

Die Bilanzierung des Eigenkapitals im Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften

Lukas Glanzmann*

This essay shows how the equity capital of a corporation or a limited liability company must be presented in the balance sheet pursuant to the new Swiss accounting law. The structure of the article follows the individual items of the equity capital, whereby a balance sheet prepared in Swiss francs is assumed. It has been concluded that the supposedly comprehensive accounting law provisions regarding the equity capital

contain a number of deficiencies: On the one hand, the relevant provisions of the accounting law are not sufficiently harmonized with the respective corporate law rules. On the other hand, the relevant accounting law provisions are not entirely coherent within themselves. Only few of these deficiencies shall be addressed in the forthcoming amendment of the corporate law.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundkapital
 - 1. Zusammensetzung des Grundkapitals
 - 2. Ausweis verschiedener Beteiligungskategorien
 - 3. Bilanzierung des Nennwerts
- III. Gesetzliche Reserven
 - 1. Begrifflichkeit
 - 2. Gesetzliche Kapitalreserven
 - 3. Gesetzliche Gewinnreserven
- IV. Freiwillige Gewinnreserven oder kumulierte Verluste
 - 1. Allgemeines
 - 2. Statutarische und beschlussmässige Reserven
 - 3. Gewinnvortrag und Jahresgewinn
 - 4. Verlustvortrag und Jahresverlust
 - 5. Bilanzgewinn
- V. Eigene Kapitalanteile
 - 1. Direkt gehaltene eigene Kapitalanteile
 - 2. Indirekt gehaltene eigene Kapitalanteile
- VI. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Der vorliegende Aufsatz geht der Frage nach, wie das Eigenkapital einer Aktiengesellschaft bzw. GmbH gemäss neuem Rechnungslegungsrecht in der Bilanz des Einzelabschlusses auszuweisen ist. Die Gliederung und der Ausweis des Eigenkapitals ist für verschiedene gesellschaftsrechtliche Fragen relevant, wie z.B. für die Berechnung der zulässigen Dividende oder, um zu bestimmen, ob ein Kapitalverlust vorliegt.

Das bilanzielle Eigenkapital entspricht der Differenz zwischen den als Aktiven bilanzierten Vermögenswerten¹ und dem ausgewiesenen Fremdkapital² einer Gesellschaft, d.h., es ist ein Residualwert.³ Deswegen gibt es auch keine direkt auf das Eigenkapital anwendbaren Bewertungsvorschriften. Die Höhe des Eigenkapitals ist vielmehr davon abhängig, wie die Vermögenswerte und das Fremdkapital bilanziert und bewertet werden. Da einerseits nicht alle Vermögenswerte bilanziert werden dürfen und andererseits stille Zwangs- oder Willkürreserven bestehen können, kann das tatsächliche Eigenkapital grösser sein als der in der Bilanz ausgewiesene Wert. Weil eine detaillierte Darstellung der Bewertungsvorschriften den Rahmen der vorliegenden Abhandlung sprengen

¹ Vgl. dazu Art. 959a Abs. 1 OR.

² Vgl. dazu Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR.

³ *Lipp Lorenz*, in: Roberto/Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft; Vergütungsverordnung, Art. 530–771 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. *CHK-Bearbeiter*), Art. 959 OR N 64; *Böckli Peter*, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, N 427; *Handschin Lukas*, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2016, N 803; *Glanz Stephan*, in: Pfaff et al. (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014 (zit. *Bearbeiter*), veb.ch Praxiskommentar), Sonderbilanzen nach OR und FusG, N 7.

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister. Der Autor dankt verschiedenen Kollegen und Kolleginnen für kritische Hinweise zum Manuskript. Ein besonderer Dank geht an *Sammy Guidoum*, B.A. HSG (Law & Economics), für die wertvolle Mitarbeit. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter lukas.glanzmann@bakermckenzie.com entgegen genommen.

würde, wird im Folgenden nicht näher darauf eingegangen.

Obschon das Eigenkapital selber nicht direkt bewertet wird, bestehen strikte Vorgaben, wie dieses auszuweisen ist. Diese rechtsformneutralen Regeln über die Bilanzierung des Eigenkapitals sind primär in Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR enthalten. Die darin erwähnten Positionen des Eigenkapitals sind «in der vorgegebenen Reihenfolge» aufzuführen.⁴ Die gesetzliche Gliederung orientiert sich am Schutz des Eigenkapitals, wobei der am stärksten geschützte Teil des Eigenkapitals zuerst aufzuführen ist.

Da das Rechnungslegungsrecht rechtsformneutral ausgestaltet,⁵ der Schutz des Eigenkapitals und dessen Verteilung an die Anteilseigner aber weitgehend rechtsformspezifisch ist, bestimmt Art. 959 Abs. 7 OR richtigerweise, dass das Eigenkapital «der Rechtsform entsprechend auszuweisen und zu gliedern» sei. Diese Norm ist so zu verstehen, dass rechtsformspezifische Anforderungen im Rahmen der rechtsformneutralen Mindestgliederungsvorschriften von Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR zu berücksichtigen sind.⁶ Es ist daraus aber nicht etwa zu folgern, dass die Mindestgliederungsvorschriften des Rechnungslegungsrechts keine Anwendung fänden, wenn rechtsformspezifische Vorschriften bestehen.

Schliesslich ist auch für den Ausweis des Eigenkapitals der allgemeine Vorbehalt von Art. 958c Abs. 3 OR zu beachten, wonach die Rechnungslegung «unter Wahrung des gesetzlichen Mindestinhalts den Besonderheiten des Unternehmens und der Branche anzupassen» ist.

Im Folgenden wird die Gliederung der einzelnen Eigenkapitalpositionen bei der Aktiengesellschaft und der GmbH dargestellt. Dabei wird von einer in der Landeswährung erstellten Bilanz ausgegangen. Somit werden die besonderen Fragen, die sich bei einer Rechnungslegung in Fremdwährung stellen, nicht diskutiert.

II. Grundkapital

1. Zusammensetzung des Grundkapitals

Als erste Position im Eigenkapital ist das Grundkapital auszuweisen.⁷ Bei der Aktiengesellschaft setzt sich das Grundkapital aus dem Aktien- und dem Partizipationskapital zusammen.⁸ Nicht zum Grundkapital gehört das genehmigte Kapital, solange es nicht verwendet worden ist. Gleiches gilt für das bedingte Kapital, solange diesbezügliche Wandel- oder Optionsrechte nicht ausgeübt worden sind.⁹

Bei der GmbH besteht das Grundkapital ausschliesslich aus dem Stammkapital.¹⁰ Partizipations-scheine sowie ein bedingtes oder genehmigtes Kapital sind bei der GmbH nicht zulässig.¹¹

Sowohl die Aktiengesellschaft als auch die GmbH können Genussscheine ausgeben.¹² Diese haben keinen Nennwert¹³ und gehören deswegen nicht zum Grundkapital. Weil sie dennoch einen Anspruch auf den Bilanzgewinn oder auf das Liquidationsergebnis begründen können,¹⁴ werden sie in der Regel *pro memoria* mit CHF 1.00 bilanziert.¹⁵ Andernfalls sind die

⁷ Dies ergibt sich aus dem einleitenden Satz von Art. 959a Abs. 2 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. a OR.

⁸ *Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015, § 7 N 36; *Böckli* (Fn. 3), N 449 und 452.

⁹ *Neuhaus Markus R./Gerber Rodolfo*, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter), Art. 959a N 79; *Handschin* (Fn. 3), N 809. Ähnlich auch *Böckli* (Fn. 3), N 452; vgl. dazu hinten II.3.

¹⁰ *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 8), § 18 N 12; *Böckli* (Fn. 3), N 449 und 452.

¹¹ *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 8), § 18 N 15.

¹² Art. 657 OR für die Aktiengesellschaft und Art. 774a OR für die GmbH.

¹³ So ausdrücklich Art. 657 Abs. 3 Satz 1 OR.

¹⁴ Art. 657 Abs. 2 OR.

¹⁵ *CHK-Lipp* (Fn. 3), Art. 959a OR N 46; BSK OR II-*Neuhaus/Gerber* (Fn. 9), Art. 959a N 77; *Handschin* (Fn. 3), N 808; Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014 (zit. HWP), 226. Gegen die Bilanzierung wohl *Toma Adriano*, Das Eigenkapital der Aktiengesellschaft im neuen Rechnungslegungsrecht, Diss., Bern 2016, 63; *Dekker Stephan*, in: Wibmer (Hrsg.), Aktienrecht Kommentar, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Orell Füssli Navigator Kommentare, Zürich 2016 (zit. *Bearbeiter*, OFK-Aktienrecht), Art. 959a OR N 77.

⁴ Art. 959a Abs. 2 OR.

⁵ *Glanzmann Lukas*, Das neue Rechnungslegungsrecht, in: Kunz et al. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, 251–289, 252; *Böckli* (Fn. 3), N 1.

⁶ *Glanzmann* (Fn. 5), 266. Ähnlich auch *Gutsche*, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 132.

Genussscheine im Anhang offenzulegen, sofern sie für die Beurteilung der Vermögens- oder Finanzierungslage wesentlich sind.¹⁶

2. Ausweis verschiedener Beteiligungskategorien

Bestehen verschiedene Kategorien von Beteiligungen am Grundkapital, müssen diese gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung gesondert bilanziert werden.¹⁷ Dies bedeutet, dass bei der Aktiengesellschaft ein etwaiges Partizipationskapital gesondert auszuweisen ist.¹⁸ Das Gleiche gilt für Vorzugsaktien.¹⁹

Vom Wortlaut her gilt diese Anordnung auch für Stimmrechts- und Stammaktien²⁰ sowie für Namen- und Inhaberaktien. In der Praxis wird auf einen besonderen Ausweis dieser Positionen aber meistens verzichtet. Begründet wird dieses Verhalten damit, dass eine solche Offenlegung nach altem Rechnungslegungsrecht nicht vorgesehen war²¹ und das neue Recht in diesem Punkt keine Verschärfung beabsichtigte.²²

3. Bilanzierung des Nennwerts

Das Grundkapital ist zum Nennwert zu bilanzieren.²³ Dies gilt auch, wenn es nicht voll einbezahlt ist.²⁴ In diesem Fall ist der nicht einbezahlte Betrag separat als Forderung unter dem Anlagevermögen zu bilanzieren.²⁵ Diese Forderung unterliegt den üblichen Bewertungsvorschriften.²⁶ Diese Art der Bilanzierung

des *Non-versé* unterscheidet sich von jener bei den anerkannten Standards, wo nicht einbezahltes Grundkapital gesondert als Minusposten im Eigenkapital auszuweisen ist.²⁷

Für die Bilanzierung relevant ist grundsätzlich der am Bilanzstichtag im Handelsregister und in den Statuten eingetragene Nominalwert des Grundkapitals. Allerdings kann dieser in verschiedenen Situationen vom tatsächlichen Nominalwert abweichen:

Erstens kann der Fall eintreten, dass eine ordentliche oder genehmigte Kapitalerhöhung zwar vor dem Bilanzstichtag durchgeführt, aber erst nach dem Bilanzstichtag im Handelsregister eingetragen wird. Die Durchführung der Kapitalerhöhung erfolgt im Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses des Verwaltungsrats.²⁸ Dabei werden auch die Statuten geändert. Weil ohne gegenteilige Anordnung der Generalversammlung die Statutenänderung im Innenverhältnis sofort wirksam wird,²⁹ muss das Kapital mit dem Feststellungsbeschluss als erhöht gelten. Deshalb ist nach der hier vertretenen Meinung in diesem Fall das in den Statuten und nicht das im Handelsregister eingetragene Kapital massgebend.³⁰

Zweitens kann sich eine Diskrepanz ergeben, wenn Wandel- oder Optionsrechte bezüglich eines bedingten Kapitals ausgeübt werden. Das Aktienkapital erhöht sich nämlich ohne Weiteres in dem Zeitpunkt und Umfang, als diese Wandel- oder Optionsrechte ausgeübt und die Einlagepflichten erfüllt werden.³¹ Immerhin verlangt das Gesetz, dass der

¹⁶ Art. 959a Abs. 3 OR.

