Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, insb. innerhalb des Kapitalbands, und der Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien

Markus Vischer*

The corporate law reform was passed by the Swiss Parliament on 19 June 2020. It will most probably enter into force in 2023. Its most innovative feature, the capital band, raises a lot of interesting legal issues, inter alia regarding its relationship with the provisions on the acquisition and disposal of own shares. The following article analyses this relationship and the relationship of capital increases and decreases and the acquisition and disposal of own shares in general. It concludes that the provisions on capital increases and decreases, also the ones within the capital band, and the provisions on the acquisition and disposal of own shares are cumulatively applicable in case of own shares which are acquired or disposed of within the wider context of a capital increase or decrease.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Kapitalband
- **1. Im Allgemeinen**
- **2. Statutarische Grundlagen**
- **3. Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands**
- **4. Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands**

III. Erwerb eigener Aktien
- **1. Im Allgemeinen**
- **2. Originärer Erwerb**
- **3. Derivativer Erwerb**
- **4. Gemeinsame Vorschriften für den Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien**

IV. Bezüge zwischen dem Kapitalband und dem Erwerb bzw. der Veräusserung eigener Aktien
- **1. Problemstellung**
- **2. Ausgangslage**
- **3. Nächster Schritt: Einbezug von Art. 652*d* revOR**
- **4. Nächster Schritt: *Ratio* der Bestimmungen über die Kapitalerhöhung und -herabsetzung und über den Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien**
- **5. Schlussfolgerungen**
- **6. Fazit**

* Dr. iur. *Markus Vischer,* LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

I. Einleitung

Am 19.6.2020 verabschiedeten der National- und Ständerat die Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)[1] und damit das Aktienrecht 2020.[2]

Die darin enthaltenen Bestimmungen zu den Geschlechterrichtwerten[3] und die Transparenzregeln für den Rohstoffsektor[4] traten bereits am 1.1.2021 in Kraft.[5] Die restlichen Bestimmungen werden entgegen den ersten Informationen nicht im Jahr 2022,[6] sondern wohl erst im Jahr 2023 in Kraft treten.[7]

Ob die im Aktienrecht 2020 endende, sog. grosse Aktienrechtsrevision ihrem Namen gerecht wird, ist umstritten.[8] Diese Frage braucht hier nicht beantwortet zu werden. Auf alle Fälle enthält das Aktien-

1 AS 2020 4005; BBl 2020 5573.
2 Bestimmungen des Aktienrechts 2020 zitiert mit Art. […] revOR.
3 Art. 734*f* revOR und Art. 4 der Übergangsbestimmungen.
4 Art. 964*a*–964*f* revOR und Art. 7 der Übergangsbestimmungen.
5 AS 2020 4063; s.a. Verordnung über eine Teilinkraftsetzung der Änderung vom 19.6.2020 des Obligationenrechts (Aktienrecht), Art. 293*a* des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 14.10.2020, AS 2020 4145, bez. Inkraftsetzung von Art. 293*a* SchKG auf den 20.10.2020.
6 Medienmitteilung des Bundesrats, des EJPD, des BJ und des EFD vom 11.9.2020, <*https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-80358.html*>, besucht am 3.5.2021.
7 Erläuternder Bericht zur (in die Vernehmlassung geschickten) Änderung der Handelsregisterverordnung vom 17.2.2021, link in <*https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-82350.html*>, besucht am 7.5.2021 (zit.: Erläuternder Bericht VE-HRegV), 3.
8 Kritisch z.B. *Dieter Gericke/Andreas Müller/Daniel Häusermann/Nina Hagmann,* Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 2020, 323.

recht 2020 durchaus innovative Elemente wie das Kapitalband,[9] das auf einen Vorschlag von *von der Crone* zurückgeht.[10]

Weniger innovativ ist die teilweise Neuregelung des Erwerbs eigener Aktien. Diese wurde notwendig, nachdem durch die vorgezogene Revision des Rechnungslegungsrechts eine Divergenz zwischen Aktien- und Rechnungslegungsrecht entstanden war, die es im Aktienrecht 2020 zu beseitigen galt.

II. Kapitalband

1. Im Allgemeinen

Das Kapitalband ist hauptsächlich in Art. 653*s* ff. revOR geregelt. Mit diesem Kapitalband kann die Generalversammlung (GV) den Verwaltungsrat (VR) statutarisch ermächtigen, während einer Dauer von längstens fünf Jahren das Kapital innerhalb einer Bandbreite (Kapitalband) zu erhöhen oder herabzusetzen.[11] Die obere Grenze des Kapitalbands darf das im Handelsregister eingetragene Aktien- und Partizipationskapital[12] höchstens um die Hälfte übersteigen.[13] Die untere Grenze darf das im Handelsregister eingetragene Aktien- und Partizipationskapital[14] höchstens um die Hälfte unterschreiten.[15]

Das Kapitalband vereinigt so die bereits unter dem Aktienrecht 1991[16] gesetzlich vorgesehene genehmigte Kapitalerhöhung[17] mit der in diesem Recht noch nicht zulässigen, spiegelbildlich konzipierten genehmigten Kapitalherabsetzung.[18]

2. Statutarische Grundlagen

Das Kapitalband bedarf wie erwähnt[19] einer expliziten statutarischen Grundlage.[20] Die Statuten müssen den maximal möglichen Kapitalerhöhungs- und Kapitalherabsetzungsbetrag innerhalb der bereits erwähnten Schranken von 150%–50%[21] des im Handelsregister eingetragenen Aktien- und Partizipationskapitals festlegen,[22] wobei allerdings das tiefstmögliche Aktienkapital von CHF 100 000[23] durch Kapitalherabsetzungen nicht unterschritten werden darf.[24] Möglich ist die statutarische Verankerung eines nur einseitigen Kapitalbands, also einer Ermächtigung des VR nur zur Kapitalerhöhung oder nur zur Kapitalherabsetzung.[25] Die maximale Ermächtigungsdauer beträgt wie erwähnt fünf Jahre,[26] ist also länger als die im Aktienrecht 1991[27] für eine genehmigte Kapitalerhöhung maximal mögliche Dauer von zwei Jahren.[28] Die Statuten können die Befugnisse des VR zu Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen «beschränken»[29] und so «Einschränkungen, Auflagen und Bedingungen der Ermächtigung»[30] vorsehen. Neben den bereits erwähnten Gestaltungselementen kann dies eine Vielzahl von Parametern sein, wie z.B. die Einteilung des Kapitalbands in verschiedene Tranchen, gegebenenfalls für verschiedene Zwecke,[31] z.B.

9 *Peter Forstmoser/Marcel Küchler,* Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe? Teil I, SJZ 2017, 80.

10 *Hans Caspar von der Crone,* Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien (= Bericht *von der Crone,* Teilrevision Aktienrecht – Teil 1; link in <*https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision.html*>, besucht am 4.5.2021), Reprax 2002, 16 ff.

11 Art. 653*s* Abs. 1 revOR.

12 S. II.2, insb. Fn. 22.

13 Art. 653*s* Abs. 2 Satz 1 revOR.

14 S. II.2, insb. Fn. 22.

15 Art. 653*s* Abs. 2 Satz 2 revOR.

16 AS 1992 733.

17 Art. 651–651*a* OR 1991.

18 *Hans Caspar von der Crone/Giovanni Dazio,* Das Kapitalband im neuen Aktienrecht, SZW 2020, 506; *Urs Schenker,* Das Kapitalband – Flexibilisierung des Kapitals mit Gefahren für Aktionäre und Gläubiger, in: Matthias P.A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 170; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 (zit.: Botschaft 2016), 435; *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 4 N 268 ff.

19 S. II.1.

20 Art. 653*s* Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 revOR und Art. 653*t* revOR.

21 S. II.1.

22 Art. 656*b* Abs. 3 Ziff. 5 revOR, wonach das Partizipationskapital dem Aktienkapital für die Festlegung der unteren und der oberen Grenzen des Kapitalbands zuzurechnen ist. Damit wird ein Widerspruch zu Art. 653*s* Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 revOR (im Handelsregister eingetragenes Aktienkapital) geschaffen, der zugunsten von Art. 656*b* Abs. 3 Ziff. 5 revOR aufzulösen ist.

23 Art. 621 Abs. 1 revOR.

24 *Hans Caspar von der Crone,* Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 700.

25 Art. 653*s* Abs. 3 Satz 2 revOR, womit das «und» in Art. 653*t* Abs. 1 Ziff. 1 revOR als «und/oder» zu lesen ist.

26 S. II.1.

27 AS 1992 733.

28 Art. 651 Abs. 1 OR 1991.

29 Art. 653*s* Abs. 3 Satz 1 revOR.

30 Art. 653*t* Abs. 1 Ziff. 3 revOR.

31 *Von der Crone* (Fn. 24), N 702.

der «Bedienung» von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen.[32]

Bei Kapitalerhöhungen innerhalb des Kapitalbands hat der Aktionär ein Bezugsrecht, also einen Anspruch auf den Teil der neu ausgegebenen Aktien, der seiner bisherigen Beteiligung entspricht.[33] Wie bei ordentlichen Kapitalerhöhungen kann dieses Recht aus wichtigen Gründen eingeschränkt oder aufgehoben werden.[34]

Mit Art. 653*t* Abs. 1 Ziff. 7 revOR wird die Rechtsprechung zum Aktienrecht 1991[35] zur Delegation der Bezugsrechtseinschränkung und der Bezugsrechtsaufhebung, also namentlich die Rechtsprechung gemäss BGE 121 III 219 E. 1c,[36] kodifiziert.[37] Wird das Bezugsrecht durch die GV[38] beschränkt oder aufgehoben, müssen die Statuten den wichtigen Grund konkret ausweisen.[39] Delegiert die GV den Entscheid über die Bezugsrechtseinschränkung bzw. -aufhebung[40] an den VR, müssen die Statuten den wichtigen Grund abstrakt umschreiben. Die eigentliche Bezugsrechtseinschränkung bzw. -aufhebung erfolgt alsdann im Kapitalerhöhungsbeschluss[41] durch den VR.[42] Als wichtige Gründe gelten insb. die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer.[43] Im Übrigen ist umstritten, was neben den gesetzlich explizit genannten Gründen wichtige Gründe sind.[44]

3. Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands

Wie bereits angetönt finden auf die Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands die Vorschriften über die ordentliche Kapitalerhöhung bzw. Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital «sinngemäss» Anwendung.[45] Anwendbar sind somit vorbehältlich spezieller Regelungen Art. 650 ff. revOR bzw. Art. 653 ff. revOR.[46] Als Erstes hat der VR den Kapitalerhöhungsbeschluss zu fassen.[47] Dieser Kapitalerhöhungsbeschluss des VR ist wohl nicht öffentlich zu beurkunden,[48] obwohl das nicht restlos klar ist, weil für diesen Beschluss eine Art. 653*u* Abs. 4 Satz 2 revOR entsprechende Bestimmung fehlt[49] und weil Art. 650 Abs. 2 revOR (öffentliche Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses der GV) aufgrund von Art. 653*u* Abs. 5 revOR nur «sinngemäss» anwendbar ist. Als Nächstes hat er die für die Kapitalerhöhung notwendigen Bestimmungen zu erlassen, soweit sie nicht im Ermächtigungsbeschluss der GV enthalten sind.[50] Am Schluss ändert der VR die Statuten und trifft die erforderlichen Feststellungen.[51] Dieser Beschluss über die Änderung der Statuten und die Feststellungen ist öffentlich zu beurkunden.[52]

Die Kapitalerhöhung muss innerhalb von sechs Monaten nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss des VR beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden.[53]

