



Schweizerische Juristen-Zeitung

RSJ – Revue Suisse de Jurisprudence

LEITARTIKEL
L'ARTICLE DE FOND

755

Das Eigenkapital gemäss neuem Aktienrecht

Prof. Lukas Glanzmann

RECHTSPRECHUNG
LA JURISPRUDENCE

775

Aktuelle bundesgerichtliche
Rechtsprechung
Urteil 2C_222/2021 vom
12. April 2022
Das Verfahren zum Widerruf
einer Niederlassungsbewilligung
gilt mit der Gewährung des
rechtlichen Gehörs als eingeleitet

GESETZGEBUNG
LÉGISLATION

782

Medienförderung soll ausgebaut
werden

BERUFSPRAXIS
LA PAGE DES PRATICIENS

784

Direktübermittlung von
Unterlagen und Informationen
im Rahmen von ausländischen
Zivilverfahren
Dr. Andreas D. Länzlinger und
Martina Athanas

15

15. August 2022

118. Jahrgang

www.sjz.ch

REDAKTION | RÉDACTION

Dr. Omar Abo Youssef
Dr. Pascal Hachem
Prof. Dr. Pascal Pichonnaz
Dr. Meinrad Vetter

Schulthess §

Das Eigenkapital gemäss neuem Aktienrecht

Zusammensetzung, Schutz und Verwendung bei der AG und GmbH



Prof. Dr. iur. Lukas Glanzmann, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich*

I. Eigenkapital als Oberbegriff

Das Eigenkapital ist nicht nur aus ökonomischer, sondern auch aus rechtlicher Sicht eine zentrale Grösse jeder Gesellschaft. Die Höhe und Zusammensetzung des Eigenkapitals bestimmt u.a., ob eine Gesellschaft Dividenden ausschütten darf,¹ einen Kapitalverlust ausweist und deswegen Sanierungsmassnahmen ergreifen muss,² oder gar wegen Überschuldung das Gericht zu benachrichtigen hat.³

Das Eigenkapital ist primär bilanzrechtlich definiert (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 nOR).⁴ Als solches entspricht es der Differenz zwischen den Aktiven (Art. 959 Abs. 2 OR⁵) und dem Fremdkapital (Art. 959 Abs. 4 OR) der Gesell-

Konzeptionell werden die Zusammensetzung, der Schutz und die Verwendung des Eigenkapitals der AG und GmbH mit dem revidierten Aktienrecht 2020 nicht grundlegend geändert. Im Einzelnen sorgt das neue Recht aber für mehr Flexibilität. So kann z.B. das Aktienkapital neu auch in Fremdwährung denominiert sein. Sodann werden ein paar Klarstellungen vorgenommen, wie z.B. die Anpassung der Reservebestimmungen an das Rechnungslegungsrecht oder die Regelung der Zwischendividende. Allerdings ist das neue Recht auch formalistischer, wovon z.B. der neu geschaffene Tatbestand der Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve zeugt.

D'un point de vue conceptuel, la composition, la protection et l'utilisation des capitaux propres de la SA et de la Srl ne sont pas fondamentalement modifiées par le droit révisé de la société anonyme 2020. En détail, le nouveau droit assure toutefois une plus grande flexibilité. Par exemple, le capital-actions peut désormais également être fixé en monnaie étrangère. Ensuite, quelques clarifications sont apportées, comme l'adaptation des dispositions relatives aux réserves au droit comptable ou la réglementation des dividendes intermédiaires. Toutefois, le nouveau droit est également plus formaliste, comme en témoigne par exemple le fait que le remboursement de la réserve légale issue du capital a été nouvellement créé.

* Prof. Dr. iur. Lukas Glanzmann, LL.M. (Harvard), Rechtsanwalt, ist Partner bei Baker McKenzie Zurich in Zürich. Zudem ist er Titularprofessor für Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen und Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister.

Der vorliegende Text basiert auf den Ausführungen des Verfassers in: Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. A., Zürich/Basel/Genf 2021.

Der Autor dankt Herrn Sammy Guidoum, M.A. HSG in Law and Economics, Rechtsanwalt, für die wertvolle Mitarbeit. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter <lukas.glanzmann@bakermckenzie.com> entgegengenommen.

- 1 Art. 675 Abs. 2 OR bzw. Art. 798 nOR (mit «nOR» werden die Normen des neuen Aktienrechts gemäss den Änderungen vom 19. Juni 2020, AS 2020 4005–4076, bezeichnet, die am 1. Januar 2023 in Kraft treten werden, während mit «aOR» all jene Normen bezeichnet werden, die mit dem neuen Aktienrecht ausser Kraft gesetzt werden).
- 2 Art. 725a Abs. 1 bzw. Art. 820 nOR.
- 3 Art. 725b Abs. 1 bzw. Art. 820 nOR.
- 4 Im Gesellschaftsrecht wird der Begriff des Eigenkapitals nur im Zusammenhang mit der Liberierung durch Eigenkapital (Art. 634b Abs. 2, Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6, Art. 652d, Art. 652e Ziff. 3 und Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 nOR bzw. Art. 781 Abs. 5 Ziff. 3 OR), dem Erwerb eigener Aktien bzw. Stammanteile (Art. 659 f. nOR bzw. Art. 783 Abs. 1 OR), Nachschüssen (Art. 795a Abs. 2 Ziff. 3, Art. 795b und Art. 796 Abs. 4 OR) und dem Ausscheiden von Gesellschaftern (Art. 825a Abs. 1–3 OR) verwendet.
- 5 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30. März 1911 (SR 220).