¹⁷ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. a OR.

¹⁸ HWP (Fn. 15), 226; BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 76.

¹⁹ HWP (Fn. 15), 226.

²⁰ Vgl. den Wortlaut von Art. 709 OR, wonach ein Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat besteht, wenn «in Bezug auf das Stimmrecht oder die vermögensrechtlichen Ansprüche mehrere Kategorien von Aktien» bestehen. So wohl auch *Gutsche*, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 138.

²¹ Vgl. Art. 663a Abs. 3 aOR.

²² *Toma* (Fn. 15), 68.

²³ HWP (Fn. 15), 226.

²⁴ Eine Teilliberierung ist nur bei Aktien und Partizipations-scheinen zulässig (Art. 632 OR), nicht jedoch beim Stammkapital (Art. 777c Abs. 1 OR). Vgl. dazu auch *Böckli* (Fn. 3), N 451.

²⁵ Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 lit. e OR.

²⁶ *CHK-Lipp* (Fn. 3), Art. 959a OR N 44a.

²⁷ BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671 N 48; *Hand-schin* (Fn. 3), N 812 f.; *Eberle Reto/Buchmann René*, in: *Kostkiewicz et al.* (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Orell Füssli Navigator Kommentare, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. *Bearbeiter*, OFK-OR), Art. 959a N 15.

²⁸ Art. 652g OR.

²⁹ *Zindel Gaudenz G./Weber Daniel S./Philippe Arnaud F.*, *Zeitpunkt der Wirksamkeit statutenändernder General-versammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüsse*, REPRAX 2/3/2008, 36–61, 53.

³⁰ A.M. *CHK-Lipp* (Fn. 3), Art. 959a OR N 44b; BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 78 sowie HWP (Fn. 15), 297, das aber die Eintragung als werterhellendes Ereignis nach dem Bilanzstichtag betrachtet (vgl. dazu *Glanzmann Lukas*, *Ereignisse nach dem Bilanzstichtag*, in: *Weber et al.* (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts*, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, 255–270, 270 f.) und somit eine Bilanzierung dennoch zulässt.

³¹ Art. 653 Abs. 2 OR.

Verwaltungsrat mindestens einmal im Jahr nach Abschluss des Geschäftsjahres die Statuten anpasst und das neue Kapital im Handelsregister einträgt.³² Dies bedeutet aber, dass das in den Statuten und im Handelsregister eingetragene Kapital am Bilanzstichtag nicht dem tatsächlichen Kapital entsprechen muss. Selbstverständlich ist auch in diesem Fall das tatsächliche Nennkapital relevant und nicht auf die Statuten oder den Handelsregistereintrag abzustellen.³³

Bei der Kapitalherabsetzung hat die Eintragung im Handelsregister konstitutive Wirkung.³⁴ Damit wird das Grundkapital erst mit der Handelsregistereintragung und nicht etwa schon mit dem statutenändernden Generalversammlungsbeschluss reduziert.³⁵ Im Gegenzug entsteht bei der sog. materiellen oder konstitutiven Kapitalherabsetzung in diesem Zeitpunkt eine Forderung der Gesellschafter.

III. Gesetzliche Reserven

1. Begrifflichkeit

Nach dem Grundkapital sind die gesetzlichen Reserven auszuweisen. Selbstredend geht es dabei nur um die offenen Reserven, denn stille Zwangs- oder Willkürreserven erscheinen ja gerade nicht in der Bilanz, solange sie still sind.

Das neue Rechnungslegungsrecht unterteilt die gesetzlichen Reserven aufgrund der Mittelherkunft in Kapital- und Gewinnreserven.³⁶ Demgegenüber unterscheidet das Aktienrecht bei den gesetzlichen Reserven zwischen der allgemeinen Reserve (Art. 671 OR), der Reserve für eigene Aktien (Art. 671a OR) und der Aufwertungsreserve (Art. 671b OR).³⁷ Diese Diskrepanz ist auf die Abkoppelung der Revision des Rechnungslegungsrechts von der Aktienrechtsrevisi-

on 2007 zurückzuführen.³⁸ Sie soll anlässlich der anstehenden Aktienrechtsrevision³⁹ beseitigt werden, indem die aktienrechtliche Gliederung und Terminologie der gesetzlichen Reserven an jene des Rechnungslegungsrechts angepasst wird.⁴⁰ Bis zum Inkrafttreten eines revidierten Aktienrechts sind aber die Vorgaben beider Systeme zu befolgen und in Einklang zu bringen. In der Praxis wird die Gliederung des Rechnungslegungsrechts als Hauptgliederung verwendet und darunter die Gliederung des Aktienrechts abgebildet.⁴¹

Nebst den aktienrechtlichen sind auch noch die steuerrechtlichen Besonderheiten bezüglich des Ausweises der gesetzlichen Kapitalreserve zu beachten. Die steuerliche Behandlung als Kapitaleinlagereserve erfordert unter anderem, dass diese Reserve in der Handelsbilanz auf einem gesonderten Konto ausgewiesen wird.⁴² Da die allgemeine Kapitalreserve und die steuerliche Kapitaleinlagereserve nicht zwingend übereinstimmen müssen, ist unter Umständen eine weitere Unterteilung vorzunehmen.⁴³ Im vorliegenden Zusammenhang wird nicht näher auf die steuerliche Kapitaleinlagereserve eingegangen.

2. Gesetzliche Kapitalreserven

a) Allgemeine Reserve

aa) Gesonderter Ausweis

Derjenige Teil der allgemeinen Reserve nach Art. 671 OR, der nicht aus Gewinnen stammt,⁴⁴ ist als gesetzliche Kapitalreserve auszuweisen. Dabei sind verschiedene Darstellungsformen möglich: Ausweis unter der Rubrik Gesetzliche Kapitalreserve als allgemeine Reserve, oder Ausweis als «allgemeine gesetzliche Kapitalreserve» oder als «gesetzliche allgemeine Kapital-

³² Art. 653f–653h OR.

³³ CHK-Lipp (Fn. 3), Art. 959a OR N 44b; BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 79.

³⁴ BGE 133 III 368 E. 1.3.3.

³⁵ So ist wohl auch Art. 653o Abs. 3 Entwurf zum Obligationenrecht (Aktienrecht) vom 31. Januar 2017, BBI 2017 683–754 (zit. E-OR) zu verstehen, wonach die durch die Kapitalherabsetzung frei gewordenen Mittel den Aktionären erst nach der Eintragung der Kapitalherabsetzung ins Handelsregister ausgerichtet werden dürfen.

³⁶ BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 80.

³⁷ Für die GmbH gelten die gleichen Gliederungsvorschriften (Art. 801 OR).

³⁸ Glanzmann (Fn. 5), 267.

³⁹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBI 2017 399–682 (zit. Botschaft AR 2016).

⁴⁰ Vgl. die Marginalien zu Art. 671 E-OR (Gesetzliche Kapitalreserve), Art. 672 E-OR (Gesetzliche Gewinnreserve) und Art. 673 E-OR (Freiwillige Gewinnreserve).

⁴¹ Vgl. z.B. HWP (Fn. 15), 227 und Gutsche, veb.ch Praxis-kommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 133.

⁴² Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV), Kreisschreiben Nr. 29a, Kapitaleinlageprinzip neues Rechnungslegungsrecht, 9. September 2015, 15.

⁴³ Dies trifft z.B. für die Nachschüsse zu, welche Kapitaleinlage sind, aber nicht zur allgemeinen Reserve gehören.

⁴⁴ Vgl. dazu hinten III.3.a)aa).

reserve». Aus handelsrechtlicher Sicht zentral ist nur, dass diese Reserve innerhalb der gesetzlichen Kapitalreserve gesondert als allgemeine Reserve identifiziert werden kann, weil die allgemeine Reserve einem besonderen Schutzregime untersteht.⁴⁵

Die allgemeine Kapitalreserve setzt sich aus folgenden Positionen zusammen:

bb) Agio

Primär gehört zur allgemeinen gesetzlichen Kapitalreserve das Agio.⁴⁶ Das Agio ist der über den Nennwert hinaus erzielte Mehrerlös bei der Ausgabe von Aktien.⁴⁷ Bei einer gewöhnlichen Aktienemission ist dies der Differenzbetrag zwischen dem Ausgabebetrag⁴⁸ und dem Nennwert, bei einer Festübernahme ist es die Differenz zwischen dem Bezugspreis und dem Nennwert.⁴⁹

Das Agio ist vorbehältlich der nachfolgenden Ausnahmen der allgemeinen gesetzlichen Kapitalreserve zuzuweisen. Diese Pflicht besteht grundsätzlich auch dann noch, wenn die allgemeine Reserve geäufnet ist.⁵⁰

Vom Agio können vorab die Ausgabekosten der Kapitalerhöhung abgezogen werden.⁵¹ Dies ermöglicht, Ausgabekosten direkt im Eigenkapital zu verbuchen, womit sie nie als Aufwand in der Erfolgsrechnung erscheinen.⁵² Nach der Praxis ist aber auch eine Erfassung als Aufwand zulässig.