32 *Schenker* (Fn. 18), 173.
33 Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 652*b* Abs. 1 revOR.
34 Art. 653*t* Abs. 1 Ziff. 7 revOR, Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 652*b* Abs. 2 Satz 1 revOR.
35 AS 1992 733.
36 I.S. SBG c. BK Vision AG.
37 *Von der Crone* (Fn. 24), N 703.
38 Mit dem geforderten qualifizierten Mehr gemäss Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4 revOR.
39 *Von der Crone* (Fn. 24), N 704.
40 Mit dem geforderten qualifizierten Mehr gemäss Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4 revOR.
41 Art. 653*u* Abs. 2 revOR.
42 *Von der Crone* (Fn. 24), N 705.
43 Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 652*b* Abs. 2 Satz 2 revOR und i.V. Art. 653*c* Abs. 1 i.V. Art. 652*b* Abs. 2 revOR.
44 Z.B. *Schenker* (Fn. 18), 17.
45 Art. 653*u* Abs. 5 revOR; s.a. *von der Crone/Dazio* (Fn. 18), 511, Fn. 66, zur Bedeutung des Worts «sinngemäss» unter Hinweis auf *Ernst A. Kramer,* Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, 108 [f.], welcher betont, dass «sinngemäss» im Rahmen des dadurch geforderten Analogieschlusses nicht mit wörtlich gleich zu setzen ist.
46 *Von der Crone* (Fn. 24), N 709.
47 Art. 653*u* Abs. 2 revOR.
48 Gl.M. *Dieter Gericke,* Das Kapitalband im Vorentwurf 2014, GesKR 2015, 111; *Benjamin Büchler,* Das Kapitalband, Zürich/Basel/Genf 2012, N 333 f., auch m.H. darauf, dass die Frage schon in Bezug auf den VR-Beschluss gemäss Art. 651 Abs. 4 OR 1991 umstritten war; gegen eine Pflicht zur öffentlichen Beurkundung des Kapitalerhöhungsberichts des VR auch Erläuternder Bericht VE-HRegV (Fn. 7), 10, zu Art. 59*b* VE-HRegV.
49 *Büchler* (Fn. 48), N 333.
50 Art. 653*u* Abs. 2 revOR.
51 Art. 653*u* Abs. 4 Satz 1 revOR; Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 650 Abs. 2 revOR und Art. 653*g* Abs. 1 revOR.
52 Art. 653*u* Abs. 4 Satz 2 revOR; Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 650 Abs. 2 revOR und Art. 653*g* Abs. 3 Satz 1 revOR.
53 Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 650 Abs. 3 revOR.

4. Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands

Bei einer Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands finden die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung «sinngemäss» Anwendung.[54] Anwendbar sind somit vorbehältlich spezieller Regelungen Art. 653*j* ff. revOR.[55] Als Erstes hat der VR einen Schuldenruf zu erlassen, ev. einen Zwischenabschluss[56] zu erstellen und eine Prüfungsbestätigung einzuholen.[57] Gestützt darauf fasst der VR den Kapitalherabsetzungsbeschluss.[58] Dieser Kapitalherabsetzungsbeschluss des VR ist wohl nicht öffentlich zu beurkunden,[59] obwohl das erneut nicht restlos klar ist, weil für diesen Beschluss eine Art. 653*u* Abs. 4 Satz 2 revOR entsprechende Bestimmung fehlt und weil Art. 653*n* revOR (öffentliche Beurkundung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses der GV) aufgrund von Art. 653*u* Abs. 5 revOR nur «sinngemäss» anwendbar ist.[60] Als Nächstes hat er die für die Kapitalherabsetzung notwendigen Bestimmungen zu erlassen, soweit sie nicht im Ermächtigungsbeschluss der GV enthalten sind.[61] Am Schluss ändert der VR die Statuten und trifft die erforderlichen Feststellungen.[62] Dieser Beschluss über die Änderung der Statuten und die Feststellungen ist öffentlich zu beurkunden.[63]

Die Kapitalherabsetzung muss innerhalb von sechs Monaten nach dem Kapitalherabsetzungsbeschluss des VR beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden.[64]

[54] Art. 563*u* Abs. 5 revOR.
[55] *Von der Crone* (Fn. 24), N 713.
[56] S. Art. 960*f* revOR zum Zwischenabschluss im Allgemeinen.
[57] Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 653*k*–653*m* revOR.
[58] Art. 653*u* Abs. 2 revOR.
[59] Gegen eine Pflicht zur öffentlichen Beurkundung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses des VR Erläuternder Bericht VE-HRegV (Fn. 7), 11, zu Art. 59*c* VE-HRegV.
[60] S. bereits II.3 bez. Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands.
[61] Art. 653*u* Abs. 2 revOR.
[62] Art. 653*u* Abs. 4 Satz 1 revOR; Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 653*o* Abs. 1 revOR.
[63] Art. 653*u* Abs. 4 Satz 2 revOR; Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 653*o* Abs. 2 Satz 1 revOR.
[64] Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 653*j* Abs. 4 revOR.

III. Erwerb eigener Aktien

1. Im Allgemeinen

Der Erwerb eigener Aktien ist hauptsächlich in Art. 659 ff. revOR geregelt. Es ist zwischen originärem und derivativem Erwerb eigener Aktien zu unterscheiden, wobei nachfolgend nur auf den direkten Erwerb und nicht auch auf den indirekten Erwerb eigener Aktien[65] eingegangen wird.[66]

2. Originärer Erwerb

Der originäre Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft fusst auf einer Zeichnung von Aktien im Rahmen einer Kapitalerhöhung und Liberierung dieser Aktien durch die Aktiengesellschaft selbst, wobei die Liberierung i.d.R. in bar erfolgt.[67] Sie ist nach der herrschenden Lehre (hL) zulässig.[68] Das bundesgerichtliche Präjudiz[69] mit einem Verbot der Zeichnung und Liberierung eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft selbst ist nicht mehr einschlägig, erging es doch zu Art. 659 OR 1936,[70] welche Bestimmung ein

[65] Art. 659*b* revOR.
[66] S. aber immerhin III.2.
[67] *Olivia Feusi,* Der originäre Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft, EF 2020, 417, auch zur (zulässigen) Liberierung durch Sacheinlage, s.a. 420, zur (zulässigen [s. Fn. 116]) Teilliberierung, allerdings mit der nicht korrekten Aussage, dass der nicht liberierte Teilbetrag zu aktivieren und zu passivieren sei.
[68] Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Feusi* (Fn. 67), 416 f.; *Rita Trigo Trindade,* in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit.: CR II-*Trigo Trindade*), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 5; *Christian Lenz/Andreas von Planta,* in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit.: BSK OR II-*Autor*), Art. 659 OR 1991 N 4; *Marc Amstutz/Hanna Marti Adji,* in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: OFK-*Autor*), Art. 659 OR 1991 N 20; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 352 ff.; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel,* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 164 f.; *Ernst Giger,* Der Erwerb eigener Aktien, Bern 1995, 37 ff.; a.M. z.B. *Peter Jung,* in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 620–659*b* OR, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: ZK-*Autor*), Art. 625 OR 1991 N 36.
[69] BGE 117 II 290 E. 4d aa (i.S. Canes c. Nestlé).
[70] BBl 1936 III 605.

grundsätzliches Verbot des Erwerbs eigener Aktien (mit nur sehr wenigen Ausnahmen) vorsah.

Der Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28.11.2014[71] hatte die Zulässigkeit der Zeichnung und Liberierung eigener Aktien noch implizit festgehalten, indem es in Art. 659 Abs. 1 VE-OR nicht nur den Anschaffungswert, sondern auch den Ausgabebetrag erwähnte. Aufgrund der Kritik in der Vernehmlassung verzichtete der Bundesrat daraufhin auf die explizite Erwähnung des Ausgabebetrags, hielt aber fest, dass sich dadurch an der materiellen Rechtslage der Zulässigkeit des originären Erwerbs eigener Aktien nichts ändere.[72] Die explizite Erwähnung des Ausgabebetrags ist in der Tat überflüssig, entspricht der Anschaffungswert beim originären Erwerb doch dem Ausgabebetrag.[73]

Nicht zulässig ist dagegen die Zeichnung und Liberierung eigener Aktien bei der Gründung.[74]

Die Zeichnung und Liberierung eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft selbst setzt einen Bezugsrechtsausschluss voraus, der nur aus wichtigem Grund zulässig ist.[75] Die so geschaffenen eigenen Aktien sind infolge der Bindung an den wichtigen Grund «gebundene» und damit keine «freien» Vorratsaktien.[76] Den gleichen Effekt wie ein Bezugsrechtsausschluss hat der Verzicht aller Aktionäre auf die Bezugsrechte oder der Transfer der Bezugsrechte durch alle Aktionäre auf die Aktiengesellschaft und die Wahrnehmung dieser Bezugsrechte durch die Aktiengesellschaft selbst, wobei daraus allerdings freie und nicht gebundene Vorratsaktien resultieren.

Die Zeichnung und Liberierung eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft selbst ist grundsätzlich nur zulässig, wenn gemäss Art. 659 Abs. 1 revOR frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswerts (= Ausgabebetrag) vorhanden ist. Massgebend ist die letzte (von der GV genehmigte und, falls notwendig, geprüfte) Jahresrechnung[77] vor dem Verpflichtungsgeschäft[78] oder ein davor erstellter (von der GV genehmigter und, falls notwendig, geprüfter) Zwischenabschluss.[79]

Er ist zudem gemäss Art. 659 Abs. 2 revOR beschränkt auf 10% des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals.[80] Die beiden Ausnahmefälle bei einem Erwerb im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung oder einer Auflösungsklage gemäss Art. 659 Abs. 3 Satz 1 revOR mit der Anhebung der Beschränkung auf 20% des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals sind hier nicht einschlägig.

Gebucht wird der Vorgang der Zeichnung und Liberierung eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft selbst gemäss Art. 659*a* Abs. 4 revOR (i.V. Art. 959*a* Abs. 2 Ziff. 3 lit. e revOR) wie folgt: Minusposten (in Höhe des Ausgabebetrags)[81] an (erhöhtes)

71 Link in *<https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/2014-11-28.html>,* besucht am 4.5.2021.

72 Botschaft 2016 (Fn. 18), 519 f., s.a. 474, wo der Bundesrat festhielt, dass der Entwurf im Gegensatz zur entsprechenden EU-Richtlinie weiterhin kein Verbot für die Aktiengesellschaft vorsehe, eigene Aktien zu zeichnen.

73 S. zum Begriff des Anschaffungswerts auch Art. 960*a* Abs. 1 revOR.

74 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Feusi* (Fn. 67), 416; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 352, Fn. 653; *Giger* (Fn. 68), 37.

75 Art. 652*b* Abs. 2 revOR, Art. 653*c* Abs. 1 i.V. 652*b* Abs. 2 revOR und Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 652*b* Abs. 2 revOR und i.V. Art. 653*c* Abs. 1 i.V. Art. 652*b* Abs. 2 revOR; s. schon II.2.

76 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Feusi* (Fn. 67), 417; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 4, s.a. Art. 651 OR 1991 N 12 ff. zu freien und gebundenen Vorratsaktien im Allgemeinen.

77 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Hans-Jakob Diem,* Der selektive Aktienrückkauf, in: Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 119 f.; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 7; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 227.

78 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. OFK-*Amstutz/Marti Adji* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 21; CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 31, 36; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 226.

79 Bez. Aktienrecht 1991 gl.M. CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 30; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 228; a.M. BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 7; s. Art. 960*f* revOR zum Zwischenabschluss im Allgemeinen.

80 S.a. Art. 656*b* Abs. 5 Ziff. 1 revOR, wonach dieser Schwellenwert auf der Grundlage der *ausgegebenen* Aktien (und, im Unterschied zum Aktienrecht 1991 [Art. 656*b* Abs. 3 OR 1991], nicht unter Mitberücksichtigung des Partizipationskapitals [Botschaft 2016 (Fn. 18), 518; nicht korrekt *von der Crone* (Fn. 24), N 563]) berechnet wird, womit ein Widerspruch zu Art. 659 Abs. 2 revOR (im Handelsregister eingetragenes Aktienkapital) geschaffen wird, der zugunsten von Art. 659 Abs. 2 revOR aufzulösen ist; s.a. II.1 und II.2, insb. Fn. 22, zur abweichenden Berechnung der oberen und unteren Grenzen des Kapitalbands.

81 Auch bei teilliberierten Aktien (also in Höhe des liberierten und nicht liberierten Betrags), z.B. *Feusi* (Fn. 67), 420; s.a. Fn. 116.

