

**Jahrbuch  
des Handelsregisters**

**Annuaire  
du Registre du Commerce**

**Annuario  
del Registro di Commercio**

**1994**

Herausgegeben von der Registergilde Zürich



Schulthess Polygraphischer Verlag

# BEDINGTES KAPITAL: OFFENE FRAGEN UND LÖSUNGSVORSCHLÄGE

Daniel Schlatter, Zollikon,  
und Peter Honegger, Feldmeilen\*

Das neue Aktienrecht sieht bei der bedingten Kapitalerhöhung (Art. 653 ff. OR) weder die Aktionärsoption noch die Liberierung durch Sacheinlage vor. Diese Unterlassung trägt den heutigen Bedürfnissen des Kapitalmarktes nicht Rechnung.

## I. OFFENE FRAGEN

Als Instrument zur Kapitalbeschaffung stellt das revidierte Aktienrecht neben der ordentlichen und der genehmigten Kapitalerhöhung auch die bedingte Kapitalerhöhung zur Verfügung. Wie weit man sich bei der Ausgestaltung dieser Bestimmungen (Art. 653 ff. OR) über die Bedürfnisse der Praxis bewusst war, ist jedoch in Frage zu stellen. Obwohl der Gesetzeswortlaut zur bedingten Kapitalerhöhung zum Beispiel die Begebung von Aktionärsoptionen, ein mögliches Instrument zur Beschaffung von Kapital, nicht erwähnt, hat sich in der Praxis bereits verschiedentlich gezeigt, dass dies einem Bedürfnis entspricht und seit einiger Zeit auch praktiziert wird. So haben z.B. die Publikums-gesellschaften CS Holding AG, Landis & Gyr AG und BB Biotech AG bereits erfolgreich Aktionärsoptionen durch bedingtes Kapital unterlegt.

Ebensowenig äussert sich der Gesetzestext im Zusammenhang mit dem bedingten Kapital über die Art und Weise der Liberierung. Weder die Liberierung durch Sacheinlage noch diejenige durch Sachübernahme ist im Gesetzestext erwähnt.

\* Daniel Schlatter ist Rechtsanwalt und Partner einer Bank in Zürich.  
Dr. Peter Honegger ist Rechtsanwalt in einem Zürcher Advokaturbureau.

Hierzu äussert sich die Botschaft über die Revision des Aktienrechts nur gerade dahingehend, dass es keinem Bedürfnis entspreche, das Kapital durch Sacheinlage zu liberieren, ohne auch nur ein Wort der Begründung anzufügen. Die Zulässigkeit der Sachübernahme sei zudem im Entwurf des neuen Aktienrechtes bewusst offengelassen worden.

## II. VORGEHEN IN DER PRAXIS

Wie bereits oben erwähnt, hat sich in der Praxis die Unterlegung von Aktionärsoptionen durch eine ordentliche oder genehmigte Kapitalerhöhung als oftmals untauglich erwiesen. Demgegenüber hat sich in diesem Falle die Unterlegung durch bedingtes Kapital in der Praxis durchgesetzt. Im Anschluss an dieses Vorgehen stellt sich nun aber die Frage, inwieweit die Liberierung des bedingten Kapitals trotz der scheinbar abschliessenden Formulierung von Art. 653 Abs. 2 OR, durch eine Sacheinlage vorgenommen werden kann.

Es besteht nämlich durchaus ein Bedürfnis, dem Inhaber einer Aktionärsoption im Zeitpunkt der Ausübung die Möglichkeit zu geben, seine Einlage z.B. durch marktgängige (kотиerte) Wertschriften zu leisten, ohne dass diese vorgängig realisiert werden müssen. Dies ist vor allem dann gefragt, wenn Investoren den Wechsel von einem Investment zu einem anderen anstreben. Ebenso besteht je nach Sachlage ein Bedürfnis, das Instrument der bedingten Kapitalerhöhung zur Einbringung bzw. Übernahme von anderen Unternehmen benützen zu können. Dass dieses Vorgehen, das in der Botschaft mit keinerlei Begründung gewürdigt wird, überhaupt nicht notwendig sei, trifft nicht zu. Ganz im Gegenteil können in solchen Fällen z.B. alle Einlagen in eine speziell dafür geschaffene Gesellschaft geleistet werden, welche anschliessend als Sacheinlage zur Liberierung des bedingten Kapitals eingebracht wird. Dieser Schritt ist in der Praxis zeitverzugslos durchführbar.

## III. LÖSUNGSVORSCHLAG

Werden Aktionärsoptionen durch ordentliches oder genehmigtes Kapital unterlegt, ist die Liberierung durch Sacheinlagen ohne weiteres möglich (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 bzw. Art. 652c und Art. 652e Ziff. 2 OR). Nachdem Praxis und Lehre neuerdings die

Unterlegung von Aktionärsoptionen durch bedingtes Kapital durchwegs anerkannt haben, gibt es keinen Grund, weshalb auch diesfalls eine Liberierung durch Sacheinlagen nicht zulässig sein sollte. In diesem Lichte ist es folgerichtig, diese Gesetzeslücke zu füllen und Sacheinlagen zuzulassen.