schaft. Damit ist die Bilanzposition «Eigenkapital» eine Residualgrösse, die Schwankungen unterworfen ist.⁶

Das in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital darf nicht grösser sein als der Wert des tatsächlichen Eigenkapitals, was durch die Höchstbewertungsvorschriften bei den Aktiven (Art. 960–960c OR) und das Nennwertprinzip bei den Verbindlichkeiten (Art. 960e Abs. 1 OR) sichergestellt wird. Umgekehrt ist es wegen der Zulässigkeit stiller Reserven rechtens, wenn der Wert des tatsächlichen Eigenkapitals den Betrag des bilanziellen Eigenkapitals übersteigt.⁷

Die Bilanzposition «Eigenkapital» ist nicht nur eine Residualgrösse, sondern auch der Überbegriff diverser anderer Bilanzpositionen. Im Einzelnen werden darunter das Grundkapital, die verschiedenen Reservearten (einschliesslich eines etwaigen Minuspostens für eigene Kapitalanteile und des Gewinn- bzw. Verlustvortrags) sowie der Jahresgewinn oder -verlust zusammengefasst (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 nOR).

Im Folgenden werden die Zusammensetzung, der Schutz und die Verwendung des Eigenkapitals gemäss neuem Aktienrecht 2020 analysiert. Die Ausführungen werden anhand der AG gemacht, gelten aber gleichermassen für die GmbH,⁸ sofern nicht ausdrücklich auf Abweichungen hingewiesen wird. Nicht eingegangen wird auf die Neuerungen bei den Kapitalveränderungen, d.h. die Kapitalherabsetzung, das Kapitalband, den Mindestausgabepreis oder die Abschaffung der Vorschriften über die beabsichtigte Sachübernahme. Ebenfalls nicht berücksichtigt werden die Restriktionen, die Art. 2 Covid-19-SBüG⁹ den Kreditnehmerinnen eines Covid-19-Kredits auferlegt.¹⁰

II. Zusammensetzung des Eigenkapitals

A. Grundkapital

1. Grundkapital als Nominalwert

Der traditionell wichtigste Teil des Eigenkapitals ist das Grundkapital (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. a OR), bei der AG Aktienkapital und bei der GmbH Stammkapital genannt. Bei der AG gehört auch ein etwaiges Partizipationskapital zum Grundkapital (Art. 656a Abs. 2 OR). Das neue Aktienrecht bestimmt in Art. 656b Abs. 3–6 nOR detailliert, wann das Aktien- und das Partizipationskapital zu addieren oder separat zu behandeln sind.¹¹

Das Grundkapital entspricht dem kumulierten Nennwert der ausgegebenen Anteile, d.h. der Aktien und der Partizipationsscheine oder der Stammanteile. Der Minimalbetrag des Grundkapitals (CHF 100 000.00 bei der AG und CHF 20 000.00 bei der GmbH) wird auch unter neuem Recht beibehalten. Der Nennwert eines Anteils muss jedoch nur noch grösser als null sein (Art. 622 Abs. 4 bzw. Art. 774 Abs. 1 nOR); bisher betrug der Mindestnennwert für Aktien 1 Rappen und für Stammanteile CHF 100.00 (Art. 622 Abs. 4 bzw. Art. 774 aOR). Die Senkung des Mindestnennwerts von Stammanteilen wird die Flexibilität bei der Strukturierung des Stammkapitals bedeutend erhöhen. Demgegenüber dürfte ein Nennwert unter einem Rappen selten ein Bedürfnis und als Dauerzustand auch kaum praktikabel sein. Immerhin kann in Zukunft die Generalversammlung (GV) durch einen qualifizierten Mehrheitsbeschluss den Nennwert von Aktien, die an einer Börse kotiert sind, durch Zusammenlegung der Aktien erhöhen; bei allen anderen Anteilen muss immer noch jeder betroffene Gesellschafter zustimmen (Art. 623 Abs. 2 und Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 nOR).

Anders als das Eigenkapital ist das Grundkapital nicht eine schwankende Residualgrösse, sondern es handelt sich um eine nominelle Grösse. Deshalb spricht man auch von Nominal- oder Nennkapital. Dies bedeutet, dass das Grundkapital mit einem bestimmten Nominalbetrag erfasst wird, der bis zu einer formellen Kapitalerhöhung oder -herabsetzung unverändert bleibt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Gesellschaft Gewinne erwirtschaftet oder Verluste erleidet. Deswegen ist das Grund-

6 Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. A., Zürich/Basel/Genf 2021, § 8 Rn. 2; vgl. auch Lukas Glanzmann, Die Bilanzierung des Eigenkapitals im Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften, SZW 2017 274 ff., 274; Peter Böckli, OR-Rechnungslegung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 427; Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. A., Basel 2016, Rz. 803.

7 Zu den stillen Reserven vgl. Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 25 Rn. 179–182; Böckli (Fn. 6) Rz. 1083–1132; Handschin (Fn. 6) Rz. 852–892.