Aktienkapital (in Höhe des Ausgabebetrags).[82] Damit kommt es im Gegensatz zu einer Kapitalherabsetzung bei einem solchen Erwerb bzw. überhaupt beim Erwerb eigener Aktien zu einer Bruttodarstellung bei der Position des Aktienkapitals,[83] was korrekt ist, wird doch das (formelle) Aktienkapital durch den Erwerb eigener Aktien (formell) nicht reduziert.[84]

Nachdem ein solcher originärer Erwerb eigener Aktien wie ausgeführt grundsätzlich nur im Rahmen des frei verwendbaren Eigenkapitals zulässig ist, wirkt der Minusposten als Sperrung von frei verwendbarem Eigenkapital in der entsprechenden Höhe.[85] In diesem Sinne ist der Minusposten eine Minusreserve.[86]

Der Minusposten verschwindet bei der Vernichtung solcher eigenen Aktien durch Kapitalherabsetzung[87] oder bei Veräusserung solcher eigenen Aktien,[88] in der Regel durch Verkauf.[89] Bei einer Vernichtung durch Kapitalherabsetzung wird der Minusposten zulasten des Aktienkapitals ausgebucht.[90] Bei einem Verkauf wird der Minusposten zugunsten der flüssigen Mittel und die allfällige Differenz zwischen tieferem Verkaufspreis und höherem Ausgabepreis (Minusposten) zulasten des Eigenkapitals ausgebucht.[91] Die allfällige Differenz eines höheren Verkaufspreises und eines tieferen Ausgabepreises (Minusposten) wird als Eigenkapital eingebucht.[92] Nach dem HWP ist die gesetzliche Kapitalreserve die relevante Eigenkapital-Position für die Aus- bzw. Einbuchung im Eigenkapital.[93] Weil der Minusposten das frei verwendbare Eigenkapital sperrt, sollte die (gänzliche oder teilweise) Ausbuchung des Minuspostens auf alle Fälle über eine Eigenkapital-Position erfolgen, die frei verwendbar ist. Bei der Einbuchung drängen sich dagegen infolge der Analogie zum Agio in der Tat die gesetzlichen Kapitalreserven auf.[94]

Eine Aktivierung der eigenen Aktien ist unzulässig,[95] selbst wenn die Wiederveräusserung gesichert ist.[96] Die Nichtaktivierung erfolgt aus Vorsichtsgründen,[97] was nichts daran ändert, dass die eigenen Aktien v.a. infolge der u.U. bestehenden Veräusserungsmöglichkeit u.U. einen gewissen Wert haben, was v.a. bei eigenen Aktien, die kotiert sind, offensichtlich ist. Es handelt sich bei eigenen Aktien also nicht *per se*

82 Bez. Aktienrecht 1991 ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 26, wobei *Handschin* allerdings zu Unrecht davon ausgeht, dass der Ausgabebetrag zwingend dem Nennwert entspricht; gl.M. wie hier *Feusi* (Fn. 67), 417, allerdings 418 mit der nicht korrekten Aussage, dass sich bei einem Ausgabebetrag über dem Nennwert die Reserven um das Agio erhöhen.

83 *Michael Bertschinger,* Die handelsrechtliche und steuerrechtliche Gewinnermittlung unter dem revidierten Rechnungslegungsrecht, Bern 2020, N 500; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Treuhand Kammer (Hrsg.), Zürich 2014 (zit.: HWP), 243; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 239; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21.12.2007, BBl 2008 1589 (zit.: Botschaft 2007), 1660.

84 *Von der Crone* (Fn. 24), N 565.

85 Z.B. *Feusi* (Fn. 67), 418; *Bertschinger* (Fn. 83), N 501, 503; *Peter Böckli,* OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 471; *Lukas Glanzmann,* Die Bilanzierung des Eigenkapitals im Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften, SZW 2017, 285 f.; CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 12, 35a; *Urs Kägi,* Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, SSHW 309, Zürich/St. Gallen 2012, § 6 N 65; HWP (Fn. 83), 243; Botschaft 2007 (Fn. 83), 1660.

86 *Lukas Handschin,* Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2016, N 920a.

87 S.a. HWP (Fn. 83), 244, wonach eine Kapitalherabsetzung durch Nennwertherabsetzung wie eine teilweise Vernichtung eigener Aktien behandelt wird.

88 Z.B. *von der Crone* (Fn. 24), 288, Fn. 351; z.B. *Handschin* (Fn. 86), N 922.

89 Zur Qualifikation des Geschäfts der Veräusserung eigener Aktien als (Ver-)Kaufvertrag s. III.3.

90 Buchungssatz: Minusposten an Aktienkapital; bez. Aktienrecht 1991 z.B. ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 149; HWP (Fn. 83), 244.

91 Buchungssatz: Flüssige Mittel bzw. Eigenkapital an Minusposten; bez. Aktienrecht 1991 z.B. ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 147 f.

92 Buchungssatz: Flüssige Mittel an Minusposten bzw. Eigenkapital; bez. Aktienrecht 1991 z.B. ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 147 f.

93 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. HWP (Fn. 83), 244.

94 S. Art. 671 Abs. 1 revOR.

95 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Bertschinger* (Fn. 83), N 501 ff.; *Glanzmann* (Fn. 85), 285; *Handschin* (Fn. 86), N 913 f.; a.M. *Diana Oswald,* Eigene Aktien in der Rechnungslegung, Jusletter 22.9.2014, Rz. 47 ff., s.a. Rz. 32, 38.

96 Bez. Aktienrecht 1991 a.M. *Handschin* (Fn. 86), N 914; s.a. *Böckli* (Fn. 18), § 8 N 273; s.a. IV.5.5 zur Bedeutung der gesicherten Wiederveräusserung im Allgemeinen.

97 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Bertschinger* (Fn. 83), N 503; *Lukas Handschin,* Erwerb eigener börsenkotierter Aktien, SZW 2017, 293; *Handschin* (Fn. 86), N 914; ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 62.

um ein Non-Valeur.[98] Das zeigt auch die gemäss Art. 659*b* Abs. 2 revOR wohl weiter geforderte Aktivierung von Aktien an anderen Konzerngesellschaften in der Bilanz einer Konzerngesellschaft.[99]

Ebenso ist eine Verbuchung des Erwerbs (und der Veräusserung und von Wertveränderungen) eigener Aktien über die Erfolgsrechnung unzulässig.[100] Wertveränderungen der eigenen Aktien bewirken keine Veränderung des Minuspostens.[101]

3. Derivativer Erwerb

Der derivative Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft basiert auf einem Erwerbsgeschäft, das nicht notwendigerweise, aber in der Regel ein Kaufvertrag i.S.v. Art. 184 ff. OR ist.[102] Das Erwerbsgeschäft kann auch eine Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung nach FusG,[103] eine Kaduzierung[104] oder ein Transfer *ex lege,*[105] z.B. gemäss Art. 8 Abs. 1 UeB Global Forum Gesetz,[106] sein. Die Qualifikation des Geschäfts «Eigene Aktien gegen Geld» als Kaufvertrag i.S.v. Art. 184 ff. OR entspricht der hL.[107] Die hL ist allerdings nicht ganz unumstritten, weil der Kauf eigener Aktien wirtschaftlich wie eine Dividende, Kapitalherabsetzung bzw. Teilliquidation wirkt[108] und deshalb als rein gesellschaftsrechtlicher Vorgang verstanden werden könnte.[109] Trotzdem liegt beim Geschäft «Eigene Aktien gegen Geld» wie von der hL angenommen ein Kaufvertrag i.S.v. Art. 184 ff. OR vor, auch wenn das Geschäft mit der alsdann gebotenen Anwendung auch von Kaufvertragsrecht eine gesellschafts- und kaufrechtliche Doppelnatur erhält. Das ist aber nichts Aussergewöhnliches.[110] Auf alle Fälle ist die Frage der Aktivierbarkeit des Kaufgegenstands angesichts des weiten Begriffs des möglichen Kaufgegenstands im Kaufrecht, welche neben körperlichen Sachen und Rechten auch wirtschaftliche Vorteile und zukünftige Sa-

98 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 zu absolut CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 34; Botschaft 2007 (Fn. 83), 1660.

99 Z.B. *Böckli* (Fn. 85), N 475, in Fn. 998 auch zur korrespondierenden Buchung bei der kontrollierenden Gesellschaft, nämlich Frei Verwendbare Reserve (Frei Verwendbares Eigenkapital) an (gesondert auszuweisende) Gesetzliche Reserve.

100 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Böckli* (Fn. 85), N 470 f.; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659a OR 1991 N 8b, 8d; a.M. z.B. BSK OR II-*Neuhaus/Gerber* (Fn. 68), Art. 959*a* OR 1991 N 91; HWP (Fn. 83), 244, wonach bei Mehr- und Minderwerten bei Veräusserungen auch eine erfolgswirksame Verbuchung zulässig ist.

101 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 z.B. *von der Crone* (Fn. 24), N 565, Fn. 351; *Feusi* (Fn. 67), 418; *Bertschinger* (Fn. 83), N 504; *Böckli* (Fn. 85), N 470 f.; CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 37; BSK OR II-*Neuhaus/Gerber* (Fn. 68), Art. 671*a* OR 1991 N 6, Art. 959*a* OR 1991 N 91; HWP (Fn. 83), 244.

102 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. OFK-*Amstutz/Marti Adji* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 19; *Roger Groner,* Erwerb eigener Aktien, Basel/Genf/München 2003, 94; zu «kauffokussiert» z.B. BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 5a; *Barbara Graham-Siegenthaler,* in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014, Art. 659 OR 1991 N 14; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 272.

103 Bez. Aktienrecht 1991 gl.M. z.B. CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 5; s. aber zur *de lege lata* (Aktienrecht 1991) beim Erwerb durch Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung von gewissen Autoren vertretenen Ausnahme von der 10%-Begrenzung IV.2, insb. Fn. 146.

104 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. OFK-*Vischer* (Fn. 68), Art. 681 OR 1991 N 8; s. aber zur *de lege lata* (Aktienrecht 1991) beim Erwerb durch Kaduzierung von gewissen Autoren vertretenen Ausnahme von der 10%-Begrenzung IV.2, insb. Fn. 147.

105 Bez. Aktienrecht 1991 gl.M. z.B. CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 5.

106 Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke vom 21.6.2019, AS 2019 3151; s. aber zur *de lege lata* beim Transfer *ex lege* gemäss Art. 8 Abs. 1 UeB Global Forum Gesetz von gewissen Autoren vertretenen Ausnahme von der 10%-Begrenzung IV.2, insb. Fn. 148.

107 Bez. Aktienrecht 1991 bzw. Aktienrecht 1936 z.B. Bundesgericht in JdT 1971 I, 354 E. 2a; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 5a; *Heinrich Honsell,* Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, 566 ff.; s.a. *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 272, zu den möglichen Modalitäten des Kaufs.

108 S.IV.1.

109 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 18.

110 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Markus Vischer,* Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht, allgemein, Aktienrecht, BGer 4A_10/2017: Vertrag mit Verwaltungsrat: Kein Arbeitsvertrag, AJP 2017, 1529, zur Doppelnatur des (einheitlichen) Rechtsverhältnisses zwischen Gesellschaft und Organ.

chen umfasst,[111] bei der Qualifikation als Kaufgeschäft nicht entscheidend.[112]

Auch der derivative Erwerb ist grundsätzlich nur zulässig, wenn gemäss Art. 659 Abs. 1 revOR frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswerts vorhanden ist. Massgebend ist grundsätzlich erneut die letzte Jahresrechnung vor dem Verpflichtungsgeschäft.[113]

Er ist gemäss Art. 659 Abs. 2 revOR ebenfalls auf 10% bzw., im hier möglichen Ausnahmefall bei einem Erwerb im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung gemäss Art. 659 Abs. 3 Satz 1 revOR, auf 20% des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals[114] beschränkt.[115]

Gebucht wird der Vorgang bei einem Kauf (als Hauptfall des Erwerbs) gemäss Art. 659*a* Abs. 4 revOR (i.V. Art. 959*a* Abs. 2 Ziff. 3 lit. e revOR) wie folgt: Minusposten (in Höhe des Anschaffungswerts)[116] an Flüssige Mittel (in Höhe des Anschaffungswerts).[117]

Erneut wirkt der Minusposten als Sperrung von frei verwendbarem Eigenkapital in der entsprechenden Höhe.