Ferner kann das Agio zu Abschreibungen oder zu Wohlfahrtszwecken verwendet werden.⁵³ Soweit von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, ist das Agio nicht als Reserve zu verbuchen. Auch diese Verwendungsart des Agios ermöglicht, Abschreibungen

ausserhalb der Erfolgsrechnung vorzunehmen.⁵⁴ Sie ist in der Aktienrechtsrevision nicht mehr vorgesehen.⁵⁵

cc) Kaduzierungsgewinn

Weiter ist ein etwaiger Kaduzierungsgewinn der allgemeinen gesetzlichen Kapitalreserve zuzuweisen.⁵⁶ Da diese Bestimmung in der Praxis von geringer Relevanz ist, wird im vorliegenden Zusammenhang nicht näher darauf eingegangen.

dd) Einlagen und Zuschüsse

Die Behandlung von Einlagen und Zuschüssen der Gesellschafter ist gesetzlich (noch) nicht geregelt. Während die juristische Lehre sie grundsätzlich gleich behandeln will wie ein Agio,⁵⁷ geht die Rechnungslegungspraxis davon aus, dass auch eine Erfassung über die Erfolgsrechnung oder in den freiwilligen Gewinnreserven zulässig ist.⁵⁸ Letzteres kann insbesondere bei der Behebung eines Kapitalverlusts angezeigt sein, da eine Verbuchung als gesetzliche Reserve die Bemessungsgrundlage zur Berechnung eines Kapitalverlusts wiederum erhöht; es müsste dann der doppelte Betrag des Kapitalverlusts eingelegt werden. Dennoch soll im neuen Aktienrecht ausdrücklich festgeschrieben werden, dass Einlagen und Zuschüsse Teil der gesetzlichen allgemeinen Kapitalreserve sind.⁵⁹

ee) Buchgewinn aus Kapitalherabsetzung

Nach Art. 732 Abs. 4 OR ist ein aus einer Kapitalherabsetzung sich ergebender etwaiger Buchgewinn ausschliesslich zu Abschreibungen zu verwenden. Nach absolut herrschender Lehre ist diese Bestimmung zu eng und kann ein entsprechender Buchgewinn der allgemeinen Reserve zugewiesen werden.⁶⁰

⁴⁵ Vgl. dazu Art. 671 Abs. 3 und 4 OR.

⁴⁶ BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671 N 16a; Böckli (Fn. 3), N 511.

⁴⁷ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR. Das Gleiche trifft zu bei der Ausgabe von Partizipationsscheinen oder Stammanteilen.

⁴⁸ Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

⁴⁹ Vgl. dazu Oser David/Vogt Hans-Ueli, Die Ausschüttung von Agio nach geltendem und künftigen Aktienrecht, GesKR 1/2012, 10–28, 22 f.

⁵⁰ BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671 N 17. Vgl. die andere Situation bei der Zuweisung von Gewinnen, hinten III.3.a)cc).

⁵¹ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

⁵² BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671 N 19.

⁵³ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR. Kritisch dazu, da gegen die Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung verstossend, Glanz, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Sonderbilanzen nach OR und FusG, N 7.

⁵⁴ BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671 N 19.

⁵⁵ Vgl. Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 E-OR.

⁵⁶ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 2 OR. Vgl. dazu Toma (Fn. 15), 75 f.; Böckli (Fn. 3), N 512.

⁵⁷ Böckli (Fn. 3), N 513.

⁵⁸ HWP (Fn. 15), 230.

⁵⁹ Art. 671 Abs. 1 Ziff. 3 E-OR.

⁶⁰ Seiler Moritz/Sethe Rolf, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014, Art. 732 N 20; Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 2 N 371; HWP (Fn. 15), 234; Handschin (Fn. 3), N 827; Böckli (Fn. 3), N 514; Meister, OFK-OR (Fn. 27), Art. 671 N 3.

Als solche unterliegt er dem Schutz, welcher der allgemeinen Reserve zukommt; dies bedeutet, dass auch diese Beträge bei gegebenen Voraussetzungen an die Gesellschafter ausgeschüttet werden dürfen.⁶¹

b) Fusionsagio/-disagio

Bei der Fusion übernimmt die übernehmende Gesellschaft Aktiven und Fremdkapital der übertragenden Gesellschaft. Diese Aktiven und Passiven werden grundsätzlich zu bisherigen Buchwerten in die Bilanz der übernehmenden Gesellschaft überführt.⁶² Damit verändert sich das ausgewiesene Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft um den Betrag des bei der übertragenden Gesellschaft ausgewiesenen Eigenkapitals, sofern durch die Fusion nicht noch Beteiligungen oder gegenseitige Forderungen und Verbindlichkeiten eliminiert werden.

Führt die übernehmende Gesellschaft im Rahmen der Fusion eine Kapitalerhöhung durch, dann wird diese in der Regel mit den übernommenen Nettoaktiven liberiert.⁶³ Im Betrag, in dem diese Nettoaktiven den Nennbetrag der Kapitalerhöhung übersteigen, erzielt die übernehmende Gesellschaft einen Fusionsgewinn, das sog. Fusionsagio.⁶⁴ Dieses Fusionsagio ist gleich zu behandeln wie ein Agio bei einer gewöhnlichen Kapitalerhöhung.⁶⁵ Gleiches gilt, wenn die übernehmende Gesellschaft keine Kapitalerhöhung durchführt.

Wenn der Nennwert der Kapitalerhöhung grösser ist als der Buchwert der von der übertragenden Gesellschaft übernommenen Nettoaktiven, entsteht ein Fusionsverlust oder -disagio.⁶⁶ Ebenfalls ein Fusionsdisagio entsteht bei der Übernahme einer Gesellschaft mit negativem Eigenkapital.⁶⁷ Das Fusionsdisagio kann zulasten der Reserven abgeschrieben oder als Goodwill aktiviert werden.⁶⁸ Bei einer Aktivierung ist der Goodwill in der Regel innert fünf Jahren abzuschreiben.⁶⁹

c) Nachschüsse

Die Statuten einer GmbH können die Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen verpflichten.⁷⁰ Bei der Aktiengesellschaft würde eine solche Statutenbestimmung gegen Art. 680 Abs. 1 OR verstossen.

Nachschüsse sind erst zu bilanzieren, wenn sie abgerufen werden.⁷¹ In diesem Zeitpunkt ist eine entsprechende Forderung gegenüber den betroffenen Gesellschaftern zu aktivieren.⁷² Im Gegenzug erhöht sich auf der Passivseite das Eigenkapital. Allerdings gibt das Gesetz nicht vor, wie die Nachschüsse im Eigenkapital auszuweisen sind.

Da es sich bei den Nachschüssen zwar um Kapitaleinlagen, aber klarerweise nicht um Grundkapital handelt, sind diese als gesetzliche Kapitalreserve zu verbuchen. Nach richtiger Auffassung sind sie separat auszuweisen und nicht Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve.⁷³ Dies ergibt sich daraus, dass geleistete Nachschüsse wieder zurückbezahlt werden dürfen, sofern der Betrag durch frei verwendba-

⁶¹ A.M. BSK OR II-Küng/Schoch (Fn. 9), Art. 732 N 35.

⁶² Glanzmann Lukas, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. Aufl., Bern 2014, N 283.

⁶³ Glanzmann (Fn. 62), N 288. Die Kapitalerhöhung kann auch aus freiem Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft liberiert werden (a.a.O., N 276).

⁶⁴ Glanzmann (Fn. 62), N 287.

⁶⁵ Glanzmann (Fn. 62), N 287; Boemle Max/Stolz Carsten, Unternehmensfinanzierung, Band 2, 14. Aufl., Zürich 2012, 238; Diem Hans-Jakob, in: Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 9 N 17; Vogel Alexander et al., FusG Kommentar, Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen, Orell Füssli Navigator Kommentare, 3. Aufl., Zürich 2017, Art. 9 N 6c; Amstutz Marc/Mabillard Ramon, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel 2008, Art. 9 N 8. A.M. Böckli (Fn. 60), § 3 N 79 sowie HWP (Fn. 15), 310, das auch eine Erfassung über die Erfolgsrechnung sowie eine Zuweisung an die freiwilligen Gewinnreserven als zulässig erachtet.

⁶⁶ Glanzmann (Fn. 62), N 287. Im Fall eines Fusionsdisagios ist zu prüfen, ob nicht gleichzeitig eine verbotene Unterpri-Emission vorliegt. Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 62), N 288.

⁶⁷ Die Fusion mit einer überschuldeten Gesellschaft ist nach Art. 6 Abs. 1 FusG nur zulässig, wenn die andere Gesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Überschuldung verfügt oder ausreichend Rangrücktritte bestehen. Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 62), N 849–851.

⁶⁸ Glanzmann Lukas, Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 2012, 205–214, 209; HWP (Fn. 15), 308; Glanz, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Sonderbilanzen nach OR und FusG, N 76.

⁶⁹ HWP (Fn. 15), 308 und 201.

⁷⁰ Art. 795 Abs. 1 OR.

⁷¹ CHK-Lipp (Fn. 3), Art. 959a OR N 48; Handschin (Fn. 3), N 201.

⁷² CHK-Lipp (Fn. 3), Art. 959a OR N 48.

⁷³ Handschin (Fn. 3), N 199.

res Eigenkapital gedeckt ist und ein zugelassener Revisionsexperte dies schriftlich bestätigt.⁷⁴ Nach h.L. sind dafür die Geschäftsführer zuständig,⁷⁵ was gegen die übliche Kompetenzordnung bei der Verfügung über die allgemeine Reserve verstösst. Schon aus diesem Grund sind die Nachschüsse separat auszuweisen. Hinzu kommt, dass die Nachschüsse unter Umständen nicht von allen Gesellschaftern geleistet wurden. In diesem Fall stellte eine Rückzahlung von Nachschüssen eine ungleiche Verwendung der allgemeinen Reserve dar, was grundsätzlich ebenfalls nicht zulässig wäre. Deshalb kann die Finanzierungs-lage der Gesellschaft nur richtig beurteilt werden, wenn die Nachschüsse separat ausgewiesen werden.

3. Gesetzliche Gewinnreserven

a) Allgemeine Reserve

aa) Gesonderter Ausweis

Die allgemeine Reserve nach Art. 671 OR ist nicht nur aus Kapitaleinlagen, sondern auch aus Gewinnen zu speisen. Gleich wie die gesetzliche allgemeine Kapitalreserve ist auch die gesetzliche allgemeine Gewinnreserve gesondert auszuweisen,⁷⁶ da auch sie den besonderen Schutz als allgemeine Reserve erfährt.