8 Dies ergibt sich aus Art. 798 und Art. 820 nOR.

9 Bundesgesetz über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus (Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz, Covid-19-SBüG) vom 18. Dezember 2020 (SR 951.26).

10 Vgl. dazu Lukas Glanzmann, Die Auswirkungen des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes auf das Aktienrecht, SZW 2021 265 ff.

11 Vgl. auch Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 10 Rn. 15; Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2021, Art. 656b OR N 13–19.

kapital auch nicht mit dem Eigenkapital identisch.¹² Das Eigenkapital kann grösser sein als das Grundkapital (dann hat die Gesellschaft Reserven), oder es kann kleiner sein (dann ist das Grundkapital nicht mehr gedeckt, d.h., es liegt eine Unterbilanz, möglicherweise gar ein Kapitalverlust oder eine Überschuldung vor).¹³ Folglich gibt der Nennwert einer einzelnen Aktie keinen Hinweis darauf, wie gross ihr (Substanz-)Wert ist. Es gilt nicht: «Was draufsteht, ist auch drin.»¹⁴

Es stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist, dass einerseits das Grundkapital ein fester Betrag ist, andererseits aber das Eigenkapital als Residualgrösse variieren kann. Um die Bilanz im Gleichgewicht zu halten, bedarf es einer Korrekturgrösse, welche die Abweichungen des Eigenkapitals als Residualgrösse zum nominellen Grundkapital abbildet. Dieser notwendige Ausgleich erfolgt am Ende eines Geschäftsjahrs über die Positionen «Jahresgewinn» bzw. «Jahresverlust», wobei ein Verlust als Minusposten im Eigenkapital zu verbuchen ist (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. g nOR).¹⁵ Bei einem Zwischenabschluss wird entsprechend ein Periodengewinn bzw. -verlust verbucht.¹⁶

2. Grundkapital in Fremdwährung

Eine der wohl fundamentalsten Änderungen des Aktienrechts 2020 ist, dass das Aktienkapital in einer ausländischen Währung denominated sein kann. Dabei muss das ganze Grundkapital eine einheitliche Währung aufweisen (analog Art. 656a Abs. 1 nOR). Voraussetzung für die Wahl einer Fremdwährung ist, dass es sich um die für die Geschäftstätigkeit wesentliche und eine vom Bundesrat anerkannte Währung handelt (Art. 621 Abs. 2 nOR). In dieser Währung sind dann auch die Buchführung und die Rechnungslegung vorzunehmen (Art. 621 Abs. 2 Satz 3 nOR). Der Bundesrat hat nur gerade das britische Pfund, den Euro, den US-Dollar und den Yen als Fremdwährungen zugelassen.¹⁷

Sofern das Aktienkapital nicht schon bei der Gründung in einer ausländischen Währung denominated ist, kann

die GV den Wechsel der Währung auf den Beginn eines Geschäftsjahrs beschliessen (Art. 621 Abs. 3 nOR; qualifiziertes Quorum gemäss Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9 nOR); dies ist gleichsam rückwirkend auf den Beginn des laufenden als auch prospektiv auf den Beginn des folgenden Geschäftsjahrs möglich.¹⁸ Der für die Umrechnung anwendbare Wechselkurs ist vom Verwaltungsrat (VR) zu bestimmen (Art. 621 Abs. 3 Satz 3 nOR); es handelt sich dabei um den am ersten Tag des massgebenden Geschäftsjahrs geltenden Kurs (analog Art. 727 Abs. 1^{bis} und Art. 963a Abs. 3 nOR).

Es stellt sich die Frage, ob die Währung des Aktienkapitals sowie der Buchführung und Rechnungslegung angepasst werden muss, wenn sich die für die Geschäftstätigkeit wesentliche Fremdwährung nachträglich ändert. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies nicht der Fall, da sich diese Währung auch ohne Zutun der Gesellschaft ändern kann (z.B. wenn der Hauptkunde seine Geschäfte in einer anderen Währung abrechnen will).¹⁹ Zudem wäre dafür ein Beschluss der GV notwendig, der aber nicht erzwungen werden kann. Aus den gleichen Überlegungen kann auf eine Anpassung der Währung auch verzichtet werden, wenn die gewählte ausländische Währung im Nachhinein von der Liste des Bundesrats gestrichen würde.²⁰ Wird die Währung des Aktienkapitals nicht angepasst, dann müssen die Buchführung und Rechnungslegung ebenfalls in der ausländischen Währung des Aktienkapitals verbleiben, da Art. 621 Abs. 2 nOR als *lex posterior* die Bestimmung von Art. 958d Abs. 3 OR derogiert.

Es ist nach wie vor zulässig, dass bei einem Aktienkapital in Schweizer Franken die Buchführung und Rechnungslegung in einer ausländischen Währung erfolgen. Dies führt aber zu diversen Problemen,²¹ die durch die Wahl der gleichen Währung für das Aktienkapital vermieden werden können.²²

12 Dies gilt selbst im Zeitpunkt der Gründung oder Kapitalerhöhung; vgl. das Beispiel bei Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 13.

13 Vgl. dazu Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 108–123 und Rn. 124–148; Forstmoser/Küchler (Fn. 11) Art. 725a OR N 5–13 und Art. 725b OR N 11–20.