Unseres Erachtens ist hier nämlich von einer Gesetzeslücke auszugehen, zumal nicht von einem bewussten bzw. qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgegangen werden kann. Dies insbesondere deshalb, weil im Jahre 1983, als die Botschaft zum neuen Aktienrecht verfasst wurde, weder die Aktionärsoption noch die daraus resultierenden Liberierungsbedürfnisse üblich waren (Botschaft zur Revision des neuen Aktienrechtes vom 23. Februar 1983, S. 124). Ebenso sehr verwundert, dass gemäss Amtlichem Bulletin der Bundesversammlung die Sacheinlage beim bedingten Kapital sowohl im Nationalrat als auch im Ständerat mit keinem Wort erwähnt wurde. Offenbar wurde auch hier nicht etwa die Sacheinlage beim bedingten Kapital bewusst weggelassen, sondern das Bedürfnis nach dieser nicht erkannt (Sten Bull 2.10.85, Nationalrat, I.1681; Sten Bull 21.9.88, Ständerat, III.471; Sten Bull 17.9.90, Nationalrat, IV.1358). Eine solche Lücke ist gemäss Art. 1 ZGB vom Richter zu füllen.

Gemäss Art. 653 Abs. 1 OR kann die Generalversammlung eine bedingte Kapitalerhöhung beschliessen, indem sie den Optionären den Bezug neuer Aktien einräumt. Damit liegt die Verpflichtung lediglich in der Begebung von neuen Aktien und nicht etwa im Verfahren selbst. Auch der Gesetzeswortlaut von Art. 653 Abs. 2 OR spricht nur gerade davon, dass sich das Aktienkapital ohne weiteres durch die Einlagepflicht erhöht. Diese kann gemäss Gesetzestext durch Verrechnung oder Einzahlung erfolgen. Der von einzelnen Autoren vorgetragene Ansicht, aus Art. 653 Abs. 2 OR ergebe sich zwingend, dass die Einlage bei der bedingten Kapitalerhöhung nur in bar oder durch Verrechnung von Barforderungen vorgenommen werden dürfe, kann nicht gefolgt werden. In diesem Zusammenhang ist nämlich zu beachten, dass sowohl eine Verrechnung als auch eine Einzahlung durch Einlage bzw. Verrechnung von Sachen erfolgen kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Einlage oder die Verrechnung durch Wertschriften erfolgt.

Lediglich der Einzahlungsort ist im Falle der Einzahlung in bar oder durch Verrechnung zum Schutz des Optionärs geregelt (Art. 653e Abs. 2 OR). Die Einzahlung darf diesfalls nur bei Bankinstituten erfolgen, die dem Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen unterstellt sind.

Grundsätzlich ist in jedem Falle sicherzustellen, dass die Liberierung ohne Wertverlust gewährleistet wird und dabei dem bisherigen Aktionär keinerlei Rechte beschnitten werden.

Als mögliche Vorgehensweise ist zum Beispiel denkbar, dass eine Bank zur Durchführung einer bedingten Kapitalerhöhung als Festübernehmerin auftritt. In diesem Falle wird es sich jedoch um eine "gestaffelte" Festübernahme handeln, weil sich die Bank aufgrund der "tropfenweisen" Ausübung der Aktionärsoptionen ja nur gerade soweit zur Zeichnung verpflichtet, als die Option ausgeübt wird. Zudem ist diese "tropfenweise" Festübernahme jeweils durch die gleichzeitige Einzahlung (in bar oder z.B. durch Wertschriften) durch die Optionäre sichergestellt. Im Rahmen des Festübernahmevertrages ist die Bank sodann in der Lage, sämtliche Einlagen entweder direkt als Sacheinlagen zur Liberierung einzubringen oder zunächst in eine neue Gesellschaft einzulegen, die sodann als Sacheinlage eingebracht wird.

Dieses Vorgehen hat vor allem bei reinen Investmentgesellschaften (Holdinggesellschaften), die vorwiegend auf dem internationalen Anlagemarkt tätig sind, den Vorteil, dass die Investitionen nicht vorgängig in der Schweiz liquidiert werden müssen und andererseits im Ausland vorgesehene Investitionen nicht in einem Zwischenschritt die Schweiz durchlaufen müssen. Unseres Erachtens entfällt diesfalls die schweizerische Verrechnungssteuer, wenn die durch Schweizer Investoren eingebrachten Einlagen sofort im Ausland investiert werden.

Dass bei einem solchen Verfahren sämtliche Bestimmungen des Aktienrechtes betreffend die Sacheinlage (Kapitalerhöhungsbericht, Prüfungsbericht der Revisionsstelle, Stichtagsbilanz der einzulegenden Gesellschaftsanteile etc.) zu beachten sind, ist selbstverständlich.