Die gesetzliche allgemeine Gewinnreserve setzt sich wie folgt zusammen:

bb) Erste Zuweisung

Der gesetzlichen allgemeinen Gewinnreserve sind fünf Prozent des Jahresgewinns zuzuweisen, bis diese 20 Prozent des einbezahlten Aktien- bzw. Stammkapitals erreicht.⁷⁷ Wenn die Gesellschaft auch über ein Partizipationskapital verfügt, dient die Summe

des einbezahlten Aktien- und Partizipationskapitals als Bemessungsbasis.⁷⁸

Die Zuweisung an die allgemeine gesetzliche Gewinnreserve erfolgt durch Beschluss der Generalversammlung im Rahmen der Gewinnverwendung.⁷⁹ Sie ist immer vorzunehmen, wenn ein Jahresgewinn erwirtschaftet wurde; unerheblich ist, ob eine Dividende ausgeschüttet wird oder nicht.⁸⁰ Falls die Gesellschaft jedoch über kumulierte Verluste verfügt, dürfen diese zuerst mit dem Jahresgewinn verrechnet werden. Die Zuweisung an die allgemeine Reserve kann dann auf dem reduzierten Jahresgewinn berechnet werden.⁸¹

Bemerkenswerterweise orientiert sich diese erste Zuweisung nicht am nominellen, sondern am einbezahlten Grundkapital. Dies bedeutet, dass bei einer Teilliberierung des Aktien- bzw. Partizipationskapitals⁸² weniger Gewinn den Reserven zuzuweisen ist und dafür mehr als Dividende ausgeschüttet werden darf.⁸³ Diese Anomalie soll mit der Aktienrechtsrevision bereinigt werden.⁸⁴

cc) Zweite Zuweisung

Nebst der ersten Zuweisung muss die Generalversammlung weitere «zehn Prozent der Beträge, die nach Bezahlung einer Dividende von fünf Prozent als Gewinnanteil ausgerichtet werden», der gesetzlichen allgemeinen Gewinnreserve zuweisen.⁸⁵

Die Schwelle von fünf Prozent ist als Prozentsatz des einbezahlten und dividendenberechtigten Aktien- und Partizipationskapitals zu verstehen.⁸⁶

Keine Pflicht, eine zweite Zuweisung vorzunehmen, haben Holdinggesellschaften.⁸⁷ Bei den übrigen Gesellschaften ist die zweite Zuweisung solange vor-

⁷⁴ Art. 795b OR.

⁷⁵ BSK OR II-Amstutz/Chappuis (Fn. 9), Art. 795b N 4; Chappuis Fernand/Jaccard Michel, in: Tercier/Amstutz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, Basel 2008 (zit. CR-Bearbeiter), Art. 795b OR N 6. Dies ist ein Widerspruch zur Herabsetzung der Liberierungsquote, wofür klarerweise die Gesellschafterversammlung zuständig ist. In beiden Fällen lebt eine Einzahlungspflicht des Gesellschafters wieder auf und können die Gesellschafter nur im Verfahren der Kapitalherabsetzung von ihren Pflichten befreit werden (vgl. dazu Art. 795c Abs. 2 OR).

⁷⁶ Vgl. dazu vorne III.2.a)aa).

⁷⁷ Art. 671 Abs. 1 OR für die Aktiengesellschaft bzw. Art. 801 i.V.m. Art. 671 Abs. 1 OR für die GmbH.

⁷⁸ BSK OR II-Rampini/Spillmann (Fn. 9), Art. 656a N 5; Böckli (Fn. 60), § 12 N 525a Fn. 1217.

⁷⁹ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Gutsche, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 150.

⁸⁰ HWP (Fn. 15), 232 f.

⁸¹ HWP (Fn. 15), 232; Toma (Fn. 15), 119.

⁸² Bei der GmbH ist eine Teilliberierung nicht zulässig; Art. 777c Abs. 1 OR.

⁸³ Vgl. dazu Glanzmann Lukas/Wolf Markus, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen, Praktische Auswirkungen des Urteils BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, ST 3/2015, 131–136, 135.

⁸⁴ Vgl. Art. 672 Abs. 2 E-OR.

⁸⁵ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

⁸⁶ HWP (Fn. 15), 233; BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671 N 12.

⁸⁷ Art. 671 Abs. 4 OR.

zunehmen, bis die allgemeine Reserve geüffnet ist, d.h. 50 Prozent des Aktien- und eines etwaigen Partizipationskapitals erreicht hat. Dies ergibt sich daraus, dass die allgemeine Reserve im Betrag, der die Hälfte des Aktien- und Partizipationskapitals übersteigt, frei verfügbar ist. Nach der herrschenden Lehre müssen deshalb keine Zuweisungen mehr vorgenommen werden, wenn diese Schwelle erreicht ist.⁸⁸

Die zweite Zuweisung ist nur vorzunehmen, wenn tatsächlich eine Dividende ausgeschüttet oder ein anderer Gewinnanteil ausgerichtet wird. Unerheblich ist, ob es sich um eine Dividende in Geld, in einer Fremdwährung oder um eine Sachdividende handelt.⁸⁹ Ebenfalls unerheblich ist, ob diese Gewinnanteile dem Jahresgewinn, dem Gewinnvortrag oder z.B. einer statutarischen Reserve entnommen werden.⁹⁰ Bei Dividendenausschüttungen aus der allgemeinen Reserve muss keine zweite Zuweisung gemacht werden, da eine solche Ausschüttung erst zulässig ist, wenn die allgemeine Reserve geüffnet ist und deshalb keine Zuweisungen mehr vorzunehmen sind.

Die zweite Zuweisung soll in der geplanten Aktienrechtsrevision abgeschafft werden.⁹¹ Dafür wird die erste Zuweisung so lange vorzunehmen sein, bis die allgemeine gesetzliche Kapitalreserve und die allgemeine gesetzliche Gewinnreserve zusammen 50 Prozent – bzw. bei Holdinggesellschaften 20 Prozent – des Grundkapitals erreichen.⁹²

b) Aufwertungsreserve

Eine weitere gesetzliche Reserve ist die Aufwertungsreserve nach Art. 671b OR. Das Rechnungslegungsrecht schreibt nicht vor, wo diese Neubewertungsreserve zu bilanzieren ist. Während unter geltendem Recht eine Minderheit in Praxis und Lehre eine Bilan-

zierung zwischen dem Grundkapital und den gesetzlichen Reserven postuliert,⁹³ vertritt die wohl herrschende Auffassung sowie der Entwurf zur Aktienrechtsrevision die Meinung, sie sei als gesetzliche Gewinnreserve zu verbuchen.⁹⁴

Die Aufwertungsreserve ist zu bilden, wenn Grundstücke oder Beteiligungen über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten aufgewertet werden.⁹⁵ Eine derartige Aufwertung bis zum wirklichen Wert der Grundstücke oder Beteiligungen ist nur zulässig, um einen Kapitalverlust oder eine Überschuldung⁹⁶ zu beseitigen.⁹⁷ Zudem muss ein zugelassener Revisor zuhanden der Generalversammlung schriftlich bestätigen, dass die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten sind.⁹⁸

Keine besondere Behandlung erfordert eine Auflösung von stillen Willkürreserven, d.h. eine Aufwertung bis zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten. Diesfalls ist unter Umständen die Auflösung der stillen Reserven im Anhang offenzulegen.⁹⁹

Eine Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen ist auch bei der GmbH zulässig, obwohl das GmbH-Recht seit Einführung des neuen Rechnungslegungsrechts nicht mehr auf Art. 670 OR verweist.¹⁰⁰ Dies ist auf ein gesetzgeberisches Missgeschick bei der Einführung des neuen Rechnungslegungsrechts zurückzuführen,¹⁰¹ das in der Aktienrechtsrevision korrigiert werden soll; die Aufwertung soll neu in Art. 725c E-OR geregelt werden, der klarerweise auch für die GmbH gilt.¹⁰² Korrekterweise sollte die Aufwertung jedoch im Rechnungslegungsrecht geregelt werden, da es keinen Grund gibt, diese Bewertungs- und Reservevorschrift nicht rechtsformneutral auszugestalten.

⁸⁸ BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671 N 31; Böckli (Fn. 60), § 12 N 525b; Böckli (Fn. 3), N 460; CHK-Imark/Lipp (Fn. 3), Art. 671 OR N 9.

⁸⁹ Vgl. HWP (Fn. 15), 233. Vgl. auch Forstmoser Peter, Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht, in: Forstmoser et al. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 701–714, *passim*, m.w.H. zur Sachdividende und Böckli Peter, Ausgabe von Euro-Aktien durch schweizerische Aktiengesellschaften?, ST 10/1999, 873–884, *passim*, m.w.H. zur Fremdwährungsdividende.

⁹⁰ HWP (Fn. 15), 233.

⁹¹ Botschaft AR 2016 (Fn. 39), 524.

⁹² Art. 672 Abs. 2 E-OR.

⁹³ Gutsche, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 148.

⁹⁴ HWP (Fn. 15), 227; BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 84; CHK-Lipp (Fn. 3), Art. 959a OR N 54; ausdrücklich auch Art. 725c Abs. 1 Satz 2 E-OR.

⁹⁵ Art. 670 Abs. 1 OR bzw. Art. 725c E-OR.

⁹⁶ So ausdrücklich Art. 725c Abs. 1 E-OR. Ablehnend für das geltende Recht: Böckli (Fn. 60), § 8 N 316 f.

⁹⁷ Art. 670 Abs. 1 OR.

⁹⁸ Art. 670 Abs. 2 OR.

⁹⁹ Art. 959c Abs. 1 Ziff. 3 OR. BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671b N 1.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 801 OR.

¹⁰¹ Vgl. Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 8), § 25 N 175.

¹⁰² Vgl. Art. 820 E-OR.

Die Aufwertungsreserve kann nur durch Umwandlung in Aktienkapital sowie durch Wiederabschreibung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven aufgelöst werden,¹⁰³ d.h., sie ist umfassend geschützt. Aus diesem Grund ist die Aufwertungsreserve gesondert auszuweisen.¹⁰⁴

Ein Teil der Lehre fordert, dass der Aufwertungsbeitrag für jeden Aufwertungsgegenstand gesondert auszuweisen sei.¹⁰⁵ Nach der hier vertretenen Meinung ist die Aufwertungsreserve nicht detaillierter zu gliedern als der Ausweis des entsprechenden Vermögenswerts. Da Beteiligungen und Grundstücke separat zu bilanzieren sind,¹⁰⁶ sollten auch die entsprechenden Aufwertungsreserven separat ausgewiesen werden. Zudem ist der Betrag und der Gegenstand von Aufwertungen im Anhang anzugeben, obwohl die entsprechende Gesetzesbestimmung¹⁰⁷ mit Einführung des neuen Rechnungslegungsrechts aufgehoben worden ist.¹⁰⁸ Dies ist ebenfalls auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführen, da die Aufwertung gemäss Art. 670 OR eigentlich hätte abgeschafft werden sollen. Es ist nicht vorgesehen, diesen Fehler in der Aktienrechtsrevision zu korrigieren.

