minderheit vor einer kapital- und stimmenmässigen Verwässerung schützen. Art. 652b Abs. 2 bzw. Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 OR bestimmt deshalb, dass das Bezugsrecht nur aus wichtigen Gründen ausgeschlossen werden darf. Der Beschluss über den Ausschluss des Bezugsrechts bedarf eines qualifizierten Quorums nach Art. 704 bzw. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 6 OR. Zu beachten ist, dass bei einem Kapitalschnitt auf null ein Entzug des Bezugsrechts unzulässig ist.³⁸

Bei der ordentlichen Kapitalerhöhung ist der wichtige Grund im Beschluss der Generalversammlung selbst zu nennen.³⁹ Bei der genehmigten Kapitalerhöhung muss der Generalversammlungsbeschluss die wesentlichen Zwecke nennen, zu deren Verfolgung das Bezugsrecht ausgeschlossen werden darf. Der eigentliche Entscheid über den Ausschluss des Bezugsrechts darf hingegen an den Verwaltungsrat delegiert werden.⁴⁰

Bei der bedingten Kapitalerhöhung kann nicht das eigentliche Bezugsrecht ausgeschlossen werden, da dieses bei jeder bedingten Kapitalerhöhung notwendigerweise ausgeschlossen sein muss: Die bisherigen Aktio-

³⁷ Das Publikum darf diese Annahme treffen, weil kein Hinweis auf eine Erhöhung durch Umwandlung von frei verfügbarem Eigenkapital im Handelsregister enthalten sein wird; vgl. Art. 48 Abs. 1 lit. i HRegV.

³⁸ Art. 732a Abs. 2 bzw. Art. 782 Abs. 4 OR. Vgl. oben 3.

³⁹ BÖCKLI, § 2 N 286; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 239-241; BasK-ZINDEL/ISLER, N 11 zu Art. 652b OR.

⁴⁰ BÖCKLI, § 2 N 287.

näre haben nie die Möglichkeit das bedingte Kapital zu zeichnen, denn dieses Recht steht ausschliesslich den Inhabern der entsprechenden Options- oder Wandelrechte zu. Wenn die Options- und Wandelrechte an Anlehens- oder ähnliche Obligationen gebunden sind, muss das «Bezugsrecht» bei der Zuteilung dieser Obligationen gewahrt werden, was unter dem Titel des Vorwegzeichnungsrechts geschieht (Art. 653c Abs. 1 OR). Auch dieses Vorwegzeichnungsrecht kann jedoch aus wichtigen Gründen beschränkt oder aufgehoben werden (Art. 653c Abs. 2 OR).

Fraglich ist, ob auch die Festübernahme ein Ausschluss des Bezugsrechts ist oder nicht. Nach h.L. handelt es sich bei einer Festübernahme dann nicht um einen Ausschluss des Bezugsrechts, wenn sich der Festübernehmer verpflichtet, die Aktien den bisherigen Aktionären zur Zeichnung anzubieten.⁴¹

Das Bezugsrecht schützt den bisherigen Gesellschafter nur dann vor einer stimmen- und kapitalmässigen Verwässerung, wenn er es voll ausübt. Wenn der bisherige Gesellschafter sein Bezugsrecht nicht ausübt oder wenn es ihm entzogen wird, dann erfährt er immer eine stimmenmässige Verwässerung. Daneben tritt immer noch eine kapitalmässige Verwässerung ein, sofern der Ausgabepreis der neuen Anteile unter ihrem wirklichen Wert liegt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine solche Kapitalerhöhung jedoch zulässig, d.h. die Gesellschafter haben kein Recht auf einen Substanzschutz.⁴² Im Rahmen der grossen Aktienrechtsrevision soll diese Praxis gestürzt werden: Gemäss Art. 652b E-OR darf der Ausgabebetrag nur noch dann wesentlich tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgesetzt werden, wenn das Bezugsrecht handelbar ist oder sämtliche Aktionäre dem Ausgabebetrag zustimmen.⁴³

6. Prospektpflicht

Nach Art. 652a OR muss eine Gesellschaft einen Emissionsprospekt erstellen, wenn sie die Aktien öffentlich zur Zeichnung anbietet. Dieser Emissionsprospekt ist nicht zu verwechseln mit dem Kotierungsprospekt, den die meisten Börsen verlangen. Üblicherweise muss ein Kotierungsprospekt um ein Vielfaches detailliertere Informationen enthalten als ein

⁴¹ Diese Praxis soll in der grossen Aktienrechtsrevision ausdrücklich im Gesetz verankert werden; vgl. Art. 652b Abs. 1^{bis} E-OR.