14 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 14.

15 Vgl. Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 12; zur Behandlung des Jahresgewinns bzw. -verlusts vgl. hinten II.B.5 und III.A.1.b.

16 Art. 960f Abs. 1 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. g nOR.

17 Art. 45a nHRegV bzw. Anhang 3 zur nHRegV.

18 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016 (zit. Botschaft Aktienrecht), BBl 2017 339, 482.

19 Vgl. auch Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 7; gl.M. auch Urs Kägi/Ueli Studer/Kelsang Tsün, Aktienkapital und Kapitalschutz bei Bilanzierung in Fremdwährung, Währung des Aktienkapitals und Auswirkungen des Einzelabschlusses in fremder Präsentationswährung nach der Aktienrechtsrevision, GesKR 2021 163 ff., 172 f.; a.M. wohl aber Peter Böckli, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2017 133 ff., 137.

20 Vgl. auch Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 7; gl.M. Kägi/Studer/Tsün (Fn. 19) 173.

21 Ausführlich dazu: Silvan Loser, Rechnungslegung in Fremdwährung, Angabe der Werte in Schweizer Franken, EF 2016 724 ff.

22 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 8 und § 25 Rn. 97; Kägi/Studer/Tsün (Fn. 19) 168.

B. Reserven

Das neue Aktienrecht behebt die Inkongruenz zwischen der gesellschafts- und rechnungslegungsrechtlichen Struktur der Reserven.²³ Zwar bleibt die Aufteilung zwischen gesetzlichen und freiwilligen Reserven bestehen, doch wird neu ebenfalls zwischen Kapital- und Gewinnreserven unterschieden. Alle diese Reserven sind in der Bilanz separat auszuweisen (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b–c OR und Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d nOR), da sie unterschiedlich geschützt sind.

1. Gesetzliche Kapitalreserve

Die Kapitalreserve ist stets eine gesetzliche Reserve (Art. 671 nOR). Sie entspricht weitgehend demjenigen Teil der ehemals allgemeinen Reserve, der aus Kapitaleinlagen gespeisen wurde (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 aOR).²⁴ So ist auch gemäss neuem Recht der den Nennwert übersteigende Erlös bei der Ausgabe von Aktien, also das Agio, als gesetzliche Kapitalreserve auszuweisen (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 nOR i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR). Wie bis anhin ist es zulässig, vom Agio vorab die Ausgabekosten der Aktien, d.h. die Gründungs- oder Kapitalerhöhungskosten, abzuziehen (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 nOR). Damit erscheinen diese nicht als Aufwand in der Erfolgsrechnung, womit ein höherer Gewinn ausgewiesen werden kann. Nach der Praxis ist aber auch eine Erfassung als Aufwand zulässig.²⁵

Im neuen Recht wird klargestellt, dass weitere Einlagen oder Zuschüsse der Inhaber von Beteiligungspapieren ebenfalls als gesetzliche Kapitalreserve auszuweisen sind (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 3 nOR). Sodann sind dieser Reserve wie bis anhin auch die selten vorkommenden Kaduzierungsgewinne (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 2 nOR) zu-

zuweisen. Schliesslich können gemäss Praxis ein Buchgewinn aus Kapitalherabsetzung²⁶ und ein Fusionsagio²⁷ als gesetzliche Kapitalreserve ausgewiesen werden.²⁸

Jener Teil der Kapitalreserve, der steuerlich als Reserve aus Kapitaleinlage anerkannt ist, ist separat auszuweisen (Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG²⁹).³⁰

2. Gesetzliche Gewinnreserven

a. Gesetzliche Gewinnreserve im engeren Sinne

Nebst der gesetzlichen Kapitalreserve gibt es gesetzliche Gewinnreserven (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR). Unter diesem Titel werden verschiedene Reservearten zusammengefasst.

Zum einen, und hauptsächlich, gehört dazu die gesetzliche Gewinnreserve gemäss Art. 672 nOR. Weil das Gesetz auch die Aufwertungsreserve (Art. 725c Abs. 1 Satz 2 nOR) und die Reserve für eigene Aktien im Konzern (Art. 659b Abs. 2 nOR) als gesetzliche Gewinnreserven qualifiziert, wird die gesetzliche Gewinnreserve gemäss Art. 672 nOR vorliegend als gesetzliche Gewinnreserve im engeren Sinne bezeichnet.³¹ Diese aus den erwirtschafteten Gewinnen der Gesellschaft gespeisene Reserve entspricht demjenigen Teil der ehemals allgemeinen Reserve, der aus Gewinnen gebildet wurde (Art. 671 Abs. 1 und 2 Ziff. 3 aOR). Allerdings wird deren Äufnung im neuen Recht vereinfacht, weil auf eine doppelte Zuweisung verzichtet wird: Der gesetzlichen Gewinnreserve i.e.S. sind 5% des Jahresgewinns zuzuweisen (Art. 672 Abs. 1 Satz 1 nOR), bis sie zusammen mit der gesetzlichen Kapitalreserve 50% – bzw. bei Holdinggesellschaften 20% – des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals³² erreicht (Art. 672 Abs. 2 nOR). Falls ein Verlustvortrag vorliegt, ist der Jahresgewinn vorab zu dessen Beseitigung zu verwenden (Art. 672 Abs. 1 Satz 2 nOR).