Die Aufwertung nach Art. 670 OR kann erfolgsneutral durchgeführt und direkt in der Bilanz gebucht werden.¹⁰⁹ Möglich ist auch eine ergebnisneutrale Erfassung in der Erfolgsrechnung.¹¹⁰ Das Gleiche gilt bei der Auflösung der Aufwertungsreserve durch Wiederabschreibung.¹¹¹

c) Schwankungsreserve

Rein terminologisch könnte auch die Schwankungsreserve nach Art. 960b Abs. 2 OR als Neubewertungsreserve verstanden werden. Diese Auffassung wird

jedoch nur vereinzelt vertreten.¹¹² Vorherrschend ist die Meinung, dass die Bildung der Schwankungsreserve eine Wertberichtigung¹¹³ und deshalb beim entsprechenden Aktivum auszuweisen sei.¹¹⁴ Wieder andere Autoren vertreten die Ansicht, sie sei unter dem Fremdkapital auszuweisen.¹¹⁵

Die Frage, ob die Schwankungsreserve im Eigenkapital ausgewiesen wird oder nicht, ist unter anderem relevant für die Berechnung von Finanzkennzahlen oder die Bestimmung des ausschüttbaren Eigenkapitals. Selbst wenn die Schwankungsreserve entgegen der herrschenden Meinung als Reserve gebucht würde, ist wohl davon auszugehen, dass diese Reserve gleich geschützt ist wie die Aufwertungsreserve nach Art. 671b OR.

IV. Freiwillige Gewinnreserven oder kumulierte Verluste

1. Allgemeines

Als nächste Bilanzposition sind «freiwillige Gewinnreserven oder kumulierte Verluste als Minusposten» auszuweisen.¹¹⁶ Zu dieser Bilanzposition gehören die statutarischen und beschlussmässigen Reserven, der Gewinnvortrag und der Jahresgewinn sowie der Verlustvortrag und der Jahresverlust. In der geplanten Aktienrechtsrevision ist vorgesehen, unter diesem Titel nur noch die statutarischen und beschlussmässigen Reserven auszuweisen.¹¹⁷ Gewinn- und Verlustvortrag sowie Jahresgewinn und -verlust sollen separat bilanziert werden müssen.¹¹⁸

¹⁰³ Art. 671b OR.

¹⁰⁴ BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671b N 3.

¹⁰⁵ BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671b N 3; HWP (Fn. 15), 298.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 lit. b und c OR.

¹⁰⁷ Art. 663b Ziff. 9 aOR.

¹⁰⁸ HWP (Fn. 15), 298.

¹⁰⁹ HWP (Fn. 15), 304; Toma (Fn. 15), 158 f.

¹¹⁰ HWP (Fn. 15), 304.

¹¹¹ HWP (Fn. 15), 305; Toma (Fn. 15), 166. A.M. BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671b N 8, wonach das Aktivum über die Erfolgsrechnung abzuschreiben, die Aufwertungsreserve hingegen innerhalb der Reserven umzubuchen ist.

¹¹² Handschin (Fn. 3), N 615; Dekker, OFK-Aktienrecht (Fn. 15), Art. 960b N 13.

¹¹³ Vgl. den Wortlaut von Art. 960b Abs. 2 Satz 2 OR («Solche Wertberichtigungen...»).

¹¹⁴ HWP (Fn. 15), 205; Hüttche, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 960b OR N 30; Böckli (Fn. 3), N 386; Eberle/Buchmann, OFK-OR (Fn. 27), Art. 960b N 5; Toma (Fn. 15), 213.

¹¹⁵ CHK-Lipp (Fn. 3), Art. 959a OR N 63a und Art. 960b OR N 39.

¹¹⁶ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. d OR.

¹¹⁷ Art. 673 E-OR.

¹¹⁸ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. f und g E-OR.

2. Statutarische und beschlussmässige Reserven

Vom Wortlaut her fallen unter die freiwilligen Gewinnreserven vorab die statutarischen und die beschlussmässigen Reserven.

Die gesetzliche Grundlage zur Bildung von statutarischen Reserven findet sich in Art. 672 Abs. 2 OR. Danach können die Statuten die Anlage weiterer Reserven vorsehen und deren Zweckbestimmung und Verwendung festsetzen. Ein besonderer Fall von statutarischen Reserven sind die «Reserven zur Gründung und Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen für Arbeitnehmer».¹¹⁹ Die Pflicht zur Bildung von statutarischen Reserven reduziert den für Dividendenausschüttungen verfügbaren Betrag.¹²⁰ In der Praxis kommen statutarische Reserven selten vor.

Die Statuten können auch anordnen, dass der allgemeinen Reserve mehr als fünf Prozent des Jahresgewinns zuzuweisen sind und dass die Reserve mehr als die vom Gesetz vorgeschriebenen 20 Prozent des einbezahlten Aktienkapitals betragen muss.¹²¹ In diesem Fall wird die gesetzliche allgemeine Gewinnreserve einfach schneller geäufnet. Sollte gar die Schwelle für deren Schutz von 50 Prozent des Aktienkapitals – bzw. bei Holdinggesellschaften 20 Prozent des einbezahlten Aktienkapitals – angehoben werden, dann wird im entsprechenden überschüssenden Betrag eine statutarische Reserve gebildet. Es ist davon auszugehen, dass ohne gegenteilige statutarische Anordnung die Verwendung dieser Reserve gleich ist wie bei der allgemeinen Reserve.

Schliesslich kann die Generalversammlung spontan weitere Reserven beschliessen, (i) soweit dies zu Wiederbeschaffungszwecken notwendig ist,¹²² (ii) wenn die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder auf die Ausrichtung einer möglichst gleichmässigen Dividende es unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre rechtfertigt¹²³ oder (iii) zur Gründung und Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen für Arbeitnehmer des Unternehmens und zu anderen Wohlfahrtszwecken.¹²⁴ Die Generalversammlung hat damit weitreichende

Kompetenzen, solche Reserven zu beschliessen. Sie kommen in der Praxis z.B. unter dem Titel Spezialreserve, Dividendenausgleichsreserve, Baureserve oder freie Reserve vor.¹²⁵ Diese können von der Generalversammlung auch jederzeit wieder aufgelöst und z.B. als Dividende ausgeschüttet werden.¹²⁶

In der Aktienrechtsrevision ist vorgesehen, dass statutarische und beschlussmässige Reserven nur noch gebildet werden dürfen, wenn das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre dies rechtfertigt.¹²⁷ Dies dürfte faktisch nicht zu einer wesentlichen Einschränkung der Zulässigkeit solcher Reservebildungen führen.

3. Gewinnvortrag und Jahresgewinn

Bei Weitem die wichtigsten Positionen unter den freiwilligen Gewinnreserven sind der Gewinnvortrag und der Jahresgewinn.

Beim Gewinnvortrag handelt es sich um Gewinne der Vorjahre, soweit diese nicht einer Reserve zugewiesen oder als Dividende ausgeschüttet worden sind. Die Generalversammlung beschliesst in diesem Fall, den entsprechenden Betrag des Jahresgewinns «auf neue Rechnung vorzutragen».¹²⁸

Während der Gewinnvortrag ohne Weiteres als beschlussmässige Reserve betrachtet werden kann, ist der Jahresgewinn unter dieser Rubrik aufzuführen, weil er im geltenden Recht sonst nirgends vorgehen ist.

Sowohl der Gewinnvortrag als auch der Jahresgewinn sind gesellschaftsrechtlich bedeutsam, weil sie für die Bestimmung des für Dividendenausschüttungen verfügbaren Betrags massgebend sind. Der Jahresgewinn sollte zudem separat ausgewiesen werden, weil davon unter Umständen noch ein Teil der allgemeinen gesetzlichen Gewinnreserve zuzuweisen ist.¹²⁹ Zudem könnte der Jahresgewinn ohne separaten Ausweis nur der Erfolgsrechnung entnom-

¹¹⁹ Art. 673 OR.

¹²⁰ *CHK-Lipp* (Fn. 3), Art. 959a OR N 63.

¹²¹ Art. 672 Abs 1 OR.

¹²² Art. 674 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

¹²³ Art. 674 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

¹²⁴ Art. 674 Abs. 3 OR.

¹²⁵ HWP (Fn. 15), 236.

¹²⁶ *Gutsche*, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 155.

¹²⁷ Art. 673 Abs. 2 E-OR.

¹²⁸ Vgl. dazu *Toma* (Fn. 15), 115.

¹²⁹ Art. 671 Abs. 1 OR. Vgl. vorne III.2.a).

men werden. Aus all diesen Gründen sind beide Positionen in der Bilanz separat auszuweisen.¹³⁰

Wie bereits erwähnt, ist in der Aktienrechtsrevision vorgesehen, dass der Gewinnvortrag und der Jahresgewinn separat auszuweisen sind, und zwar als zweitletzte bzw. letzte Positionen im Eigenkapital.¹³¹

4. Verlustvortrag und Jahresverlust

Leider lassen sich Jahresverluste nicht immer vermeiden. Diese sind in der Bilanz ebenfalls separat auszuweisen. Seit Einführung des neuen Rechnungslegungsrechts sind Jahresverluste als Minusposten im Eigenkapital abzubilden und dürfen nicht mehr unter den Aktiven aufgeführt werden.¹³² Dies entspricht der gängigen Praxis bei anerkannten Standards zur Rechnungslegung.¹³³

Werden Jahresverluste nicht mit Reserven verrechnet, dann können sie auf die neue Rechnung vortragen werden.¹³⁴ Damit wird im Folgejahr ein sog. Verlustvortrag – oder «kumulierte Verluste» gemäss Terminologie des neuen Rechnungslegungsrechts – gebildet.

Ein Jahresverlust kann mit Reserven verrechnet werden. In der anstehenden Aktienrechtsrevision ist die Reihenfolge der Gegenpositionen, mit denen Verluste zu verrechnen sind, detailliert vorgegeben.¹³⁵ Unter geltendem Recht trifft diese Reihenfolge nur insoweit zu, als Verluste zuerst mit freiwilligen Reserven und erst dann mit gesetzlichen Reserven zu verrechnen sind.¹³⁶ Eine Kaskade innerhalb der allgemeinen Reserve kann dem geltenden Recht hingegen

nicht entnommen werden;¹³⁷ aus steuerlichen Überlegungen wird in der Regel zuletzt mit der gesetzlichen Kapitaleinlagereserve verrechnet, weil diese damit definitiv aufgebraucht würde und nicht mehr für steuerfreie Ausschüttungen zu Verfügung stünde. Gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung darf hingegen ein Verlustvortrag nicht mit der Reserve für eigene Aktien oder der Aufwertungsreserve verrechnet werden. Allerdings könnte die Aufwertungsreserve in Aktienkapital umgewandelt werden,¹³⁸ das anschliessend mittels deklaratorischer Kapitalherabsetzung gegen den Verlustvortrag ausgebucht wird.¹³⁹

Auch die kumulierten Verluste sind als Minusposten im Eigenkapital auszuweisen.¹⁴⁰

5. Bilanzgewinn

Wie einleitend erwähnt, ist der Ausweis des Eigenkapitals bei Kapitalgesellschaften unter anderem für die Bestimmung des als Dividende ausschüttbaren Betrags massgebend. Gemäss Art. 675 OR dürfen Dividenden «nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden».¹⁴¹ Interessanterweise kommt der Begriff «Bilanzgewinn» nur noch in dieser gesellschaftsrechtlichen Bestimmung vor. Anders als im alten Rechnungslegungsrecht findet er sich im neuen Rechnungslegungsrecht nicht mehr,¹⁴² d.h., es gibt keine Bilanzposition «Bilanzgewinn».¹⁴³

Beim Bilanzgewinn handelt es sich um die beiden Bilanzpositionen «Jahresgewinn» und «Gewinnvortrag».¹⁴⁴ Dieser Bilanzgewinn darf jedoch nicht ohne Weiteres als Dividende ausgeschüttet werden.