Der Minusposten verschwindet bei der Vernichtung der eigenen Aktien durch Kapitalherabsetzung oder bei Veräusserung der eigenen Aktien.[118] Bei einer Vernichtung der eigenen Aktien durch Kapitalherabsetzung wird der Minusposten zulasten des Aktienkapitals und eine allfällige Differenz zwischen höherem Anschaffungswert (Minusposten) und Nennwert zulasten des Eigenkapitals ausgebucht.[119] Die allfällige Differenz zwischen tieferem Anschaffungswert (Minusposten) und höherem Nennwert wird zugunsten des Eigenkapitals eingebucht.[120] Bei einem Verkauf der eigenen Aktien wird der Minusposten zugunsten der flüssigen Mittel und die allfällige Differenz zwischen tieferem Verkaufspreis und höherem Anschaffungswert (Minusposten) zulasten des Eigenkapitals ausgebucht.[121] Die allfällige Differenz eines höheren Verkaufspreises und tieferen Anschaffungswerts (Minusposten) wird als Eigenkapital eingebucht.[122]

Eine Aktivierung eigener Aktien ist ebenso wie eine Verbuchung des Erwerbs (und der Veräusserung und von Wertveränderungen) eigener Aktien über die Erfolgsrechnung unzulässig.[123] Wertveränderungen der eigenen Aktien bewirken wiederum keine Veränderung des Minuspostens.[124]

4. Gemeinsame Vorschriften für den Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien

Beim Erwerb und bei der Veräusserung eigener Aktien kommen selbstverständlich die aktienrechtlichen

111 Z.B. *Alfred Koller,* in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 184 OR N 10 ff.

112 Zur Frage der Aktivierbarkeit und des Werts eigener Aktien s. III.2.

113 S. III.2.

114 S. zur Berechnungsgrundlage III.2, insb. Fn. 80.

115 S.a. III.2.

116 Wobei dieser beim (zulässigen) Erwerb teilliberierter Aktien den Kaufpreis und den nicht liberierten Betrag umfasst; bez. Aktienrecht 1991 z.B. CR II-*Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 32; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 5; ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 30; gegen die Zulässigkeit des Erwerbs teilliberierter Aktien z.B. Botschaft 2007 (Fn. 83), 1657; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 349 ff.

117 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 149; *Oswald* (Fn. 95), Rz. 29, zur Buchung gemäss hL; bez. Aktienrecht 2020 a.M. *von der Crone* (Fn. 24), N 565, mit folgender Buchung: Frei Verwendbares Eigenkapital an Flüssige Mittel.

118 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Diem* (Fn. 77), 121; s.a. *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 303 ff., zu den möglichen Modalitäten des Verkaufs; s.a. *Markus Vischer,* Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG, SJZ 2014, 543 f., zur Qualifikation des Zeichnungsvertrags.

119 Buchungssatz: Aktienkapital bzw. Eigenkapital an Minusposten; bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Diem* (Fn. 77), 121; ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 149; HWP (Fn. 83), 244, auch zur Ermittlung des relevanten Anschaffungswerts, wenn nicht alle eigenen Aktien vernichtet oder veräussert werden und keine individuelle Ermittlung des relevanten Anschaffungswerts aufgrund eindeutiger Identifikation der Aktien erfolgt.

120 Buchungssatz: Aktienkapital an Minusposten bzw. Eigenkapital; bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Diem* (Fn. 77), 121; *Fabian Duss/Michael Felber,* Paradigmenwechsel beim Rückkauf eigener Beteiligungsrechte, StR 2020, 207 f.; ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 149.

121 Buchungssatz: Flüssige Mittel bzw. Eigenkapital an Minusposten; bez. Aktienrecht 1991 z.B. ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 147 f.

122 Buchungssatz: Flüssige Mittel an Minusposten bzw. Eigenkapital; bez. Aktienrecht 1991 z.B. ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 147 f.; *Oswald* (Fn. 95), Rz. 37, zur Buchung gemäss hL.

123 S. III.2.

124 S. III.2.

Grundprinzipien[125] zur Anwendung. Insb. kommt das Gleichbehandlungsgebot zum Zuge.[126]

IV. Bezüge zwischen dem Kapitalband und dem Erwerb bzw. der Veräusserung eigener Aktien

1. Problemstellung

Der Bezug zwischen einer Kapitalerhöhung und damit auch einer Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands und dem originären Erwerb eigener Aktien im Rahmen einer Kapitalerhöhung ist offensichtlich. Ebenso offensichtlich ist der Bezug des Erwerbs eigener Aktien zwecks Vernichtung dieser Aktien durch Kapitalherabsetzung.

Etwas weniger offensichtlich, aber ebenfalls gegeben ist der Bezug beim Erwerb und bei der Veräusserung eigener Aktien. Denn wirtschaftlich wirkt der Kauf (als häufigste Form des Erwerbs)[127] eigener Aktien wie eine Dividende, Kapitalherabsetzung bzw. Teilliquidation[128] und der Verkauf (als häufigste Form der Veräusserung)[129] eigener Aktien wie eine Kapitalerhöhung.[130] Das zeigt sich auch an der geschilderten Verbuchung des Erwerbs und der Veräusserung eigener Aktien.[131]

Es stellt sich deshalb die Frage des Verhältnisses der Vorschriften über die Kapitalerhöhung und -herabsetzung, insb. innerhalb des Kapitalbands, und über den Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien.

2. Ausgangslage

In der Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28.11.2014[132] wurde verschiedentlich gefordert, dass der Gesetzgeber das Verhältnis von Kapitalherabsetzung und dem Erwerb eigener Aktien regeln soll.[133]

Gleiches bzw. überhaupt eine Regelung des Verhältnisses von Kapitalband und Erwerb und Veräusserung von eigenen Aktien wurde unabhängig von der genannten Vernehmlassung z.T. auch in der Lehre gefordert, wobei sich die Forderungen teilweise auch auf den Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2.12.2005[134] bezogen.[135]

125 Zu diesen im Allgemeinen z.B. *von der Crone* (Fn. 24), N 731 ff.

126 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 z.B. Urteil 4C.242/2001 des Bundesgerichts vom 5.3.2003 E. 5.4; *von der Crone* (Fn. 24), N 374 ff.; CR II-*Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 52; *Handschin* (Fn. 97), 294 ff.; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 7a ff., 9a; ZK-*Jung* (Fn. 68), Art. 620 OR 1991 N 51; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 248 ff.; s.a. IV.5.4.

127 S. III.3.

128 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 z.B. *von der Crone* (Fn. 24), N 558, 560, 562, 565; *Duss/Felber* (Fn. 120), 200; *Bertschinger* (Fn. 83), N 498, 501 f., 506; *Böckli* (Fn. 85), N 469 f.; Botschaft 2016 (Fn. 18), 474, 520; *Handschin* (Fn. 86), N 911, 915; *Peter Böckli,* Aktienrechtsrevision: Die Zwangsjacke wird enger geschnürt, GesKR 2011, 12 f.; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 238, 295, § 8 N 335; *Kägi* (Fn. 85), § 5 N 3 a.E., § 5 N 43; Botschaft 2007 (Fn. 83), 1706.

129 S. III.2.

130 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Bertschinger* (Fn. 83), N 501, 506; *Böckli* (Fn. 85), N 470; ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 136; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 238, § 8 N 335; *Kägi* (Fn. 85), § 5 N 3 a.E., § 6 N 64.

131 S. III.2 und III.3.

132 Link in <*https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/2014-11-28.html*>, besucht am 4.5.2021; s. schon Fn. 71.

133 Bericht zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28.11.2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 17.9.2015 (link [«Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens»] in <*https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html*>, besucht am 4.5.2021, 13, mit Hinweis z.B. auf die Vernehmlassung der Homburger AG vom 15.3.2015, link («Stellungnahmen weiterer Vernehmlassungsteilnehmer (2)»), in <*https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html*>, besucht am 4.5.2021, 40, wo folgende Änderung von Art. 659 Abs. 2 VE-OR gefordert wurde: «Der Erwerb eigener Aktien ist auf 10 Prozent des Aktienkapitals beschränkt. Ausgenommen sind Rückkäufe eigener Aktien gestützt auf einen Kapitalherabsetzungsbeschluss der Generalversammlung sowie bei Gesellschaften mit Kapitalband Rückkäufe bis zum Basiskapital.»

134 Link («Vorentwurf») in <*https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision.html*>, besucht am 4.5.2021.

135 *Dieter Gericke/Andreas Müller/Daniel Häusermann/Nina Hagmann,* Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 2017, 30; *Gericke* (Fn. 48), 110, 111 f., 113 mit folgendem Vorschlag eines dritten Satzes zu Art. 653*s* Abs. 3 VE-OR: «Neben oder anstelle von Erhöhungen und Herabsetzungen kann die Generalversammlung auch den Rückerwerb und allfällige Wiederveräusserungen von Aktien im Rahmen des Kapitalbands vorsehen.» [Unterstreichung nur hier] und eines

Der Gesetzgeber folgte diesen Forderungen jedoch nicht und regelte das Verhältnis von Kapitalerhöhung und -herabsetzung, insb. auch innerhalb des Kapitalbands, und dem Erwerb und der Veräusserung eigener Aktien nicht.[136]

Damit verhielt der Gesetzgeber sich anders als in Bezug auf die ähnlich lautenden Forderungen, das Verhältnis von Kapitalband und bedingter Kapitalerhöhung (besser) zu regeln.[137] Art. 653*t* Abs. 1 Ziff. 9 revOR, Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 653 ff. revOR, insb. Art. 653*g* Abs. 2 revOR, und Art. 653*v* Abs. 2 revOR enthalten deshalb explizite Regelungen zum Verhältnis von Kapitalband und bedingter Kapitalerhöhung.[138]

Vielmehr fügte der Gesetzgeber verglichen mit dem Aktienrecht 1991[139] nur *eine* weitere Ausnahme von der 10%-Begrenzung in Art. 659 ff. revOR ein, nämlich die Ausnahme beim Erwerb im Zusammenhang mit einer Auflösungsklage, und begrenzte diese wie bei der anderen Ausnahme beim Erwerb im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung auf 20%.[140] Er folgte damit den z.T. bereits zum Aktienrecht 1991[141] vertretenen Meinungen.[142] *Nicht* eingefügt wurden weitere Ausnahmen. So wurde die in Art. 659 Abs. 2 Ziff. 1 OR 1936[143] in Bezug auf das damals statuierte grundsätzliche Verbot des Erwerbs eigener Aktien[144] noch vorgesehene Ausnahme, nämlich die Ausnahme beim Erwerb eigener Aktien «auf Grund eines Beschlusses über die Herabsetzung des Grundkapitals», nicht übernommen.[145] Nicht eingefügt wurden auch Ausnahmen im Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Aktien, welcher im Rahmen einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung,[146] einer Kaduzierung gemäss Art. 681 f. revOR[147] oder einem Transfer *ex lege* gemäss Art. 8 Abs. 1 UeB Global Forum Gesetz[148] erfolgt.

Zusatzes in Art. 659 VE-OR: «Für im Rahmen des Kapitalbands getätigte Aktienrückkäufe gelten ausschliesslich die Grenzen und Gläubigervorschriften von Art. 653s ff. [VE-OR].» [Unterstreichung nur hier]; *Dieter Gericke,* in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsreform, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, SSHW 300, Zürich/St. Gallen 2010 (zit.: *Gericke,* SSHW), 129; *Dieter Gericke,* Das Kapitalband – (E. Art. 653*s*–653*x* OR), GesKR 2008 Sondernummer (zit.: *Gericke,* Sondernummer), 42, 44; *Peter Böckli,* Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts. Zum Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007, SJZ 2008, 334 f., 343; *Urs Kägi,* Revision des Kapitalherabsetzungsrechts, Geplante Änderungen im Entwurf des Bundesrates und bestehender Revisionsbedarf, GesKR Online-Beitrag 1/2008 (<*https://www.dike.ch/image/data/zeitschriften/GesKR/GesKR-Plus/Kaegi_Langversion.pdf*>, besucht am 4.5.2021), 21 f., 30 mit folgendem Vorschlag für einen neuen Absatz 4 von Art. 659 VE-OR: «Die Generalversammlung kann im Zusammenhang mit einer Kapitalherabsetzung bzw. einem Kapitalband eine die Höchstgrenzen übersteigende Grenze festlegen, um Aktien zur Vernichtung zurückzukaufen.»; implizite auch *Böckli* (Fn. 18), § 2 N 52*g* f.; *Tobias Meyer,* Kapitalschutz als Selbstzweck? – Die Kapitalverfassung gemäss dem Gesetzesentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Kontext internationaler Entwicklungen, GesKR 2008, 229 f.; *Thomas Werlen/Stefan Sulzer,* Erwerb eigener Aktien, in: Nedim P. Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2008, 509 ff.