23 Vgl. Forstmoser/Küchler (Fn. 11) Vorbem. zu Art. 671–674 OR N 4; Glanzmann (Fn. 6) 277; Lukas Glanzmann/Sammy Guidoum, Die gesetzliche Kapitalreserve – Bilanzieller Ausweis, Bestandteile und Ausschüttung, in: Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 251 ff., 252 f.; Kägi/Studer/Tsün (Fn. 19) 174.

24 Vgl. Böckli (Fn. 6) Rz. 455; Kägi/Studer/Tsün (Fn. 19) 174.

25 Vgl. EXPERTsuisse, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten (Hrsg., vormals Treuhänder-Kammer), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, 234: «Die Kosten der Kapitalerhöhung können vom Agio abgesetzt werden» (Hervorhebung des Verfassers); vgl. auch Glanzmann (Fn. 6) 278; Glanzmann/Guidoum (Fn. 23) 254; a.M. Robert Gutsche, in: Dieter Pfaff et al. (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar, mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, 2. A., Zürich 2019, Art. 959a OR N 156 Fn. 225, wonach der Abzug der Ausgabekosten von der gesetzlichen Kapitalreserve dem Wortlaut von Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 nOR nach zwingend sei.

26 Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 2 Rn. 371.

27 Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. A., Bern 2014, § 12 Rz. 287.

28 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 16.

29 Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (Verrechnungssteuergesetz, VStG) vom 13. Oktober 1965 (SR 642.21).

30 Vgl. auch Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV), Kreisschreiben Nr. 29b «Kapitaleinlageprinzip» vom 23. Dezember 2019, Ziff. 9.1.

31 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 19.

32 Im scheidenden Recht wird teilweise auf das einbezahlte Aktienkapital abgestellt; Art. 671 Abs. 1 aOR.

b. Aufwertungsreserve

Ebenfalls als gesetzliche Gewinnreserve auszuweisen ist die Aufwertungsreserve. Die entsprechende Bestimmung ist neu in Art. 725c nOR, d.h. im aktienrechtlichen Sanierungsrecht, enthalten. Wie bis anhin ist die Aufwertungsreserve bei einer die Anschaffungs- oder Herstellungskosten übersteigenden Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen zur Beseitigung eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung zu bilden (Art. 725c Abs. 1 nOR bzw. Art. 670 aOR). Weil nicht nur die Bildung, sondern auch die Verwendung dieser Reserve speziell geregelt ist (Art. 725c Abs. 3 nOR), ist sie strikt von der gesetzlichen Gewinnreserve i.e.S. gemäss Art. 672 nOR zu unterscheiden.³³

c. Reserve für eigene Aktien

Der Erwerb eigener Aktien ist ebenfalls im Eigenkapital abzubilden. Der Ausweis hängt davon ab, ob es sich um einen direkten oder indirekten Erwerb handelt.

Erwirbt die Gesellschaft selber eigene Aktien, dann ist ein dem Anschaffungswert entsprechender Betrag als Minusposten des Eigenkapitals auszuweisen (Art. 659a Abs. 4 nOR i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR).³⁴ Dabei handelt es sich um eine Art Negativreserve. Der Anschaffungswert ist die von der Gesellschaft zu erbringende Gegenleistung, i.d.R. der Kaufpreis.³⁵

Werden die Aktien indirekt über eine kontrollierte Gesellschaft erworben, dann muss die Obergesellschaft eine Reserve für eigene Aktien im Konzern bilden (Art. 659b Abs. 2 nOR).³⁶ Diese Reserve wird ebenfalls als gesetzliche Gewinnreserve bezeichnet. Weil deren Zweck und deren Verwendung sich aber von der gesetzlichen Gewinnreserve i.e.S. gemäss Art. 672 nOR unterscheiden,³⁷ ist sie strikt von dieser abzugrenzen.³⁸

3. Freiwillige Gewinnreserven

Wie unter bisherigem Recht kann die GV in den Statuten oder durch Beschluss freiwillige Gewinnreserven bilden

(Art. 673 Abs. 1 nOR). Diese finden sich in der Praxis z.B. unter dem Titel Spezialreserve, Dividendenausgleichsreserve, Baureserve oder freie Reserve. Ähnlich wie unter dem scheidenden Recht ist die Bildung solcher freiwilligen Gewinnreserven nur zulässig, wenn «das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre dies rechtfertigt» (Art. 673 Abs. 2 nOR; ähnlich Art. 674 Abs. 2 aOR). In der Praxis hat sich diese Formulierung als wenig einschränkend erwiesen.³⁹

4. Gewinnvortrag

Das Gesetz geht stillschweigend davon aus, dass es zulässig ist, den Jahresgewinn ganz oder teilweise auf die neue Rechnung vorzutragen, soweit er nicht einer Reserve zugewiesen oder als Dividende ausgeschüttet wird. Nach der bisherigen Konzeption gehört ein solcher Gewinnvortrag zur freiwilligen Gewinnreserve. Gemäss revidiertem Recht ist er als eigenständige Bilanzposition zu erfassen (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. f nOR).