¹³⁰ BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 89; *Gutsche*, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 156.

¹³¹ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. f und g E-OR.

¹³² *Dekker*, OFK-Aktienrecht (Fn. 15), Art. 959a OR N 99.

¹³³ Vgl. 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. Dezember 2007, BBI 2008 1589–1750 (zit. Botschaft AR 2007), 1599, mit allgemeinen Hinweisen zur Weiterentwicklung und Anpassung des neuen OR-Rechts an die anerkannten Standards zur Rechnungslegung.

¹³⁴ Vgl. Art. 674 Abs. 2 E-OR.

¹³⁵ Art. 674 Abs. 1 E-OR.

¹³⁶ Gl.M. wohl HWP (Fn. 15), 229; *Eberle/Buchmann*, OFK-OR (Fn. 27), Art. 959a N 23; *Toma* (Fn. 15), 79.

¹³⁷ Anders offenbar *Eberle/Buchmann*, OFK-OR (Fn. 27), Art. 959a N 23.

¹³⁸ Art. 671b OR; vgl. vorne III.3.b).

¹³⁹ Art. 735 OR.

¹⁴⁰ So ausdrücklich Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. d OR.

¹⁴¹ Die herrschende Lehre und Praxis sind sich einig, dass nicht nur die für Dividendenausschüttungen gebildeten Reserven, sondern grundsätzlich die frei verfügbaren Reserven als Dividende ausgeschüttet werden dürfen; vgl. dazu BSK OR II-Vogt (Fn. 9), Art. 675 N 15; *CHK-Schmid* (Fn. 3), Art. 675 OR N 5; *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 8), § 8 N 34; *Oser/Vogt* (Fn. 49), 15; *Handschin* (Fn. 3), N 901. A.M. bezüglich Agio: *Böckli* (Fn. 60), § 12 N 526.

¹⁴² Anders noch in Art. 663a Abs. 3 aOR.

¹⁴³ BSK OR II-Vogt (Fn. 9), Art. 675 N 14; *Böckli* (Fn. 3), N 440.

¹⁴⁴ BSK OR II-Vogt (Fn. 9), Art. 675 N 14; *Böckli* (Fn. 3), N 441. Vgl. dazu vorne IV.3.

Vielmehr sind vorab ein etwaiger Jahresverlust und kumulierte Verluste¹⁴⁵ mit dem Bilanzgewinn zu verrechnen.¹⁴⁶ Sodann ist der Bilanzgewinn um eine etwaige Bilanzposition «eigene Kapitalanteile»¹⁴⁷ zu reduzieren,¹⁴⁸ soweit der entsprechende Betrag nicht anderweitig durch freie Reserven gedeckt ist. Nur ein verbleibender positiver Betrag gilt als eigentlicher Bilanzgewinn, der als Dividende ausgeschüttet werden darf. Davon ist aber vor einer Dividendenausschüttung unter Umständen noch ein gewisser Anteil der allgemeinen Reserve zuzuweisen.¹⁴⁹

V. Eigene Kapitalanteile

1. Direkt gehaltene eigene Kapitalanteile

a) Allgemeines

Als letzte Position des Eigenkapitals sind etwaige eigene Kapitalanteile als Minusposten aufzuführen.¹⁵⁰ Bei dieser Bestimmung geht es um die Frage, wie Aktien, Partizipationsscheine und Stammanteile, welche die Gesellschaft von ihren Gesellschaftern erworben hat, in der Bilanz auszuweisen sind.

Nach der herrschenden Lehre fällt auch der Erwerb von Genussscheinen unter diese Vorschrift.¹⁵¹ Dies dürfte allerdings nur der Fall sein, wenn die Genussscheine einen Anspruch auf den Bilanzgewinn oder das Liquidationsergebnis¹⁵² vermitteln.

Zu beachten ist, dass eigene Kapitalanteile nicht nur in der Bilanz auszuweisen sind, sondern dass zu deren Erwerb und Veräusserung auch noch Angaben

im Anhang erforderlich sind.¹⁵³ Im vorliegenden Kontext wird nicht auf diese Bestimmungen eingegangen. Ebenso wenig werden die handelsrechtlichen Voraussetzungen und Folgen¹⁵⁴ sowie die steuerlichen Aspekte eines solchen Erwerbs erläutert.

b) Bildung eines Minuspostens

Während im bisherigen Recht eigene Anteile aktiviert worden sind und gleichzeitig eine Reserve für eigene Aktien zu bilden war,¹⁵⁵ muss nach geltendem Recht ein dem Erwerbspreis entsprechender Minusposten¹⁵⁶ im Eigenkapital ausgewiesen werden.¹⁵⁷ Daraus folgt zwangsläufig, dass eigene Kapitalanteile nicht mehr aktiviert werden dürfen.¹⁵⁸ Dies gilt auch bei börsenkotierten Gesellschaften, die eigene Aktien im Handelsbestand haben.¹⁵⁹ Eine Aktivierung wird nur dann als zulässig erachtet, wenn ein verbindlicher Vertrag über den Verkauf dieser eigenen Anteile besteht.¹⁶⁰

Zweck dieser Bilanzierungsmethode ist es, den Erwerb eigener Anteile als Mittelrückfluss an die Gesellschafter darzustellen.¹⁶¹ Da das für den Erwerb benötigte freie Eigenkapital nicht unmittelbar ausgebucht wird, sondern nur der entsprechende Minusposten zu bilanzieren ist, wird zwar bis zur Wiederveräusserung oder Vernichtung der entsprechenden Titel transparent dargestellt, dass ein Mittelrückfluss an die Gesellschafter stattgefunden hat. Gleichzeitig werden aber der Bilanzgewinn und die Reserven zu hoch ausgewiesen, weshalb bei der Eruiierung des

¹⁴⁵ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. d OR. Vgl. dazu vorne III.3.a)bb). HWP (Fn. 15), 232.

¹⁴⁶ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR.

¹⁴⁷ *Handschin* (Fn. 3), N 919. *CHK-Lipp* (Fn. 3), Art. 959a OR N 58a.

¹⁴⁸ Vgl. vorne III.2.a).

¹⁴⁹ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR.

¹⁵⁰ HWP (Fn. 15), 241. Vgl. auch *Handschin Lukas*, in: *Handschin* (Hrsg.), *Zürcher Kommentar Obligationenrecht*, Art. 620–659b OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. *ZK-Bearbeiter*), Art. 659–659b OR N 38 f., wonach die Anwendung auf Genussscheine auf die Fälle zu beschränken ist, wo der an den Gesellschafter ausbezahlte Betrag über dem objektiven Wert des Verzehrs für die Gesellschaft zu liegen kommt. Generell ablehnend *ders.* aber in: *Handschin* (Fn. 3), N 911.

¹⁵¹ Vgl. Art. 657 Abs. 2 OR.

¹⁵² Art. 959c Abs. 2 Ziff. 5 OR.

¹⁵³ Vgl. dazu Art. 659 f. OR für die Aktiengesellschaft bzw. Art. 783 OR für die GmbH.

¹⁵⁴ Art. 659a Abs. 2 i.V.m. Art. 671a OR.

¹⁵⁵ Zur Terminologie des Minuspostens vgl. *Handschin* (Fn. 3), N 920a.

¹⁵⁶ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR. Vgl. auch Art. 659a Abs. 4 E-OR.

¹⁵⁷ *Gl.M. Handschin* (Fn. 3), N 912a; BSK OR II-*Neuhaus/Gerber* (Fn. 9), Art. 959a N 85; *CHK-Lipp* (Fn. 3), Art. 959a OR N 56; BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 9), Art. 659a N 8b; *Böckli* (Fn. 3), N 481–483; *Toma* (Fn. 15), 124. A.M. *Chapuis Benjamin*, *Actions propres: Réserve...ou pas? Un avis personnel*, ST 8/2013, 490–491, *passim*, wonach die Reserve für eigene Aktien immer noch zu bilden ist.

¹⁵⁸ *Handschin* (Fn. 3), N 913.

¹⁵⁹ *Handschin* (Fn. 3), N 914.

¹⁶⁰ *Botschaft AR 2007* (Fn. 133), 1706.

freien Eigenkapitals der Betrag des Minuspostens abzuziehen ist.¹⁶²

Weil das Rechnungslegungsrecht in der parlamentarischen Beratung von der damaligen Aktienrechtsrevision abgespalten worden ist, wurde die Pflicht zur Bildung einer Reserve für eigene Aktien beim Erwerb eigener Anteile beibehalten.¹⁶³ Nach absolut herrschender Auffassung hat diese Bestimmung beim direkten Erwerb eigener Anteile aber keine Bedeutung mehr.¹⁶⁴ In der anstehenden Aktienrechtsrevision soll denn auch einerseits Art. 671a OR gestrichen und andererseits klargestellt werden, dass die Gesellschaft einen dem Anschaffungswert entsprechenden Betrag als Minusposten des Eigenkapitals darzustellen hat.¹⁶⁵ Nur eine Minderheitsmeinung plädiert dafür, dass die Reserve für eigene Aktien immer noch zu bilden sei und so das für den Erwerb verwendete freie Eigenkapital ausgeschieden und gesperrt werde.¹⁶⁶ Diesem Vorschlag ist zugute zu halten, dass er zur Transparenz beitragen würde.¹⁶⁷

Aus steuerlicher Sicht kann es notwendig sein, beim Minusposten klar darzulegen, dass er gegen die Reserven aus Kapitaleinlage gebucht wird.¹⁶⁸

Der als Minusposten zu verbuchende Wert entspricht dem Anschaffungswert der eigenen Anteile.¹⁶⁹ Anders als unter bisherigem Recht findet während der Haltedauer keine Wertberichtigung der Anteile statt.¹⁷⁰

c) Auflösung des Minuspostens

Die Bilanzposition «Eigene Kapitalanteile» muss wieder aufgelöst werden, wenn die Anteile veräussert oder vernichtet werden.¹⁷¹ Dies entspricht der bisherigen Regelung der Auflösung der Reserve für eigene Aktien.¹⁷² Dabei sind insbesondere folgende Szenarien denkbar:

Bei einem Verkauf eigener Kapitalanteile ist die Minusposition im Betrag des Anschaffungswerts der wiederveräusserten eigenen Kapitalanteile aufzulösen. Sofern nicht sämtliche eigenen Anteile veräussert werden und nicht alle eigenen Anteile zum gleichen Preis erworben worden sind, ist zu bestimmen, welchen Anschaffungswert die veräusserten Anteile hatten. In der Regel wird aus steuerlichen Überlegungen die *first in, first out*-Methode gewählt, d.h., es wird auf den Preis der zuerst erworbenen Anteile abgestellt.¹⁷³ Denkbar ist aber auch, dass die Anteile individualisiert sind und deshalb bestimmt werden kann, zu welchem Preis sie erworben worden sind, oder dass ein gewichteter Durchschnittswert oder die *last in, first out*-Methode gewählt wird.¹⁷⁴

Wenn der Wiederverkaufspreis nicht dem Anschaffungswert der Anteile entspricht, stellt sich die Frage, wie mit der Differenz umzugehen ist. Grundsätzlich ist es zulässig, den Differenzbetrag direkt über das Eigenkapital zu buchen, d.h., weder einen Gewinn noch einen Verlust in der Erfolgsrechnung auszuweisen.¹⁷⁵ Ebenfalls zulässig ist aber eine erfolgswirksame Erfassung dieser Vorgänge.¹⁷⁶ Wesentlich ist, dass die gewählte Methode stetig angewendet wird.¹⁷⁷

Wie bereits erwähnt, wird in der Rechnungslegung der Erwerb eigener Anteile als Mittelrückfluss

¹⁶² Vgl. vorne IV.5.