136 *Von der Crone/Dazio* (Fn. 18), 517; *Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann* (Fn. 8), 327.

137 *Hans Caspar von der Crone/Keivan Mohasseb,* Stand der Aktienrechtsreform, AJP 2019, 784; *Hans Caspar von der Crone/Linus Cathomas,* Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 598 f., 602; *Olivier Baum,* Kapitalband und bedingtes Kapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2017, 27 ff.; *Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann* (Fn. 135), 29 f.; *Gericke* (Fn. 48), 110, 112 f.; *Gericke*, SSHW (Fn. 135), 118 ff.; implizite auch *Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann,* Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 9 f.; *Peter Böckli,* Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts – Eine kritische Übersicht, GesKR 2006, 5 f.

138 *Von der Crone* (Fn. 24), N 728; *Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann* (Fn. 8), 327.

139 AS 1992 733.

140 S. Art. 659 Abs. 3 Satz 1 revOR.

141 AS 1992 733.

142 Z.B. CR II-*Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 20; noch weitergehend, d.h. für keine Begrenzung z.B. *Groner* (Fn. 102), 159 f.; zur Anwendbarkeit der 10%-Begrenzung auch im Falle des Erwerbs im Zusammenhang mit einer Auflösungsklage BGE 126 III 266 E. 2b; *Böckli* (Fn. 18), § 16 N 202, 204, aber auch 206; differenzierend *Giger* (Fn. 68), 55 f.

143 BBl 1936 III 605.

144 S. III.2.

145 S.a. *Michel Heinzmann,* Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 228, Zürich/Basel/Genf 2004, N 411.

146 *De lege lata* (Aktienrecht 1991) für eine Ausnahme von der 10%-Begrenzung z.B. *CR* II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 24; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 5b.

147 *De lege lata* (Aktienrecht 1991) für eine Ausnahme von der 10%-Begrenzung z.B. *Giger* (Fn. 68), 84.

148 *De lege lata* (Aktienrecht 1991) für eine Ausnahme von der 10%-Begrenzung z.B. *Dieter Gericke/Daniel Kuhn,* Radi-

Nachdem dem Gesetzgeber bewusst war, dass die Zweite Gesellschaftsrechtsrichtlinie 2012/30/EU[149] in ihrem Art. 22 weitere Ausnahmen von der 10%-Begrenzung enthält,[150] ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst nur *eine* weitere Ausnahme von der 10%-Begrenzung in Art. 659 Abs. 3 Satz 1 revOR einfügte.[151]

Soweit überblickbar enthalten die Materialien zum Aktienrecht 2020 abgesehen von der gerade erwähnten Ausnahme keine Äusserungen des Gesetzgebers zum Verhältnis von Kapitalerhöhung und -herabsetzung, insb. auch innerhalb des Kapitalbands, und dem Erwerb und der Veräusserung eigener Aktien. Die oft zitierte Stelle in der Botschaft 2007[152] äussert sich nur allgemein zur Berechnung der 10%-Begrenzung beim Vorliegen eines Kapitalbands. Eine Aussage zum Verhältnis von Kapitalerhöhung und -herabsetzung und dem Erwerb und der Veräusserung eigener Aktien lässt sich ihr nicht entnehmen.[153]

3. Nächster Schritt: Einbezug von Art. 652*d* revOR

Die geschilderte Ausgangslage könnte im Sinne einer subjektiven historischen Auslegung[154] so interpretiert werden, dass seitens des Gesetzgebers eine abschliessende Stellungnahme zum Verhältnis von Kapitalerhöhung und -herabsetzung, insb. auch innerhalb des Kapitalbands, und dem Erwerb und der Veräusserung eigener Aktien vorliegt und dass bei den diesbezüglichen Bestimmungen keine Ausnahmelücken zu suchen sind, die gegen den Wortlaut dieser Bestimmungen zu füllen wären.[155] Das hätte zur Folge, dass die Bestimmungen bei gegebenen Voraussetzungen ohne Korrekturen anwendbar sind, also in Bezug auf jede mit einem Erwerb oder einer Veräusserung eigener Aktien kombinierte Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung die Vorschriften nicht nur der betreffenden Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung anwendbar wären, sondern auch die Vorschriften von Art. 659 ff. revOR, insb. was die 10%- bzw. 20%-Begrenzung in Art. 659 Abs. 3 Satz 1 revOR betrifft.

Diese These übersieht aber die vom Gesetzgeber im Aktienrecht 2020 nicht grundsätzlich geänderte Bestimmung von Art. 652*d* revOR (Marginalie: Erhöhung aus Eigenkapital). Diese Bestimmung erlaubt wie Art. 659 ff. revOR einen originären Erwerb eigener Aktien durch Zeichnung von Aktien durch die Aktiengesellschaft selbst, wobei dazu ebenfalls ein Bezugsrechtsausschluss (oder ein Bezugsrechtsverzicht oder eine Bezugsrechtsübertragung) notwendig ist.[156]

Gebucht wird dieser Vorgang des originären Erwerbs eigener Aktien gemäss Art. 652*d* revOR wie folgt: Frei Verwendbares Eigenkapital (in Höhe des Ausgabebetrags) an Aktienkapital (in Höhe des Ausgabebetrags).[157] Ein Minusposten ist nicht zu bil-

kalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, AJP 2019, 1278; Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz vom 21.11.2018, BBl 2019 327.

149 Richtlinie 2012/30/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl. L 315, 74; zuletzt geändert durch Art. 166 ÄndRL (EU) 2017/1132 vom 14.6.2017 (ABl. L 169, 46).

150 Botschaft 2016 (Fn. 18), 474.

151 S.a. *Giger* (Fn. 68), 85, 148, zur bewussten Nichtübernahme diverser Ausnahmen im Aktienrecht 1936 in das Aktienrecht 1991 im Sinne einer «Globallösung».

152 Botschaft 2007 (Fn. 83), 1657: «Im Falle eines Kapitalbands berechnet sich die Obergrenze für den Erwerb eigener Aktien auf der Grundlage des ausgegebenen Kapitals»; s.a. Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28.11.2014, link in *<https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/2014-11-28.html>,* besucht am 4.5.2021 (zit.: Erläuternder Bericht), 94.

153 Gl.M. *von der Crone/Dazio* (Fn. 18), 517, Fn. 120; *Kägi* (Fn. 135), 22, bez. Erwerb eigener Aktien zwecks Vernichtung dieser Aktien durch Kapitalherabsetzung; a.M. z.B. *Werlen/Sulzer* (Fn. 135), 510, welche dieser Stelle entnehmen, die Botschaft vertrete die Auffassung, «dass die Bestimmungen über das Kapitalband und jene über den Erwerb eigener Aktien kumulativ anwendbar sind»; gl.M. wie *Werlen/Sulzer Meyer* (Fn. 135), 229; gl.M. *Gericke* (Fn. 48), 111 f., bez. Erläuternder Bericht (Fn. 152).

154 Dazu z.B. *Kramer* (Fn. 45), 139 ff., 173.

155 Zum Begriff der Ausnahmelücke z.B. *Kramer* (Fn. 45), 223 ff.

156 S. III.2; bez. Aktienrecht 1991 zu diesem Bezugsrechtsauschluss z.B. BSK OR II-*Zindel/Isler* (Fn. 68), Art. 652*d* OR 1991 N 8; *Böckli (*Fn. 18*)*, § 2 N 122.

157 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 27.

den.[158] Wohl aber ist das frei verwendbare Eigenkapital in einem speziellen Verfahren nachzuweisen und der Vorgang in den Statuten offenzulegen.[159] Beides zeigt, dass es Erwerbe von eigenen Aktien gibt, auf die Art. 659 ff. revOR nicht oder auf alle Fälle nicht lückenlos zur Anwendung kommt.

Bei einem Verkauf solcher gemäss Art. 652*d* revOR geschaffenen eigenen Aktien wird der Verkaufspreis als Eigenkapital eingebucht.[160] Eine Aktivierung der eigenen Aktien ist ebenso wie die Verbuchung des Erwerbs (und der Veräusserung und von Wertveränderungen) über die Erfolgsrechnung unzulässig.[161]

4. Nächster Schritt: Ratio der Bestimmungen über die Kapitalerhöhung und -herabsetzung und über den Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien

Wie gezeigt führt die subjektive historische Auslegung nicht zu einem eindeutigen Auslegungsresultat in Bezug auf das Verhältnis von Kapitalerhöhung und -herabsetzung, insb. auch innerhalb des Kapitalbands, und dem Erwerb und der Veräusserung eigener Aktien.

Jedenfalls darf man sich innerhalb der historischen Auslegung selbst bei jungen Gesetzen[162] nicht auf die subjektive historische Auslegung beschränken. Vielmehr ist auch eine objektive historische Auslegung[163] vorzunehmen[164] bzw. sind überhaupt die anderen Auslegungsmethoden zu berücksichtigen.[165] Von grosser Bedeutung ist dabei neben der überragenden Bedeutung der sprachlich-grammatikalischen Auslegung[166] die teleologische Auslegung, welche nach der *ratio* (*telos,* Zweck) hinter einer Bestimmung fragt.[167]

Bei den Bestimmungen über die Kapitalerhöhung und -herabsetzung, insb. auch innerhalb des Kapitalbands, und über den Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien geht es von der *ratio* her primär um den Kapitalschutz,[168] welches eines der wichtigsten Prinzipien des schweizerischen Aktienrechts ist.[169] Kapitalschutz ist dabei nicht nur der Schutz des Aktienkapitals und des gebundenen Kapitals, sondern auch der Schutz des frei verwendbaren Kapitals, z.B. durch Art. 678 revOR,[170] was im Zusammenhang mit Art. 659 ff. revOR und den Vorgängerbestimmungen immer wieder übersehen wird.[171] Der Kapitalschutz dient nicht nur dem Gläubigerschutz, sondern immer auch dem Aktionärs- und damit auch dem Minderheitenschutz.[172] Infolge seiner überragenden Bedeutung ist das Kapitalschutzrecht meist zwingendes Recht.[173]

Es geht bei diesen Bestimmungen von der *ratio* her aber nicht nur um Kapitalschutz, sondern auch um Grundstrukturrecht, d.h. um die Organisation der Aktiengesellschaft und insb. um die Abgrenzung der Zuständigkeiten von GV und VR. Dieses Grundstrukturrecht, welches auch als Organisationsrecht bezeichnet wird,[174] gehört wie das Kapitalschutzrecht zu den tragenden Säulen des schweizerischen Aktienrechts.[175] Deshalb ist auch das Organisationsrecht meist zwingendes Recht.[176]

158 Bez. Aktienrecht 1991 *Feusi* (Fn. 67), 418 f.; ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 27.

159 Art. 652*d* Abs. 2 und 3 revOR.

160 Buchungssatz: Flüssige Mittel an Eigenkapital.

161 S. III.2 und III.3.

162 Zum erhöhten Stellenwert der subjektiven historischen Auslegung z.B. *Kramer* (Fn. 45), 159 f., insb. Fn. 378, m.w.H.

163 Dazu z.B. *Kramer* (Fn. 45), 139 ff., 173.

164 Zur vermittelnden Position z.B. *Kramer* (Fn. 45), 154 f., s.a., 143 f., zum vom Bundesgericht (auch) in Bezug auf die historische Auslegung vertretenen pragmatischen Methodenpluralismus.