⁴² BGE 99 II 60.

⁴³ Vgl. die Kritik zu dieser Bestimmung bei GLANZMANN, Aktienrechtsrevision, S. 668.

Emissionsprospekt nach Art. 652a OR (vgl. dazu Art. 28 KR SIX Swiss Exchange). Der Katalog der Angaben nach Art. 652a OR ist relativ bescheiden, und zwar sowohl dem Umfang als auch dem Inhalt nach.

Ein besonderes Augenmerk verdient die Bestimmung von Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR. Danach muss ein Zwischenabschluss vorliegen, wenn der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt. Gemäss absolut herrschender Praxis und Lehre müssen zu dieser Frist noch drei Monate hinzugezählt werden, die für die Erstellung des Zwischenabschlusses erforderlich sind. Deshalb beträgt die Frist nicht sechs, sondern neun Monate.⁴⁴ In der Praxis von Publikumsgesellschaften hat diese Interpretation allerdings etwas an Bedeutung verloren, weil immer dann, wenn die Revisionsstelle einen sog. «Comfort Letter» abgeben muss, dieser nur während der Frist von 135 Tagen nach dem Bilanzstichtag ausgestellt werden darf.⁴⁵

Ein Emissionsprospekt ist nur bei einem öffentlichen Angebot erforderlich. Öffentlichkeit ist nach der h.L. immer dann gegeben, wenn der Adressatenkreis unbegrenzt ist.⁴⁶ Mit anderen Worten kann eine nicht öffentliche Kapitalerhöhung nur dann vorliegen, wenn ein begrenzter Kreis von Aktionären vorhanden ist. Gewisse Autoren sind der Auffassung, dass dies bei Inhaberaktien von vornherein nicht der Fall sein kann.⁴⁷ Diese Auffassung greift m.E. zu kurz, denn wenn eine kleine Anzahl von Aktionären Inhaberaktien unter ihrer Kontrolle hat, dann muss dies ebenfalls als nicht öffentliches Angebot betrachtet werden können.

Hat eine Gesellschaft ausländische Aktionäre oder bietet sie die Aktien Ausländern zur Zeichnung an, so können neben den schweizerischen Prospektvorschriften auch solche des ausländischen Rechts relevant sein.⁴⁸ Dies ist insbesondere bei einem Bezug zur USA relevant, aber auch bei anderen europäischen Rechtsordnungen.

Eine andere Frage ist, ob Art. 652a OR auch auf ausländische Gesellschaften anwendbar ist, die in der Schweiz Aktien zur Zeichnung anbieten. Diese Frage wird kontrovers diskutiert.⁴⁹

Eine Verletzung der Prospektspflicht kann zur Prospekthaftung gemäss Art. 752 OR führen, weil in diesem Fall «den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben gemacht oder verbreitet» worden sind.

⁴⁴ BÖCKLI/DRUEY/FORSTMOSER/HIRSCH/NOBEL, S. 282-289.

⁴⁵ AMREIN, S. 104-106.

⁴⁶ BasK-ZINDEL/ISLER, N 2 zu Art. 652a OR.

⁴⁷ So etwa BasK-ZINDEL/ISLER, N 3a zu Art. 652a OR.

⁴⁸ Vgl. etwa APPENZELLER/WALLER, S. 260 f.

⁴⁹ Vgl. dazu WEBER, S. 18-21.