¹⁶³ Vgl. Art. 659a Abs. 2 i.V.m. Art. 671a OR.

¹⁶⁴ BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 9), Art. 659a N 8a; Böckli (Fn. 3), N 437 und 478; Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 8), § 8 N 47; Eberle/Buchmann, OFK-OR (Fn. 27), Art. 959a N 24; von der Crone Hans Caspar., Aktienrecht, Bern 2014, § 9 N 14. Zum indirekten Erwerb vgl. unten V.2.

¹⁶⁵ Art. 659a Abs. 4 E-OR.

¹⁶⁶ So z.B. Toma (Fn. 15), 132–134.

¹⁶⁷ Vgl. die Kritik am Minusposten bei Glanzmann (Fn. 5), 269 f.

¹⁶⁸ EXPERTsuisse, Ausgewählte Fragen und Antworten zum neuen Rechnungslegungsrecht, 10. Oktober 2016, abrufbar unter: <http://www.expertsuisse.ch/mm/Q-A_Neues_Rechnungslegungsrecht_10-2016-DE_1.pdf>, zuletzt abgerufen am 17. März 2017, 24 f.

¹⁶⁹ HWP (Fn. 15), 244. So ausdrücklich Art. 659a Abs. 4 E-OR.

¹⁷⁰ HWP (Fn. 15), 244; BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 91; Toma (Fn. 15), 124 f.

¹⁷¹ HWP (Fn. 15), 244; Handschin (Fn. 3), N 923. Vgl. auch Art. 671a OR für die Reserve für eigene Aktien.

¹⁷² Vgl. Art. 671a OR.

¹⁷³ HWP (Fn. 15), 244; BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 92.

¹⁷⁴ HWP (Fn. 15), 244; BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 92.

¹⁷⁵ HWP (Fn. 15), 244; Gutsche, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 166; BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 91; Handschin (Fn. 3), N 923.

¹⁷⁶ HWP (Fn. 15), 244; Eberle/Buchmann, OFK-OR (Fn. 27), Art. 959a N 26; Gutsche, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 166; BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 91.

¹⁷⁷ HWP (Fn. 15), 244; BSK OR II-Neuhaus/Gerber (Fn. 9), Art. 959a N 91.

an die Gesellschafter aufgefasst.¹⁷⁸ In diesem System ist es konsequent, wenn ein bei einer Wiederveräusserung resultierender Überschuss als Einlage behandelt und der allgemeinen gesetzlichen Kapitalreserve gutgeschrieben wird.¹⁷⁹ Ein Fehlbetrag ist nach herrschender Auffassung der gesetzlichen Kapitalreserve zu belasten.¹⁸⁰ Da eigene Anteile nur aus freiem Eigenkapital erworben werden dürfen, ist ein Fehlbetrag nach der hier vertretenen Meinung wie eine Ausschüttung zu behandeln und auch den freien Reserven zu belasten.¹⁸¹

Werden eigene Kapitalanteile vernichtet, dann muss das Grundkapital entsprechend herabgesetzt werden. Gleichzeitig ist die Minusposition für eigene Kapitalanteile im Betrag des Anschaffungswerts der vernichteten Anteile zu reduzieren.¹⁸² Da es sich in diesem Fall um eine formelle Kapitalherabsetzung handelt, darf der Differenzbetrag zur Nennwertreduktion der allgemeinen gesetzlichen Kapitalreserve belastet werden.¹⁸³

Erfolgt während der Haltezeit der eigenen Anteile eine Nennwertrückzahlung auf den eigenen Anteilen, dann muss ebenfalls das Grundkapital entsprechend reduziert werden. Als Folge ist zusammen mit dem Grundkapital auch der Minusposten für die eigenen Kapitalanteile zu reduzieren.¹⁸⁴

2. Indirekt gehaltene eigene Kapitalanteile

a) Problemstellung

Besondere Probleme stellen sich, wenn eine Tochtergesellschaft Kapitalanteile der Muttergesellschaft erwirbt. Dabei ist zwischen der Sicht der Muttergesellschaft und jener der Tochtergesellschaft zu unterscheiden:

Der Muttergesellschaft wird auch bei einem indirekten Erwerb eigener Anteile potenziell Haftungssubstrat entzogen, und es findet ebenfalls ein Mittel-

abfluss an die Gesellschafter der Muttergesellschaft statt. Wenn die Tochtergesellschaft eigene Gläubiger hat, dann können die Gläubiger der Muttergesellschaft sogar noch schlechter gestellt sein als bei einem direkten Erwerb, weil die von der Tochter erworbenen Anteile zuerst den Gläubigern der Tochtergesellschaft als Haftungssubstrat dienen; die Gläubiger der Muttergesellschaft sind gegenüber den Gläubigern der Tochtergesellschaft strukturell subordiniert.

Für die Tochtergesellschaft hat der Erwerb von Anteilen der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft immer dann die gleiche Wirkung wie ein Erwerb eigener Anteile der Tochtergesellschaft, wenn die Muttergesellschaft 100 Prozent der Tochtergesellschaft hält und weder weitere Aktiven noch Gläubiger hat. Verfügt die Muttergesellschaft hingegen noch über weitere Aktiven, dann können die Anteile der Muttergesellschaft für die Gläubiger der Tochtergesellschaft einen grösseren Wert haben als nur der Wert der Tochtergesellschaft selber. Andererseits sind bei der Bewertung der Anteile der Muttergesellschaft aber auch etwaige Gläubiger der Muttergesellschaft zu berücksichtigen; damit kann der Wert der Anteile der Muttergesellschaft sogar tiefer sein als der Wert der Tochtergesellschaft selber.

Das Gesetz regelt den indirekten Erwerb von eigenen Anteilen in Art. 659b OR. Danach gelten für den Erwerb von Anteilen der Muttergesellschaft durch eine Tochtergesellschaft, an der die Muttergesellschaft mehrheitlich beteiligt ist, die gleichen Einschränkungen und Folgen wie für den Erwerb eigener Anteile.¹⁸⁵ Zudem muss die Muttergesellschaft eine Reserve für eigene Aktien bilden.¹⁸⁶ Da diese Normen noch nicht an das neue Rechnungslegungsrecht angepasst worden sind, stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist.

b) Behandlung auf Stufe Tochtergesellschaft

Wie soeben erwähnt, gelten für den Erwerb von Anteilen der Muttergesellschaft die gleichen Einschränkungen und Folgen wie für den Erwerb eigener Anteile.¹⁸⁷ Diese Bestimmung soll auch ins neue Aktienrecht übernommen werden.¹⁸⁸

¹⁷⁸ Vgl. vorne V.1.b).

¹⁷⁹ *Gutsche*, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 166; *Handschin* (Fn. 3), N 923.

¹⁸⁰ *Handschin* (Fn. 3), N 923.

¹⁸¹ Vgl. dazu *Gutsche*, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 166, wonach aber eine Verrechnung mit den gesetzlichen Gewinnreserven oder eine erfolgswirksame Erfassung ebenso zulässig seien. So auch BSK OR II-*Neuhaus/Gerber* (Fn. 9), Art. 959a N 91.

¹⁸² *Handschin* (Fn. 3), N 924.

¹⁸³ HWP (Fn. 15), 244; *Handschin* (Fn. 3), N 924.

¹⁸⁴ HWP (Fn. 15), 244.

¹⁸⁵ Art. 659b Abs. 1 OR.

¹⁸⁶ Art. 659b Abs. 3 OR.

¹⁸⁷ Art. 659b Abs. 1 OR.

¹⁸⁸ Art. 659b Abs. 1 E-OR.

Als eine Folge des Erwerbs sind unter anderem die auf die eigenen Anteile anwendbaren Bilanzierungsregeln zu verstehen. Deswegen kann Art. 659b Abs. 1 OR dahingehend interpretiert werden, dass die Tochtergesellschaft eine dem Erwerbspreis entsprechende Minusposition ins Eigenkapital zu buchen hat und die eigenen Anteile nicht aktivieren darf.¹⁸⁹ Dies entspricht zwar nicht der herrschenden Meinung, ist aber nach der hier vertretenen Auffassung die adäquate Rechtsfolge und zwar aus folgenden Überlegungen:

Beim indirekten Erwerb eigener Anteile fliessen ebenfalls Mittel aus der Tochtergesellschaft an die (indirekten) Gesellschafter ab, wobei diese Mittel danach den Gläubigern der Tochtergesellschaft nicht mehr als Haftungssubstrat zur Verfügung stehen. Für die Gläubiger der Tochtergesellschaft dürfte es oft das gleiche Resultat zeitigen, ob Mittel für den Erwerb eigener Anteile an die Muttergesellschaft oder für den Erwerb von Anteilen der Muttergesellschaft an deren Gesellschafter fliessen. In beiden Fällen besteht nämlich das Risiko, dass die Gesellschaft einen *Nonvaleur* erwirbt; es wurde bereits aufgezeigt, dass es stark von der konkreten Situation abhängt, ob die Anteile an der Muttergesellschaft für die Gläubiger einen den Wert der Tochtergesellschaft übersteigenden Wert haben oder der Wert der Anteile sogar noch kleiner ist als der Wert der Tochtergesellschaft.¹⁹⁰ Zudem besteht auch bei einem solchen Erwerb regelmässig ein grosses Potenzial von Interessenkonflikten, da dieser meist nur auf Geheiss der Muttergesellschaft vorgenommen werden dürfte und deshalb möglicherweise nicht im Interesse der Tochtergesellschaft liegt. Aus diesen Gründen ist es nicht falsch, der Tochtergesellschaft die Aktivierung der Anteile der Muttergesellschaft zu verwehren.¹⁹¹ Dies gilt umso

mehr, als das Gesetz auch sonst restriktiv ist, wenn es um die Aktivierungsfähigkeit von Vermögenswerten geht.¹⁹² Konsequenterweise muss die Tochtergesellschaft auch über freies Eigenkapital verfügen, um die Anteile der Muttergesellschaft zu erwerben. Obwohl diese Auffassung ohne Weiteres vom Wortlaut von Art. 659b Abs. 1 OR gedeckt ist,¹⁹³ wird sie nur von einer Minderheit geteilt,¹⁹⁴ da in der Botschaft zur heutigen Gesetzesnorm ausdrücklich nur auf Stufe der Muttergesellschaft frei verfügbares Eigenkapital verlangt wurde.¹⁹⁵