165 Zu diesen z.B. *Kramer* (Fn. 45), 63 ff.

166 Dazu z.B. *Kramer* (Fn. 45), 67 ff.

167 Z.B. *Kramer* (Fn. 45), 171 ff.

168 Zum Kapitalschutzcharakter von Art. 659 OR 1991 z.B. *Stephan Weibel,* Financial Assistance bei LBO-Transaktionen, Zürich 2013, 88, insb. Fn. 587.

169 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. BGE 132 III 668 E. 3.2; *Böckli* (Fn. 18), § 1 N 117, 247 ff.; s.a. Art. 706*b* Ziff. 3 revOR und Art. 714 i.V. Art. 706*b* Ziff. 3 revOR.

170 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. OFK-*Vischer* (Fn. 68), Art. 678 OR 1991 N 2.

171 S. z.B. BGE 60 II 313 E. 3, zu Art. 628 Abs. 1 OR 1881.

172 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Böckli* (Fn. 18), § 1 N 254.

173 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Böckli* (Fn. 128), 9.

174 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Damian A. Fischer,* Organisation und Haftung im Aktienrecht, AJP 2020, 272 ff.

175 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Böckli* (Fn. 128), 9; s.a. Art. 706*b* Ziff. 3 revOR und Art. 714 i.V. Art. 706*b* Ziff. 3 revOR.

176 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 z.B. *Fischer* (Fn. 174), 273; s.a. *Jean Nicolas Druey/Eva Druey Jost/Lukas Glanzmann,* Gesellschafts- und Handelsrecht, begründet von Theo Guhl, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 1 N 47, im Allgemeinen.

Bei der Kapitalerhöhung und -herabsetzung, insb. auch innerhalb des Kapitalbands, ist der Bezug zum Organisationsrecht offensichtlicher, weil die entsprechenden Vorschriften die Zuständigkeiten der GV im Sinne einer Grundsatzzuständigkeit und des VR im Sinne einer nachgelagerten Ausführungszuständigkeit relativ klar festhalten. Beim Erwerb eigener Aktien ist dies weniger offensichtlich. Aber auch hier geht es (u.a.) um diese Abgrenzung. Für den originären Erwerb eigener Aktien bedarf es einer von der GV (konkret oder grundsätzlich) zu beschliessenden Kapitalerhöhung und eines von der GV (konkret oder grundsätzlich) zu beschliessenden Bezugsrechtsausschlusses (oder eines Bezugsverzichts oder einer Bezugsrechtsübertragung durch die Aktionäre), bevor der VR eigene Aktien zeichnen kann.[177] Für den derivativen Erwerb eigener Aktien ist zwar der VR zuständig.[178] Seine Zuständigkeit ist aber durch die 10%- bzw. 20%-Begrenzung eingeschränkt,[179] weshalb diese Begrenzung selbst dann zum Zuge kommt, wenn der Erwerb unentgeltlich erfolgt.[180] Seine Zuständigkeit ist weiter dadurch eingeschränkt, dass er eigene Aktien (originär und) derivativ *entgeltlich* nur erwerben darf, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswerts vorhanden ist.[181] Dadurch verfügt die GV über eine Grundsatz-(Schranken-)zuständigkeit, weil sie jederzeit darüber beschliessen kann, ob frei verwendbares Eigenkapital (für den VR zum Zweck des entgeltlichen Erwerbs eigener Aktien) frei verwendbar bleibt.[182]

Verletzungen der Kapitalschutzvorschriften führen i.d.R. zur Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit der betreffenden Beschlüsse und der betreffenden Rechtsgeschäfte, insb. wenn es um gemäss Art. 678 revOR und Art. 680 revOR verbotene Ausschüttungen geht.[183] Gleiches gilt i.d.R. auch bei Verletzungen der Zuständigkeitsvorschriften von GV und VR,[184] auch wenn sie lediglich im Einzelfall erfolgen.[185]

Dazu kommt u.U.,[186] dass das betreffende Rechtsgeschäft, wie z.B. der derivative Erwerb eigener Aktien über 10% bzw. 20% hinaus, grundsätzlich auch deshalb nichtig ist, weil es entweder jenseits der (im Schweizer Recht durchaus weitgefassten)[187] Zweckgrenze von Art. 718*a* Abs. 1 revOR liegt und damit *ultra vires* ist oder, falls dies nicht der Fall ist, die Vertragspartei bösgläubig ist.[188]

Entsprechend vermag die hL nicht zu überzeugen, wonach die Begrenzungen in Art. 659 Abs. 2

177 S. III.2 und IV.3; bez. Aktienrecht 1991 s.a. *Giger* (Fn. 68), 60 f., zur grundsätzlichen Zuständigkeit der GV beim originären Erwerb eigener Aktien.

178 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 z.B. *Diem* (Fn. 77), 119; *von der Crone* (Fn. 24), N 571; CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 8, 10; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 2a; *Kägi* (Fn. 85), § 5 N 44, § 6 N 149.

179 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 z.B. ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 142; zum Charakter von Art. 659 ff. OR 1991 (auch) als Zuständigkeitsabgrenzungsnormen z.B. CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 2; s.a. *Druey/Druey Jost/Glanzmann* (Fn. 176), § 8 N 60, wonach Art. 659 ff. revOR den Sinn haben, die Selbstkontrolle der Gesellschaft durch den VR einzuschränken.

180 Bez. Aktienrecht 1991 gl.M. z.B. CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 5, 17; OFK-*Amstutz/Marti Adji* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 22; a.M. z.B. *Gericke/Kuhn* (Fn. 148), 1278; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 3; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 226a; *Giger* (Fn. 68), 83 f.

181 S. III.2 und III.3.

182 Bez. Aktienrecht 1991 *Kägi* (Fn. 85), § 7 N 41; s.a. CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 32, zur (mangels vorhandenen Anschaffungswerts sachlogischen) Nichtanwendbarkeit der Voraussetzung des frei verwendbaren Eigenkapitals beim unentgeltlichen Erwerb; s. aber auch *Markus Vischer/Dario Galli,* Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, AJP 2019, 1301, und *Monique Schnell-Luchsinger/Pascal Montavon,* Der Erwerb eigener Anteile durch die AG und die GmbH – 2. Teil: Steuerliche Aspekte, Trex 2018, 286, Fn. 49, zur Einbuchung eines «Pro-Memoria-Minusposten» von CHF 1 beim unentgeltlichen Erwerb.

183 Bez. Aktienrecht 1991 *Dominik Hohler/Markus Vischer,* Absichtspauliana und faktische Liquidation, GesKR 2021, 128; BSK OR II-*Vogt* (Fn. 68), Art. 680 OR 1991 N 24; OFK-*Vischer* (Fn. 68), Art. 678 OR 1991 N 21 f., s.a. N 25 und Art. 680 OR 1991 N 12 zum Verhältnis von Art. 678 OR 1991 und Art. 680 Abs. 2 OR 1991; *Weibel* (Fn. 168), 94; *Kägi* (Fn. 85), § 9 N 1 f., 7.

184 Bez. Aktienrecht 1991 *Hohler/Vischer* (Fn. 183), 128.

185 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Böckli* (Fn. 18), § 16 N 158, bez. Nichtigkeit von GV-Beschlüssen; a.M. z.B. BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 68), Art. 706*b* OR 1991 N 15, s.a. N 16, bez. Nichtigkeit von GV-Beschlüssen bei Verletzungen von Kapitalschutzvorschriften im Einzelfall.

186 Bez. Aktienrecht 1991 s. *Kägi* (Fn. 85), § 9 N 1 ff., zum Nebeneinander von «Inhaltskontrolle» und «Geltungskontrolle»; s.a. *Böckli* (Fn. 18), § 16 N 173 a.E., bez. Erwerb eigener Aktien.

187 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. *Böckli* (Fn. 18), § 13 N 497.

188 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 *Hohler/Vischer* (Fn. 183), 128 f.; *von der Crone* (Fn. 24), N 564; CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659a OR 1991 N 33; *Kägi* (Fn. 85), § 7 N 15.

und 3 revOR auf 10% und 20% im Wesentlichen lediglich Ordnungsvorschriften sein sollen,[189] zumal der Gesetzgeber sie nicht gedankenlos in das Aktienrecht 2020 übertrug, sondern vielmehr die im Vernehmlassungsverfahren z.T. geforderte Erhöhung explizit ablehnte.[190] Das für die hL oft angerufene bundesgerichtliche Präjudiz[191] ist nicht einschlägig. Denn es erging zu Art. 659 OR 1936,[192] welche Bestimmung ein grundsätzliches Verbot des Erwerbs eigener Aktien (mit nur sehr wenigen Ausnahmen) vorsah.[193] Es äussert sich entsprechend nicht zu einem Erwerb eigener Aktien jenseits der Beschränkungen von 10% (bzw. 20%).[194]

Vielmehr handelt es sich bei den Begrenzungsvorschriften um Gültigkeitsvorschriften. Die Verletzung der Begrenzungsvorschriften in Art. 659 Abs. 2 und 3 revOR zieht deshalb die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und der entsprechenden Beschlüsse nach sich.[195] Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Wort «darf» in Art. 659 Abs. 1 revOR, welches über Art. 628 Abs. 1 OR 1881,[196] Art. 659 Abs. 1 OR 1936[197] und Art. 659 Abs. 1 OR 1991[198] Eingang in Art. 659 Abs. 1 revOR fand. Denn das Wort «darf» wird weder im allgemeinen Sprachgebrauch noch im übrigen OR und auch im Aktienrecht 2020, wo es dutzendfach vorkommt,[199] als blosse unverbindliche Handlungsanweisung verstanden.[200] Dazu kommt, dass das Wort «darf» in den übrigen Absätzen von Art. 659 ff. revOR und damit insb. auch in Art. 659 Abs. 2 und 3 revOR bezüglich der 10%- bzw. 20%-Begrenzung nicht wiederholt wird. Der Annahme des unverbindlichen Charakters der 10%- bzw. 20%-Begrenzung widerspricht auch die Veräusserungs- und Vernichtungspflicht in Art. 659 Abs. 3 Satz 2 revOR, welche den Ausnahmecharakter des Überschreitens der 10%-Begrenzung[201] und damit die Wichtigkeit der 10%-Begrenzung unterstreicht.

Wie dem auch sei sind die Bestimmungen über die Kapitalerhöhung und -herabsetzung und über den Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien als Teil des Kapitalschutz- und Grundstrukturrechts zentrale Bestimmungen. Sie sind deshalb mindestens dann, wenn der Wortlaut der relevanten Bestimmungen klar ist, ausnahmslos anwendbar.

5. Schlussfolgerungen

5.1 Verhältnis der beiden Arten des originären Erwerbs eigener Aktien

Wie gezeigt ermöglichen sowohl Art. 652*d* revOR als auch Art. 659 ff. revOR den originären Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft selbst. Nach dem Wortlaut der Bestimmungen sind der Prozess der Verbuchung und der Prozess der Feststellung und

189 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 z.B. *Druey/Druey Jost/Glanzmann* (Fn. 176), § 88 N 92; CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 26; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 68), § 50 N 173.

190 Botschaft 2016 (Fn. 18), 520.

191 BGE 110 II 293 E 3a.

192 BBl 1936 III 605.

193 S. III.2 und IV.2.

194 S.a. *Kägi* (Fn. 85), § 4 N 75 a.E., zur *ratio* der Qualifikation von Art. 659 OR 1936 als Ordnungsvorschrift.

195 S. *Böckli* (Fn. 18), § 16 N 204, im Zusammenhang mit Art. 736 OR 1991: «Sind die Voraussetzungen einer im Rahmen von Art. 659 gesetzmässigen Übernahme eigener Aktien nicht erfüllt, oder geht das Volumen über 10% bzw. das verwendbare Eigenkapital hinaus, so kann die Lösung des Richters sowohl gesetz- wie sachgemäss nur sein, wenn sie auch als das durchgeführt wird, was sie dann wirklich ist: als eine aktienrechtliche Teilliquidation in den dafür vorgesehenen gesetzlichen Bahnen der Art. 732 ff.»; s.a. § 16 N 202; a.M. bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 z.B. *von der Crone* (Fn. 24), N 564; CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 26; differenzierend z.B. BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 11 f.; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 283 ff., 298 f., 349 ff. (bez. teilliberierter Aktien), § 16 N 173; *Giger* (Fn. 68), 127 ff.