5. Behandlung eines Jahresverlusts

Das Gesetz schreibt neu vor, wie mit einem Jahresverlust umzugehen ist. Gemäss Art. 674 nOR ist dieser in umgekehrter Reihenfolge zur Gliederung des Eigenkapitals (vgl. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 nOR), d.h. «von unten nach oben» mit den Reserven zu verrechnen. Somit erfolgt die Verrechnung zuerst mit dem Gewinnvortrag, dann mit den freiwilligen Gewinnreserven, danach mit der gesetzlichen Gewinnreserve i.e.S. und schliesslich mit der gesetzlichen Kapitalreserve (Art. 674 Abs. 1 nOR). Eine Verrechnung mit den gesetzlichen Reserven (nicht aber mit der freiwilligen Gewinnreserve oder dem Gewinnvortrag) darf unterbleiben; im entsprechenden Betrag wird der Jahresverlust auf die neue Bilanz vorgetragen und ein Verlustvortrag gebildet (Art. 674 Abs. 2 nOR). Dieser ist als Minusposten des Eigenkapitals ebenfalls separat auszuweisen (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. f nOR).

Nach der hier vertretenen Auffassung dürfen Verluste nicht mit der Reserve für eigene Aktien im Konzern oder der Aufwertungsreserve verrechnet werden, obwohl beides ebenfalls gesetzliche Gewinnreserven sind. Diese

³³ Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 20.

³⁴ Vgl. dazu hinten III.C.1.

³⁵ Markus Vischer, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, insb. innerhalb des Kapitalbands, und der Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien, SZW 2021 321 ff., 327 Fn. 102, m.w.H.

³⁶ Vgl. dazu hinten III.C.2.

³⁷ Vgl. dazu hinten III.C.3.

³⁸ Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 20.

³⁹ Für eine restriktive Auslegung der Schranken aus Art. 673 Abs. 2 nOR auch Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020, § 13 Rz. 518; kritisch bzgl. der Zulässigkeit der Bildung stiller Willkürreserven zur Sicherung des dauernden Gedeihens der Unternehmung: Michael Bertschinger, Die handelsrechtliche und steuerrechtliche Gewinnermittlung unter dem revidierten Rechnungslegungsrecht, Bern 2020, § 2 Rz. 84–89.

separaten Bilanzpositionen dienen der Transparenz und dürfen nur in bestimmten Fällen aufgelöst werden.⁴⁰

III. Schutz und Verwendung des Eigenkapitals

A. Grundkapital

1. Bedeutung des Grundkapitals

a. Im Allgemeinen

Das Grundkapital und sein Schutz waren in der Tradition des Aktienrechts schon immer eine Art «Augenstern» des Gesetzgebers.⁴¹ Er widmet der Aufbringung und dem Erhalt des Grundkapitals ungleich mehr Aufmerksamkeit als dem übrigen Eigenkapital. Daran wird sich unter dem neuen Recht nichts ändern. Im Einzelnen äussert sich das wie folgt:

Während ein Zuschuss in die Reserven formlos möglich ist, kann das Grundkapital nur in einem formellen Verfahren erhöht werden.⁴² Dazu gehört nicht nur die erforderliche Statutenänderung, sondern auch, dass der Ausgabebetrag in einer vom Gesetz zugelassenen Weise liberiert wird.⁴³ Sodann greifen bei einer Teilliberierung von Aktien oder Partizipationsscheinen (was bei Stammanteilen nicht zulässig ist)⁴⁴ verschiedene Offenlegungsvorschriften, gesetzliche Übertragungsbeschränkungen und – bei Namenaktien – eine Solidarhaftung des Erwerbers.⁴⁵ Viele dieser Rechtsfolgen gelten nur bezüglich der Liberierung des Nennwerts, nicht jedoch bezüglich des Agios. Auch in dieser Hinsicht unterliegt das Grundkapital also besonderen Vorschriften.

Sodann ist die Entnahme von Mitteln aus dem Grundkapital nur im Rahmen eines langwierigen Kapitalherabsetzungsverfahrens zulässig, während eine Dividendenausschüttung oder eine Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve bei gegebenen Voraussetzungen gestützt auf einen geprüften Jahresabschluss und einen GV-Beschluss erfolgen darf. Immerhin ist eine Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz (Art. 653p nOR bzw. Art. 735 aOR) ähnlich einfach wie die

Verrechnung eines Verlusts mit Reserven, ausser dass in jenem Fall der GV-Beschluss öffentlich beurkundet werden muss, da eine Statutenänderung erforderlich ist.⁴⁶

b. Aus Sicht der Gläubiger

Aus Gläubigersicht ist zur Kenntnis zu nehmen, dass das Grundkapital im Normalfall nur einen Teil des Eigenkapitals darstellt und in seiner Höhe, unter Beachtung des Minimalkapitals, beliebig festgesetzt werden kann. Dieser Betrag kann im Vergleich zum Geschäftsvolumen vernachlässigbar klein sein. Es handelt sich daher in erster Linie um eine Seriositätsschwelle⁴⁷ beim Gründungsprozess.⁴⁸