Literaturverzeichnis

- AMREIN, PHILIPP: Comfort Letters der Wirtschaftsprüfer, in: REUTTER, THOMAS U./WATTER, ROLF/WERLEN, THOMAS (Hrsg.): Kapitalmarkttransaktionen, Zürich/Basel/Genf 2006, 81.
- APPENZELLER, HANSJÜRIG/WALLER, STEFAN: Haftungsrisiken beim IPO und ihre Minimierung aus Sicht der Gesellschaft, GesKR 2007, 256.
- AUF DER MAUR, ROLF/BÜRGI LOCATELLI, KARIN: Verwertbarkeit von Internet Domainnamen, sic! 2001, 853.
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- BÖCKLI, PETER/DRUEY, JEAN NICOLAS/FORSTMOSER, PETER/HIRSCH, ALAIN/NOBEL, PETER: Rechtsgutachten zuhanden der Schweizerischen Zulassungsstelle betr. die Veröffentlichung von Zwischenabschlüssen in Emissionsprospekten, SZW 1993, 282.
- BÜHLER, PETER: Was bedeutet der Sarbanes-Oxley Act für die Swiss Corporate Governance?, ST 2002, 997.
- CAMPONOVO, RICO/VON GRAFFENRIED-ALBRECHT, MONIQUE: Neues Revisionsrecht – offene juristische Fragen, ST 2008, 204.
- DRUEY, JEAN NICOLAS (DRUEY/BEARBEITER): Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010.
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- GLANZMANN, LUKAS (Verrechnung): Die Schranken der Liberierung durch Verrechnung nach schweizerischem Aktienrecht, ZSR 1999, 221.
- GLANZMANN, LUKAS (Sachübernahme): Wann liegt eine beabsichtigte Sachübernahme vor?, SZW 2003, 166.
- GLANZMANN, LUKAS (Aktienrechtsrevision): Die grosse Aktienrechtsrevision, ST 2008, 665.
- GLANZMANN, LUKAS (Umstrukturierungen): Umstrukturierungen, 2. Aufl., Bern 2008.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM P./WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008.
- MEISTERHANS, CLEMENS: Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörden, Diss., Zürich 1996 (= SSHW 175).
- MÜLLER, LUKAS: Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der internationalen Rechnungslegung, GesKR 2008, 50.
- NOBEL, PETER: Vom Umgang mit eigenen Aktien, Zürich 1994 (= SnA 6).
- SCHLEIFFER, PATRICK: Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht nach bisherigem und revidiertem Recht, Diss., Zürich 1992 (= ASR 545).
- SIEGWART, ALFRED (ZK-SIEGWART): Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/5, 1. Teilband (Art. 620-659 OR).
- TERCIER, PIERRE/AMSTUTZ, MARC (Hrsg.) (CR CO II-BEARBEITER): Commentaire Romand, Code des obligations II, Basel 2008.
- THOMI, GREGOR: Stellungnahmen der Oltenar Arbeitstagung 1999-2003, REPRAX 4/2004, 14.
- VISCHER, FRANK: Geld- und Währungsrecht, Basel 2010.

WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM P./BAUER, THOMAS/WINZELER, CHRISTOPH (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005.
 WEBER, PHILIPPE: The Offering of Foreign Securities in Switzerland, in: REUTTER, THOMAS U./WERLEN, THOMAS (Hrsg.): Kapitalmarkttransaktionen III, Zürich/Basel/Genf 2008, 1.
 WIDMER, CHRISTOPH K.: Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss., Zürich 1998 (= SSHW 184).

Sanierung der Aktiengesellschaft

Geltende Rahmenbedingungen und zukunftsgerichtete Regulierungsansätze für die aussergerichtliche Unternehmenssanierung im Aktienrecht

CHRISTOPH B. BÜHLER*

Inhaltsverzeichnis

Sanierung der Aktiengesellschaft	37
1. Einleitung	38
2. Aktienrechtliche Rahmenbedingungen der aussergerichtlichen Sanierung einer AG de lege lata	39
2.1 Begriff der «Sanierung» im Aktienrecht	39
2.2 Rechtsgrundlagen und Verfahren	40
2.3 Unzulänglichkeiten des geltenden Sanierungsrechts	41
3. Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen aussergerichtlicher Sanierungen	44
3.1 Zeitliche Vorverlagerung und Ergänzung der Auslösungsgründe für Sanierungsmassnahmen des Verwaltungsrates	44
3.1.1 Drohende Zahlungsunfähigkeit und weitere Kennzahlen als Gradmesser für erste Sanierungsmassnahmen	44
3.1.2 Verpflichtung zur Einleitung von Sanierungsmassnahmen bereits bei Einsetzen des Kapitalverlustes	46
3.2 Schaffung eines angemessenen Handlungsspielraums für aussergerichtliche Sanierungsbemühungen des Verwaltungsrates	47
3.2.1 Gesetzliche «Toleranzfrist» zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung bei «häftigem Kapitalverlust»	47
3.2.2 Gesetzliche «Toleranzfrist» für Sanierungsbemühungen des Verwaltungsrates bei Überschuldung	48
3.3 Schaffung gesetzlicher Rechtsgrundlagen für den erleichterten Einbezug der Gläubiger	50
3.3.1 Relative Gleichbehandlung und Mehrheitsprinzip im Umgang mit den Gläubigern	50
3.3.2 Absoluter Rangrücktritt mit Stundung statt einfacher Rangrücktritt für den Insolvenzfall	51
3.3.3 Gesetzliche Regelung des eigenkapitalersetzenden Darlehens («Sanierungsdarlehen»)	52
3.3.4 Vorrechte für Neugläubiger und verzichtende Altgläubiger («Sanierungsgenusschein» und Besserungsscheine)	53
3.4 Erweiterung der Möglichkeiten von Eigenkapitalgeschäften	55
3.4.1 Kapitalschnitt zu Sanierungszwecken («Harmonika»)	55