196 BBl 1881 III 109.

197 BBl 1936 III 605.

198 AS 1992 733.

199 S. z.B. Art. 623 Abs. 2 revOR, Art. 652*b* Abs. 2 und 4 revOR (bez. Entzug des Bezugsrechts), Art. 653*a* Abs. 1 revOR (bez. Maximalbetrag des bedingten Kapitals), Art. 653*f* Abs. 3 revOR, Art. 653*c* Abs. 4 revOR (bez. Entzug des Bezugsrechts und des Vorwegzeichnungsrechts), Art. 653*j* Abs. 3 revOR (bez. Minimalkapital beim Kapitalband), Art. 653*s* Abs. 1 und 2 revOR (bez. obere und untere Grenzen des Kapitalbands), Art. 656*b* Abs. 1 revOR (bez. Maximalbeträge des Partizipationskapitals), Art. 671 Abs. 2 revOR, Art. 689*a* Abs. 3 revOR, Art. 689*b* Abs. 4 revOR, Art. 689*c* Abs. 5 revOR, Art. 701*a* Abs. 2 revOR, Art. 710 Abs. 2 revOR (bez. maximaler Amtsdauer des VR), Art. 735*a* Abs. 2 revOR, Art. 735*b* Abs. 1 revOR, Art. 745 Abs. 2 revOR (bez. frühester Verteilung des Vermögens in der Liquidation).

200 So aber BGE 60 II 313 E. 2 f., und BGE 43 II 293 E. 2, zu Art. 628 Abs. 1 OR 1881; bez. Aktienrecht 1991 *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 287; s. zu BGE 60 II 313 schon Fn. 171.

201 Bez. Aktienrecht 1991 z.B. CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 29.

Offenlegung des frei verwendbaren Eigenkapitals verschieden.[202]

Obwohl dies zu einem gewissen Wertungswiderspruch führt, rechtfertigt es sich angesichts des klaren Wortlauts von Art. 659 ff. revOR nicht, den Prozess der Feststellung und Offenlegung des frei verwendbaren Eigenkapitals von Art. 652*d* Abs. 2 revOR auf Art. 659 ff. revOR zu übertragen, und zwar weder für den originären noch für den derivativen Erwerb eigener Aktien gemäss Art. 659 ff. revOR.[203] Ebenso wenig rechtfertigt es sich angesichts des klaren Wortlauts von Art. 659 ff. revOR, die Art der Verbuchung gemäss Art. 652*d* revOR auf den derivativen Erwerb eigener Aktien gemäss Art. 659 ff. revOR zu übertragen.[204]

Weil der Wortlaut von Art. 652*d* revOR dies nicht klar ausschliesst und Art. 659 Abs. 3 Satz 1 revOR vom Wortlaut her klar nur zwei Ausnahmen zulässt, rechtfertigt es sich angesichts des Schutzwecks von Art. 659 ff. revOR, die 10%-Begrenzung von Art. 659 Abs. 2 revOR auch auf den originären Erwerb eigener Aktien gemäss Art. 652*d* revOR zu übertragen.

Dispensationen von der 10%- (bzw. 20%-)Begrenzung in Art. 659 Abs. 2 (und Abs. 3) revOR sind in diesen Bestimmungen nicht vorgesehen,[205] weshalb die GV beim originären Erwerb eigener Aktien gemäss Art. 652*d* revOR oder gemäss Art. 659 ff. revOR einen Erwerb eigener Aktien jenseits der 10%-Begrenzung nicht autorisieren kann. Gleiches gilt für den VR. Auch er kann einen solchen Erwerb nicht bewilligen,[206] auch nicht im Kapitalerhöhungsbeschluss gemäss Art. 653*u* Abs. 2 revOR. Entsprechend wirkt die 10%-Begrenzung in Art. 659 Abs. 2 revOR auch als Minderheitenschutz,[207] den die GV und der VR nicht übersteuern können. Etwas anderes kann man aus dem klaren Wortlaut von Art. 659 Abs. 2 (und 3) revOR nicht ableiten.

5.2 Originärer Erwerb eigener Aktien im Rahmen einer Kapitalerhöhung

Ein originärer Erwerb eigener Aktien im Rahmen einer Kapitalerhöhung, auch innerhalb des Kapitalbands, ist zulässig. Dabei sind sämtliche Bestimmungen über die Kapitalerhöhung und über den originären Erwerb eigener Aktien einzuhalten, insb. was die nötige Unterlegung mit freiem Eigenkapital, die Verbuchung und die 10%-Begrenzung beim Erwerb eigener Aktien betrifft. Das gilt auch für den originären Erwerb eigener Aktien im Rahmen einer Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands. Die von der GV beschlossene obere Grenze des Kapitalbands von maximal 150% des im Handelsregister eingetragenen Aktien- und Partizipationskapitals gemäss Art. 653*s* Abs. 2 Satz 1 revOR[208] hebelt die 10%-Begrenzung in Art. 659 Abs. 2 revOR beim originären Erwerb eigener Aktien nicht aus. Wie ausgeführt kann die GV die 10%-Begrenzung nicht übersteuern.[209] Sie kann es damit auch nicht indirekt über die Bestimmung der oberen Grenze des Kapitalbands tun, ganz abgesehen von der Problematik, dass die Berechnungsgrundlagen zur Festlegung der oberen Grenze des Kapitalbands und der 10%-Begrenzung nicht gleich sind.[210] Gleiches gilt für den VR. Auch er kann im Kapitalerhöhungsbeschluss gemäss Art. 653*u* Abs. 2 revOR die 10%-Begrenzung nicht übersteuern.[211] Etwas anderes kann man aus dem klaren Wortlaut von Art. 659 Abs. 2 revOR nicht ableiten, zumal der Gesetzgeber es bei der *einen* weiteren Ausnahme in 659 Abs. 3

202 S.III.2 und IV.3.

203 Bez. Aktienrecht 1991 gl.M. z.B. CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 29 und BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 7, bez. Zwischenabschluss; a.M. z.B. *Hans Rudolf Trüeb,* in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 659 OR 1991 N 9, bez. Zwischenabschluss; s. schon IV.3.

204 S. dazu IV.3.

205 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 a.M. z.B. *Werlen/Sulzer* (Fn. 135), 503, wonach die GV die Begrenzung erhöhen oder absenken kann; s.a. *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 267, wonach die GV bei einer Kapitalherabsetzung mittels Vernichtung eigener Aktien von der Anwendbarkeit von Art. 659 ff. OR 1991 dispensieren kann; s.a. *Kägi* (Fn. 135), 23, wonach die GV bei einer Kapitalherabsetzung mittels Vernichtung von eigenen Aktien von der 10%-Begrenzung dispensieren kann; s.a. *Gericke,* Sondernummer (Fn. 135), 42, wonach die GV bei einer Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands mittels Vernichtung von eigenen Aktien von der 10%-Begrenzung bei Vorliegen einer expliziten statutarischen Grundlage dispensieren kann.

206 S. dazu auch IV.4.

207 Bez. Aktienrecht 1991 gl.M. CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 17, 41; *Giger* (Fn. 68), 59; s.a. IV.4 zum Kapitalschutz auch als Minderheitenschutz.

208 S. II.1 und II.2.

209 S. IV.5.1.

210 S. II.1, II.2, insb. Fn. 22, und III.2, insb. Fn. 80.

211 S. IV.5.1.

Satz 1 revOR beliess[212] und er anderslautende Vorschläge wie z.B. von *Gericke* und *Kägi* nicht übernahm.[213]

5.3 Verhältnis von Kapitalherabsetzung und dem derivativen Erwerb eigener Aktien

Ein derivativer Erwerb eigener Aktien zum Zweck der Vernichtung durch Kapitalherabsetzung, auch innerhalb des Kapitalbands, ist zulässig.[214] Dabei sind sämtliche Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung und über den derivativen Erwerb eigener Aktien einzuhalten, insb. was die nötige Unterlegung mit frei verwendbarem Eigenkapital, die Verbuchung und die 10%- bzw. 20%-Begrenzung beim Erwerb eigener Aktien betrifft. Letzteres gilt auch dann, wenn die GV den Kapitalherabsetzungsbeschluss gemäss Art. 653*j* Abs. 1 revOR bereits gefasst hat.[215] Letzteres gilt auch für die Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands.[216] Die von der GV beschlossene untere Grenze von maximal 50% des im Handelsregister eingetragenen Aktien- und Partizipationskapitals gemäss Art. 653*s* Abs. 2 Satz 2 revOR[217] hebelt die 10%- bzw. 20%-Begrenzung beim derivativen Erwerb eigener Aktien nicht aus.[218] Entsprechend ist den Meinungen nicht zu folgen, wonach beim Erwerb von zur Vernichtung bestimmten eigenen Aktien die 10%- bzw. 20%-Begrenzung bei einem Kapitalband bis zu dessen unterer Grenze generell bzw. nach dem Kapitalherabsetzungsbeschluss der GV gemäss Art. 653*j* Abs. 1 revOR bzw. des VR gemäss Art. 653*u* Abs. 2 revOR nicht mehr und statt dessen die Begrenzung gemäss unterer Grenze des Kapitalbands gelten soll.[219]

5.4 Verhältnis von Kapitalerhöhung und -herabsetzung einerseits und dem Erwerb und der Veräusserung eigener Aktien andererseits

Ebenso rechtfertigt es sich angesichts des klaren Wortlauts von Art. 659 ff. revOR nicht, die Vorschriften (oder einzelne Vorschriften) zur Kapitalerhöhung auf die Veräusserung, insb. den Verkauf eigener Aktien anzuwenden, auch wenn beides einen ähnlichen wirtschaftlichen Effekt hat.[220] Damit kommen insb. die Vorschriften zu Aktienzeichnung,[221] Emissi-

212 S. IV.2.

213 S. IV.2.

214 S. Art. 653*n* Ziff. 2 revOR bzw. Art. 653*u* Abs. 5 i.V. Art. 653*n* Ziff. 2 revOR.

215 Bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 gl.M. z.B. *Kägi* (Fn. 135), 22, bez. Unterlegung mit frei verwendbarem Eigenkapital und Verbuchung; *Gericke,* Sondernummer (Fn. 135), 42, bez. Stimmrechtssuspendierung und Unterlegung mit frei verwendbarem Eigenkapital; a.M. z.B. *Bertschinger* (Fn. 83), N 507, bez. Unterlegung mit frei verfügbarem Eigenkapital; CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 23, bez. 10%- bzw. 20%-Begrenzung; ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 78, bez. Anwendbarkeit von Art. 659 ff. OR 1991 überhaupt; *Büchler* (Fn. 48), N 486, bez. Anwendbarkeit von Art. 659 ff. revOR bzw. OR 1991 überhaupt; *Gericke,* Sondernummer (Fn. 135), 42, bez. 10%- bzw. 20%-Begrenzung; s.a. *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 232a, bez. Anwendbarkeit von Art. 659 ff. revOR bzw. OR 1991 überhaupt, 267, bez. Anwendbarkeit von Art. 659 ff. revOR bzw. OR 1991 überhaupt bei ausdrücklicher Ermächtigung durch die GV, 294, bez. 10%-Begrenzung und Verbuchung, nicht aber bez. Unterlegung mit frei verfügbarem Eigenkapital, § 8 N 275, bez. Anwendbarkeit von Art. 659 ff. revOR bzw. OR 1991 überhaupt; *Kägi* (Fn. 135), 23, wonach die 10%- bzw. 20%-Begrenzung nicht *per se* nicht gilt, sondern nur bei Dispensation durch die GV; s.a. *Heinzmann* (Fn. 145), N 412 f., 415 ff., wonach die 10%- bzw. 20%-Begrenzung erst nach Eintragung der Kapitalherabsetzung im Handelsregister nicht mehr gelten soll.

216 Gl.M. *Gericke,* SSHW (Fn. 135), 129, bez. Anwendbarkeit von Art. 659 revOR ausser der 10-% bzw. 20%-Begrenzung, allerdings mit der abzulehnenden Auffassung, der Herabsetzungsbetrag sei frei verwendbares Eigenkapital; a.M. *Meyer* (Fn. 135), 229 f., bez. Anwendbarkeit von Art. 659 ff. revOR innerhalb des Kapitalbands überhaupt; *Werlen/Sulzer* (Fn. 135), 510, bez. Anwendbarkeit von Art. 659 ff. revOR innerhalb des Kapitalbands überhaupt.