Weiter ist zu beachten, dass der Betrag des Grundkapitals keinen Hinweis darauf gibt, wie hoch das Eigenkapital tatsächlich ist: Da die auf das Grundkapital einbezahlten Mittel von der Gesellschaft investiert bzw. verbraucht werden, gibt es keine Garantie dafür, dass sie auch wirklich erhalten bleiben. Das lässt sich auch daran erkennen, dass das Grundkapital, buchhalterisch gesehen, keinen Aktivposten darstellt. Vielmehr erscheint das Grundkapital auf der Passivseite der Bilanz, die über die Finanzierung der Gesellschaft Auskunft gibt.⁴⁹

Immerhin ergibt sich aus der Höhe des Grundkapitals, welcher Teil des Eigenkapitals als Dividende oder als Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve an die Aktionäre zurückfliessen darf. Das Nominalkapital bestimmt nämlich, in welchem Betrag die gesetzliche Kapital- und die gesetzliche Gewinnreserve i.e.S. geschützt sind (Art. 671 Abs. 2 und Art. 672 Abs. 3 nOR) bzw. die gesetzliche Gewinnreserve i.e.S. zu äufnen ist (Art. 672 Abs. 2 nOR). Daraus resultiert, welcher Teil dieser Reserven und des Jahresgewinns frei verwendbar ist und damit an die Aktionäre ausgeschüttet werden darf, wobei grundsätzlich Folgendes gilt: Je kleiner bei einem bestimmten Eigenkapital das Grundkapital ist, desto grösser ist der frei verwendbare Betrag.⁵⁰

Weiter determiniert die Höhe des Grundkapitals, wann ein Kapitalverlust eintritt. Ein solcher liegt vor, wenn die

40 Vgl. vorne II.B.2.b., II.B.2.c. und hinten III.C.2.; vgl. auch Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 24 und Rn. 91 sowie § 25 Rn. 156.

41 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 26.

42 Vgl. dazu Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 9 Rn. 108–118.

43 Vgl. dazu Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 40–45; von der Crone (Fn. 39) § 10 Rz. 214–251.

44 Art. 777c Abs. 1 OR.

45 Vgl. dazu Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 48–50.

46 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 26.

47 Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. A., Bern 2018, § 16 Rn. 75.

48 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 28.

49 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 32 sowie § 25 Rn. 113–115.

50 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 33.

Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten (also das bilanzielle Eigenkapital) die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken (Art. 725a Abs. 1 nOR). Da der Betrag der geschützten Reserven u.a. von der Höhe des Grundkapitals abhängt, bestimmt Letzteres, wo die Schwelle eines Kapitalverlusts liegt. Grundsätzlich gilt: Je kleiner bei einem bestimmten Eigenkapital das Grundkapital ist, desto später tritt ein Kapitalverlust ein.⁵¹

Aufgrund dieser Ausführungen ist nicht erstaunlich, dass z.B. in der Finanzierungspraxis der Höhe des Grundkapitals kaum eine eigenständige Bedeutung zukommt, sondern meistens auf das Eigenkapital abgestellt wird.⁵²

c. Aus Sicht der Aktionäre

Eine sehr viel grössere Bedeutung hat das Grundkapital für die Aktionäre, da es die Verteilung gewisser Rechte unter ihnen bestimmt. Dies ergibt sich daraus, dass das Grundkapital der Summe der Nennwerte aller ausstehenden Aktien entspricht. Vorbehältlich abweichender statutarischer Anordnung bestimmt sich aufgrund des Aktiennennwerts das Stimmrecht der Aktie (Art. 692 Abs. 1 OR)⁵³ sowie – unter der Voraussetzung der Voll-liberierung (Art. 697m Abs. 2 OR) – der Gewinn- und Liquidationsanteil (Art. 661 OR).⁵⁴ Aus diesem Blickwinkel kann die Starrheit des Grundkapitals gerechtfertigt werden.⁵⁵

2. Verbot der Einlagerückgewähr

Die Aufmerksamkeit, die das Gesetz dem Grundkapital zukommen lässt, spiegelt sich auch in dessen Verwendungsbeschränkung. Das Aktienkapital soll als Risikokapital «auf Gedeih und Verderb» im Unternehmen verbleiben. «Erhaltung» des Grundkapitals bedeutet insofern, dass dieser Betrag vor der Auflösung der Gesellschaft oder der Durchführung des besonderen Kapitalherabsetzungsverfahrens (Art. 732–735 aOR bzw. Art. 653j–653r nOR)⁵⁶ den Aktionären nicht zurückerstattet werden darf.⁵⁷ In der Liquidation der AG, und so

auch im Konkurs, geht die Rückzahlung des Fremdkapitals dem Liquidationsanteil der Aktionäre vor (Art. 745 Abs. 1 OR).