Im geltenden Recht ist die Bestimmung von Art. 659b OR nur anzuwenden, wenn die Muttergesellschaft mehrheitlich an der Tochtergesellschaft beteiligt ist. In der Literatur ist umstritten, ob bei der Mehrheitsbeteiligung auf die stimm- oder kapitalmässige Beteiligung abzustellen ist.¹⁹⁶ Im Rahmen der Aktienrechtsrevision soll die Bestimmung dahingehend geändert werden, dass darauf abgestellt wird, ob die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft im Sinne der Konsolidierungspflicht nach Art. 963 OR kontrolliert.¹⁹⁷

Erläuternder Bericht), 96. A.M. Böckli (Fn. 3), N 486 und Gutsche, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 959a OR N 162, wonach die Anteile der Muttergesellschaft bei der Tochtergesellschaft aktiviert werden können. Ebenso und explizit gegen eine Sperrung des freien Eigenkapitals bei der Tochtergesellschaft: BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 9), Art. 659b N 9.

¹⁹² Vgl. Art. 959 Abs. 2 OR.

¹⁹³ Danach «... gelten für den Erwerb ihrer Aktien durch diese Tochtergesellschaften die gleichen Einschränkungen und Folgen wie für den Erwerb eigener Aktien».

¹⁹⁴ *Amstutz/Marti Adjì*, OFK-OR (Fn. 27), Art. 659b N 16; Erläuternder Bericht (Fn. 191), 95. A.M. insbesondere BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 9), Art. 659a N 7; Böckli (Fn. 60), § 4 N 329; *CR-Trigo Trindade* (Fn. 75), Art. 659b OR N 24 und wohl auch HWP (Fn. 15), 241.

¹⁹⁵ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBI 1983 II 745–997, 807.

¹⁹⁶ Für Stimmenmehrheit: *ZK-Handschin* (Fn. 151), Art. 659–659b OR N 158; BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 9), Art. 659b N 3; Böckli (Fn. 60), § 4 N 327; *Buchser Michael/Jaussi Thomas*, Zivil- und steuerrechtliche Probleme beim direkten und indirekten Rückkauf eigener Aktien, ASA 10/2001, 619–676, 633. Für Stimmen- oder Kapitalmehrheit: *Giger Ernst*, Der Erwerb eigener Aktien aus aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, Diss., Bern 1995, 115 f.

¹⁹⁷ Art. 659b Abs. 1 E-OR. Vgl. dazu *Glanzmann Lukas*, Der Konzern im neuen Rechnungslegungsrecht, SZW 1/2016, 36–44, 36 f.

¹⁸⁹ Gl.M. *ZK-Handschin* (Fn. 151), Art. 659–659b OR N 168–170; *Handschin Lukas*, Eigene Aktien im Konzern, ST 8/2013, 485–489, 487 sowie Böckli (Fn. 3), N 484, der dies in der Folge jedoch ablehnt und für eine Aktivierung der eigenen Anteile bei der Tochtergesellschaft plädiert (a.a.O., N 486).

¹⁹⁰ Vgl. vorne V.2.a).

¹⁹¹ Gl.M. *ZK-Handschin* (Fn. 151), Art. 659–659b OR N 168–170 und wohl *Amstutz/Marti Adjì*, OFK-OR (Fn. 27), Art. 659b N 21; Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, abrufbar unter: <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-d.pdf>>, zuletzt abgerufen am 17. März 2017 (zit.

Es ist unbestritten, dass die Bestimmung auch in mehrstufigen Konzernen zur Anwendung kommt, d.h. nicht auf das direkte Tochter-/Mutterverhältnis beschränkt ist.¹⁹⁸

c) Behandlung auf Stufe Muttergesellschaft

Eine andere Frage ist, wie der Erwerb eigener Anteile der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft auf Stufe der Muttergesellschaft abzubilden ist. Wie bereits dargelegt, verlangt Art. 659b Abs. 3 OR, dass die Reservebildung der Muttergesellschaft obliegt. Gleichzeitig stipuliert das neue Rechnungslegungsrecht, dass eigene Kapitalanteile als Minusposition zu buchen sind.¹⁹⁹

Eine Buchung als Minusposten kann nur vorgenommen werden, wenn gleichzeitig ein entsprechender Betrag aus den Aktiven ausgebucht oder beim Fremdkapital eingebucht wird. Da bei der Muttergesellschaft aufgrund des Erwerbs keine Mittel abfließen, käme als Gegenbuchung bei Aktiven allenfalls eine Wertberichtigung der Beteiligung an der Tochtergesellschaft infrage.²⁰⁰ Eine solche Wertberichtigung dürfte aber in den meisten Fällen nicht gerechtfertigt sein, weil der Buchwert nicht dem wirklichen Wert der Beteiligung entspricht und deshalb sogar negativ werden könnte, was selbstverständlich nicht zulässig ist.²⁰¹ Sodann muss der Erwerbspreis für die Anteile nicht zwingend der Wertminderung der Beteiligung entsprechen.²⁰² Eine Verbuchung als Fremdkapital scheint ebenfalls nicht angezeigt, da mit dem Erwerb der Anteile durch die Tochtergesellschaft nicht zwangsläufig eine Ausgleichspflicht der Muttergesellschaft entsteht.²⁰³

Aufgrund dieser Überlegungen gehen Lehre und Praxis davon aus, dass die Muttergesellschaft den Erwerbspreis der durch die Tochtergesellschaft erworbenen Anteile nicht als Minusposten ausweisen muss,

sondern immer noch eine Reserve für eigene Aktien gemäss Art. 671a OR zu bilden hat.²⁰⁴ Diese Reservebildung erfolgt durch Umbuchung aus dem Bilanzgewinn oder aus einer anderweitig frei verfügbaren Reserve.²⁰⁵ Diese Reservebildung ist eine direkte Folge des Erwerbs eigener Anteile und bedarf keines Zuweisungsbeschlusses der Generalversammlung.²⁰⁶

Im Rahmen der bevorstehenden Aktienrechtsrevision soll gesetzlich vorgeschrieben werden, dass beim indirekten Erwerb von eigenen Anteilen die Muttergesellschaft den Anschaffungswert als gesetzliche Gewinnreserve auszuweisen hat.²⁰⁷ Da für den Erwerb von eigenen Aktien auch freies Eigenkapital aus den gesetzlichen Kapitalreserven verwendet werden darf, ist es m.E. nicht gerechtfertigt, dass zwingend eine gesetzliche Gewinnreserve zu bilden ist. Vielmehr muss bei einer Verwendung von Kapitaleinlagen eine entsprechende gesetzliche Kapitalreserve ausgedient werden.

Fraglich ist, ob bei einer Beteiligung von unter 100 Prozent die Reservebildung dennoch in vollem Umfang vorzunehmen ist. Während der Wortlaut der Bestimmung dies nahe legt, ist die Muttergesellschaft vom vermeintlichen Mittelabfluss nur in der Höhe ihrer kapitalmässigen Beteiligung betroffen.

Bei einem Erwerb durch eine Enkelgesellschaft muss die Muttergesellschaft ebenfalls eine Reserve für eigene Aktien bilden.²⁰⁸ Offen ist hingegen, ob auch die Zwischengesellschaften eine Reserve für eigene Aktien bilden müssen. Da jede Zwischengesellschaft vom Mittelabfluss in der Tochtergesellschaft ähnlich betroffen ist wie die Muttergesellschaft, gibt es gute Gründe, auch bei Zwischengesellschaften die Bildung einer Reserve für eigene Aktien zu verlangen.

¹⁹⁸ BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 9), Art. 659b N 4.

¹⁹⁹ Vgl. vorne V.1.1.b).

²⁰⁰ So der Art 659b Abs. 2 Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts) vom 28. November 2014 (abrufbar unter: <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vorentwurf-d.pdf>>, zuletzt abgerufen am 17. März 2017).

²⁰¹ CHK-Lipp (Fn. 3), Art. 959a OR N 57.

²⁰² Haas Christian, Eigene Aktien und Kapitalverlust, ST 12/2013, 921–926, 925.

²⁰³ Haas (Fn. 202), 925 f. So aber die Begründung bei Hand-schin (Fn. 189), 488.

²⁰⁴ BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671a N 10a; HWP (Fn. 15), 230 und 243; Gutsche, veb.ch Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 671a OR N 162.

²⁰⁵ HWP (Fn. 15), 243; BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671a N 10.

²⁰⁶ BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 9), Art. 671a N 10.

²⁰⁷ Art. 659b Abs. 2 Satz 2 E-OR.

²⁰⁸ So schon die h.L. zu Art. 659b OR: BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 9), Art. 659b N 4; CHK-Trüeb (Fn. 3), Art. 659b OR N 6.

VI. Schlussbemerkungen

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die vermeintlich umfassende gesetzliche Regelung der Bilanzierung des Eigenkapitals eine Reihe von Mängeln aufweist. Einerseits sind die Normen des Rechnungslegungsrechts nur ungenügend mit den Bestimmungen des Gesellschaftsrechts abgestimmt. Leider wird dies auch mit der bevorstehenden Aktienrechtsrevision nicht gänzlich bereinigt, weshalb z.B. die Bilanz auch in Zukunft keine Position Bilanzgewinn enthalten wird. Andererseits sind die Regelungen auch innerhalb des Rechnungslegungsrechts nicht gänzlich kohärent, wie das Beispiel der Schwankungsreserve

zeigt. Schliesslich ist der ganze Bereich des indirekten Erwerbs eigener Anteile nur unzulänglich geregelt.

Eine umfassende Regelung der Bilanzierung des Eigenkapitals ist nicht nur Selbstzweck, sondern dient gleichermassen dem Gläubigerschutz als auch dem Schutz der Gesellschafter und Organe. Letztlich geht es nämlich darum, ob eine bestimmte Bilanzposition Eigenkapital ist und wie sie geschützt ist. Dies ist, wie einleitend erwähnt, unter anderem relevant für die Beantwortung der Frage, ob und in welcher Höhe eine Dividende ausgeschüttet werden darf oder ob ein Kapitalverlust bzw. eine Überschuldung vorliegt.