217 S. II.1 und II.2.

218 S. bereits IV.5.2 bez. des originären Erwerbs eigener Aktien bei einer Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands.

219 Für die erste Lehrmeinung: Z.B. *Gericke* (Fn. 48), 111 f.; *Böckli* (Fn. 128), 12 f.; *Gericke,* SSHW (Fn. 135) 128 f.; *Böckli* (Fn. 18), § 2 N 52g f.; *Meyer* (Fn. 135), 229 f.; *Böckli* (Fn. 135), 334 f., 343; *Werlen/Sulzer* (Fn. 135), 510; s.a. *Gericke,* Sondernummer (Fn. 135), 42, wonach die 10%- bzw. 20%-Begrenzung nicht *per se* nicht gilt, sondern nur bei Dispensation durch die GV bei Vorliegen einer expliziten statutarischen Grundlage; für die zweite Lehrmeinung z.B. *von der Crone/Dazio* (Fn. 18), 517; *von der Crone* (Fn. 24), N 716; *Büchler* (Fn. 48), N 487; *Giger* (Fn. 68), 34.

220 S. IV.1.

221 Art. 652 revOR.

onsprospekt,[222] Bezugsrecht,[223] Leistung von Einlagen,[224] Kapitalerhöhungsbericht[225] und Prüfungsbestätigung[226] nicht zur Anwendung. Das gilt auch, wenn ein Kapitalband existiert. Die Nichtanwendbarkeit der Vorschriften zum Bezugsrecht dispensiert selbstverständlich nicht von der Einhaltung der aktienrechtlichen Grundprinzipien wie insb. des Gleichbehandlungsgebots,[227] was sich im Resultat wie die Gewährung eines Bezugsrechts auswirken kann.

Es rechtfertigt sich angesichts des klaren Wortlauts von Art. 659 ff. revOR nicht, die Vorschriften (oder einzelne Vorschriften) zur Kapitalherabsetzung auf den derivativen Erwerb, insb. den Kauf eigener Aktien anzuwenden, auch wenn beides einen ähnlichen wirtschaftlichen Effekt hat.[228] Damit kommen insb. die Vorschriften zur Sicherstellung von Forderungen,[229] Zwischenabschluss[230] und Prüfungsbestätigung[231] nicht zur Anwendung. Dies gilt auch, wenn ein Kapitalband existiert.

Bei Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen kommen deshalb die Vorschriften über die Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung zur Anwendung. Soweit dabei ein Erwerb eigener Aktien erfolgt, sind zusätzlich die Vorschriften von Art. 659 ff. revOR einzuhalten. Ein Erwerb und eine Veräusserung eigener Aktien ist keine Kapitalherabsetzung bzw. -erhöhung. Das gilt auch für Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen innerhalb des Kapitalbands. Ein Erwerb bzw. eine Veräusserung eigener Aktien innerhalb des Kapitalbands ist keine Kapitalherabsetzung bzw. -erhöhung und entsprechend keine mögliche Nutzung des Kapitalbands.[232] Anderslautende Vorschläge wie z.B. von *Gericke* und *Kägi* wurden nicht in das Gesetz überführt.[233]

Entsprechend ist es bei Existenz eines Kapitalbands auch nicht zulässig, dass der VR in Verletzung der 10%- bzw. 20%-Begrenzung «in Nutzung des Kapitalbands» eigene Aktien bis zur unteren Grenze des Kapitalbands erwirbt. Das gilt selbst dann, wenn er diese in analoger Anwendung von Art. 659 Abs. 3 Satz 2 revOR innerhalb von zwei Jahren wieder veräussert.[234]

Daran ändert nichts, dass eine Benutzung des Kapitalbands durch den Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien Steuervorteile gegenüber der Benutzung des Kapitalbands durch Kapitalerhöhung und -herabsetzung hätte.[235]

Weil der Erwerb eigener Aktien keine Benutzung des Kapitalbands ist, ändert ihr Erwerb, aber auch ihre Veräusserung grundsätzlich nichts an der Höhe des Kapitalbands. Ausgenommen ist natürlich der Fall, wo mittels Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands originär eigene Aktien geschaffen werden[236] oder eigene Aktien durch Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands vernichtet werden.[237]

Das Halten eigener Aktien beeinflusst die Grenzen des Kapitalbands von Art. 653*s* Abs. 2 revOR nicht, ist doch gemäss dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung das im Handelsregister eingetragene

222 Art. 652*a* revOR; bez. Aktienrecht 1991 gl.M. ZK-*Cramer* (Fn. 68), Art. 652*a* OR 1991 N 1; eher a.M. *Rolf Watter,* Die Festübernahme von Aktien, speziell beim «Initial Public Offering», in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997, Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 399 f.

223 Art. 652*b* revOR; bez. Aktienrecht 2020 bzw. Aktienrecht 1991 bzw. Aktienrecht 1936 gl.M. BGE 88 II 98 E. 3; z.B. *Diem* (Fn. 77), 121 ff.; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 4, 9a; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 301, 353; für eine analoge Anwendung der Bezugsrechtsregeln z.B. *von der Crone* (Fn. 24), N 575; *Handschin* (Fn. 97), 295 f. (mit dem Hinweis, dass die analoge Anwendung der Bezugsrechtsregeln nicht die Zuständigkeit betreffe); ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*f* OR 1991 N 140 ff. (ebenfalls mit dem Hinweis, dass die analoge Anwendung der Bezugsrechtsregeln nicht die Zuständigkeit betreffe); *Hanspeter Kläy,* Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Basel/Frankfurt a.M, 1997, 188; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 68), § 39 N 50; *Claire Huguenin Jacobs,* Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 286 f.

224 Art. 652*c* revOR; bez. Aktienrecht 1991 für eine analoge Anwendung der Sacheinlagevorschriften z.B. ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 145.

225 Art. 652*e* revOR.

226 Art. 652*f* revOR.

227 S. dazu III.4.

228 S. IV.1.

229 Art. 653*k* revOR.

230 Art. 653*l* revOR.

231 Art. 653*m* revOR.

232 A.M. z.B. *Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann* (Fn. 8), 327 f.; *Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann* (Fn. 135), 30; *Gericke* (Fn. 48), 111; *Gericke,* SSHW (Fn. 135), 128 f.; *Gericke,* Sondernummer (Fn. 135), 44.

233 S. IV.2.

234 A.M. z.B. *Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann* (Fn. 8), 327 f.

235 *Michael Bertschinger/Marco Mühlemann,* Steuerliche Auswirkungen der Aktienrechtsrevision, StR 2020, 890 f., zu diesen Steuervorteilen.

236 S. III.2.

237 S. III.2 und III.3.

Aktien- und Partizipationskapital für die Berechnung dieser Grenzen massgebend.[238] Ein beim Erwerb eigener Aktien beim Aktienkapital zu bildender Minusposten[239] hat m.a.W. keinen Einfluss auf die Grenzen des Kapitalbands gemäss Art. 653*s* Abs. 2 revOR.

5.5 Verhältnis von Erwerb und Veräusserung eigener Aktien

Wie ausgeführt ist auch beim Erwerb eigener Aktien zum Zweck ihrer Vernichtung durch Kapitalherabsetzung die 10%- bzw. 20%-Begrenzung von Art. 659 Abs. 2 und 3 revOR einzuhalten.[240]

Gleiches gilt auch für den Erwerb eigener Aktien zum Zwecke der Wiederveräusserung, selbst wenn die Wiederveräusserung vertraglich gesichert ist,[241] wie Gleiches generell für Treuhandgeschäfte gilt.[242] Denn es gibt entsprechend dem klaren Wortlaut von Art. 659 Abs. 3 revOR nur einen Fall eines zulässigen, bloss vorübergehenden Erwerbs eigener Aktien, nämlich der in dieser Bestimmung abgehandelte Fall, dass eigene Aktien von mehr als 10% bis maximal 20% erworben werden, was die Pflicht auslöst, sie innert zweier Jahre wieder zu veräussern (oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten). Das gilt auch, wenn ein Kapitalband existiert, welches entsprechend keinen Freipass darstellt, eigene Aktien bis zur unteren Grenze des Kapitalbands zu erwerben und während der Dauer des Kapitalbands gemäss Art. 653*s* Abs. 1 Satz 1 revOR wieder zu veräussern.[243]

Die Nichtanwendbarkeit der 10%- bzw. 20%-Begrenzung beim Erwerb eigener Aktien zum Zweck der Wiederveräusserung kann auch nicht durch die Analogie mit dem Tatbestand der Mutter-in-Tochter-Fusion gerechtfertigt werden. Denn die Tochter erwirbt dabei nicht einmal für eine logische (bzw. juristische) Sekunde[244] eigene Aktien, gehen diese Aktien doch mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister (und damit deren Wirksamkeit) nicht auf die Tochter, sondern *eo ipso* auf die Aktionäre der Mutter über.[245]

Im Übrigen käme auch niemandem in den Sinn, einen Dispens von den Formalitäten einer Kapitalherabsetzung zu erteilen, wenn später eine Kapitalerhöhung geplant ist, selbst wenn diese vertraglich gesichert ist.

Entsprechend erfasst Art. 659*a* Abs. 2 revOR zu Recht auch den umgekehrten Vorgang, nämlich die Veräusserung eigener Aktien unter vertraglicher Sicherung des Wiedererwerbs, als Halten eigener Aktien, welche das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte i.S.v. Art. 659 Abs. 1 revOR ruhen lassen.

6. Fazit

Als Fazit aus den vorstehenden Schlussfolgerungen[246] ergibt sich, dass die Vorschriften über die Kapitalerhöhung und -herabsetzung, auch innerhalb des Kapitalbands, einerseits und über den Erwerb und die Veräusserung von eigenen Aktien andererseits bei gegebenen Voraussetzungen kumulativ anwendbar sind.

238 S. II.1 und II.2.

239 S. III.2 und III.3.

240 S. IV.5.3.

241 Bez. Aktienrecht 1991 a.M. *Diem* (Fn. 77), 120; ZK-*Handschin* (Fn. 68), Art. 659–659*b* OR 1991 N 63; *Böckli* (Fn. 18), § 4 N 262 f., m.H. auf BGE 110 II 293 E. 3b, und BGE 60 II 313 E. 3, welchen Entscheiden diese Meinung jedoch nicht bzw. jedenfalls nicht eindeutig, zu entnehmen ist; *Groner* (Fn. 102), 134, Fn. 568.

242 Bez. Aktienrecht 1991 gl.M. *Groner* (Fn. 102), 155 f.; *Anne Petitpierre-Sauvain,* L'acquisition indirecte par la société de ses propres actions, SZW 1992, 221, Fn. 11; *Alain Hirsch,* Demande en nullité des décisions de l'assemblée générale – Recevabilité de la demande et abus de droit – Actions de réserve et droit préférentiel de souscription – Contrôle judiciaire de la légalité des statuts. Arrêt du Tribunal fédéral (Première Cour civile) du 25 juin 1991 (Canes c/Nestlé), SZW 1991, 293 f.; z.T. a.M. z.B. CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 19, s. aber auch Art. 659*b* OR 1991 N 10, 32; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 14, Art. 659*a* OR 1991 N 2; OFK-*Amstutz/Marti Adji* (Fn. 68), Art. 659 OR 1991 N 23; *Kläy* (Fn. 223), 188 f.; *Giger* (Fn. 68), 83 f.

243 S. bereits IV.5.4.

244 Zu dieser Denkfigur im Allgemeinen Wikipedia, *<https://de.wikipedia.org/wiki/Juristische_Sekunde#:~:text=Die%20juristische%20Sekunde%20oder%20logische,desselben%20physischen%20Ereignisses%20eingeschoben%20wird>,* besucht am 4.5.2021.

245 *Markus Vischer,* Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, AJP 2019, 298 ff.; a.M. wohl CR II-*Trigo Trindade* (Fn. 68), Art. 659, 659*a* OR 1991 N 24, 32.

246 S. IV.5.