Rechtsvergleichend ist zu beachten, dass sich das revidierte Aktienrecht in seiner Entstehung stark an das Deutsche Aktiengesetz anlehnte (vgl. Botschaft S. 54), welches unter anderem als zulässigen Zweck der bedingten Kapitalerhöhung die Vorbereitung von Firmenzusammenschlüssen vorsieht (§ 192 Abs. 2 Ziff. 2 AktG). Dabei ist die Liberierung durch Sacheinlagen ausdrücklich zulässig und dem Bedürfnis von Firmenzusammenschlüssen Rechnung getragen worden.

Selbstverständlich sind in diesem Falle auch nach deutschem Recht die gleichen Voraussetzungen und Formerfordernisse an die Sacheinlagen zu stellen, wie in den anderen vom Gesetz vorgesehenen Fällen (Prüfungsbericht, Revisionsstellenbericht etc.; vgl. § 194 AktG).

Darüber hinaus müssen sowohl die Sacheinlage, die Sacheinleger sowie der Nennbetrag, der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien, in den Statuten genannt werden.

Ein Blick auf die zweite EG-Richtlinie vom 3.12.76 (Kapitalrichtlinie) zeigt im übrigen, dass das relevante Recht der EG Sacheinlagen im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung unabhängig vom Kapitalerhöhungsverfahren zulässt, sofern die Sacheinlage durch einen unabhängigen Sachverständigen geprüft wird, um die vollständige Liberierung sicherzustellen (Art. 27). Dieser Auflage ist der deutsche Gesetzgeber durch die Einführung von § 194 Abs. 4 AktG nachgekommen.

Auch das neue Aktienrecht (Art. 635a i.V.m. Art. 652c OR) ist dieser Auflage des EG-Rechtes nachgekommen, weshalb die Sacheinlage nicht nur bei der ordentlichen und der genehmigten, sondern auch bei der bedingten Kapitalerhöhung zulässig sein muss.

Auch in den angloamerikanischen Rechtsordnungen, welche das bedingte Kapital zwar nicht ausdrücklich erwähnen, jedoch andere Instrumente (authorised capital) für den gleichen Zweck zur Verfügung stellen, ist die Liberierung durch Sacheinlagen zur Begebung von Aktionärsoptionen ohne weiteres zulässig.

#### IV. SCHLUSSFOLGERUNG

Aus vorgenannten Gründen muss unseres Erachtens die Liberierung des Aktienkapitals durch Sacheinlage bei der bedingten Kapitalerhöhung zugelassen werden, wenn dabei die Liberierung sichergestellt wird und keine Aktionärsrechte beschränkt werden. Dies auch wenn der Gesetzestext diesen Anwendungsfall nicht ausdrücklich erwähnt. Auf jeden Fall ist zu beachten, dass kein Gesetz zum Selbstzweck verkommen darf.

Es ist naturgemäss kaum damit zu rechnen, dass ein Aktionär das obgenannte Verfahren gemäss Art. 706 Abs. 1 OR anfechten würde, wird doch durch die Einhaltung der für die Sacheinlage geltenden Vorschriften (Art. 628 i.V.m. Art. 634 OR) sichergestellt, dass er in keinerlei Rechten beschnitten wird und dass die Liberierung des Aktienkapitals gewährleistet ist.

Es bleibt somit einzig noch sicherzustellen, dass das kantonale sowie auch das eidgenössische Handelsregisteramt die entsprechende Statutenbestimmung eintragen werden, was jedoch schon aufgrund der beschränkten Kognitionsbefugnisse der ge-

nannten Ämter der Fall sein müsste. Vorliegend steht nämlich nicht eine nichtige, das heisst z.B. eine unsittliche, widerrechtliche oder gegen zwingendes Recht verstossende Statutenbestimmung zur Frage.

Betreffend der Registerpublizität ist entsprechend Art. 641 Ziff. 6 OR der Gegenstand der Sacheinlage, die dafür ausgegebenen Aktien sowie der Gegenstand der Sacheinlage und die Gegenleistung der Gesellschaft im Handelsregister einzutragen. Nicht mehr zu nennen ist der Anrechnungsbetrag. Darüber hinaus ist auch diesfalls dem Handelsregisteramt mit der Anmeldung eine Stampa-Erklärung einzureichen, damit der Registerführer seiner Prüfungspflicht gemäss Art. 78 Abs. 1 lit. g, Art. 80 Abs. 1 lit d und Art. 83 Abs. 1 lit e HRegV nachkommen kann, was auch im Falle des Vorliegens eines Verwaltungsratsberichtes notwendig ist. Im übrigen sind die gleichen Formalitäten zu beachten, wie diese bei einer genehmigten Kapitalerhöhung verlangt werden.