Zentral ist Art. 680 Abs. 2 OR, der das Verbot der Einlagerückgewähr verfasst. Darin ist eine Doppelaussage enthalten: Einerseits hat der Aktionär, solange kein Tatbestand für die Rückzahlung erfüllt ist, keinen Anspruch auf Rückerstattung der auf das Grundkapital erbrachten Leistungen. Andererseits darf die Gesellschaft aber auch nicht freiwillig solche Rückzahlungen machen.⁵⁸ Dies gilt auch, wenn die Leistung verdeckt erfolgt, z.B. in Form eines Darlehens oder einer Sicherheit, die Ausschüttungscharakter haben.⁵⁹ Nicht in den Anwendungsbereich des Verbots der Einlagerückgewähr fällt die Rückerstattung anderer Leistungen des Aktionärs, wie z.B. ein Agio oder Zuschüsse; diese sind gemäss den auf die gesetzliche Kapitalreserve anwendbaren Bestimmungen geschützt.⁶⁰

Eine Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr führt zur Nichtigkeit der betreffenden Transaktion und zur Rückerstattungspflicht des Empfängers.⁶¹ Nach der hier vertretenen Meinung hat die Gesellschaft gegenüber dem Empfänger nicht etwa einen Rückerstattungsanspruch nach Art. 678 nOR, sondern die Liberierungsforderung lebt wieder auf.⁶² Deren Verjährungsfrist

58 BGE 110 II 293 E. 3b; BGE 109 II 128 E. 2. Keine unzulässige Rückzahlung stellt gem. Bundesgericht die Begleichung einer Gesellschaftsschuld aus Mitteln der Barliberierung dar, wenn sich der entsprechende Gläubiger selbst an der Kapitalerhöhung beteiligt hat (BGer 4A_496/2010 vom 14.2.2011).

59 Vgl. dazu *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 11 Rn. 101–104.

60 BGE 140 III 533 E. 6.2.2.

61 BGE 87 II 169 E. 9.

62 BGE 109 II 128 E. 2; *Christoph Schmid*, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, Art. 530–771 OR, inkl. VegüV*, 3. A., Zürich 2016, Art. 680 OR N 10; *Hans-Ueli Vogt*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 5. A., Basel 2016, Art. 680 OR N 25 f.; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 50 Rn. 108 f.; a.M.: *Markus Vischer*, *Die Gewährung von Upstream- und Crossstream-Sicherheiten, Eine aktienrechtliche Analyse zur Zuständigkeit*, EF 2018 597 ff., 598; *Urs Kägi*, *Kapitalerhaltung als Ausschüttungssperre, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht*, Zürich/St. Gallen 2012, § 9 Rn. 26 f.; *Roger Dürr*, *Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen*, Zürich 2005, § 5 Rn. 48; *Thomas Friedrich Müller*, *Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen*, Bern 1997, 64; *Beat Spörri*, *Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte*, Zürich 1996, § 18 Rn. 16; ebenfalls für einen Rückerstattungsanspruch unter Art. 678 Abs. 1 nOR argumentieren von der *Crone* (Fn. 39) § 13 Rz. 546 und Rz. 551 f.; *Ramon Mabillard*, in: Lukas Handschin/Peter Jung (Hrsg.), *Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre*, Art. 660–697m OR, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 678 OR N 115–118.

51 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 8 Rn. 34.

52 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 8 Rn. 35.

53 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 11 Rn. 39.

54 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 11 Rn. 23 f.

55 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 8 Rn. 36.

56 Vgl. dazu *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 9 Rn. 119–137.

57 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 8 Rn. 54.

beginnt erst mit der Zahlungsaufforderung durch den Verwaltungsrat.⁶³ Daneben haften die Mitglieder der Leitungsorgane und die Revisionsstelle⁶⁴ aus Verantwortlichkeit, wobei der Anspruch gegen die Organe nicht subsidiär zum Anspruch gegen den Empfänger der Leistung ist.⁶⁵

B. Reserven

1. Dividenden: Ausschüttung nur aus freiem Eigenkapital

Auch über die Reserven darf die Gesellschaft nicht beliebig verfügen. Das Gesetz stellt sicher, dass die als Dividenden, Tantiemen, Bonus oder sonst wie bezeichneten Ausschüttungen an die Aktionäre nur aus dem Gewinn oder aus anderem dafür verfügbarem Eigenkapital stammen. Für die Verwirklichung dieses Grundsatzes betreibt das Gesetz einen erheblichen Aufwand, wobei die betreffenden Bestimmungen mit der Aktienrechtsrevision 2020 noch an Komplexität gewonnen haben.⁶⁶

Die Aktienrechtsrevision 2020 behandelt die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve teilweise als separaten Tatbestand (vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 nOR; richtigerweise keine Unterscheidung macht Art. 659 Abs. 1 nOR). Diese Differenzierung ist steuerrechtlich motiviert,⁶⁷ gesellschaftsrechtlich aber weder notwendig noch geglückt. Insbesondere hat es der Gesetzgeber verpasst, die Voraussetzungen einer Rückzahlung umfassend zu regeln. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve grundsätzlich gleichzubehandeln wie eine Dividendenausschüttung, weshalb deren Voraussetzungen und (zivilrechtliche) Rechtsfolgen analog gelten.⁶⁸

2. Ordentliche Dividende

Das Prinzip hält Art. 675 Abs. 2 OR fest: «Dividenden dürfen nur aus dem Bilanzgewinn oder aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden.» Diese Formulierung ist in verschiedener Hinsicht unglücklich:⁶⁹

Erstens gibt es gemäss aktuellem Rechnungslegungsrecht keine Bilanzposition «Bilanzgewinn». In Anlehnung an das alte Rechnungslegungsrecht (Art. 663a Abs. 3 aOR 1991⁷⁰) ist darunter die positive Summe von Gewinn- bzw. Verlustvortrag und Jahresgewinn bzw. -verlust zu verstehen. Doch darf dieser Betrag nicht tel quel als Dividende ausgeschüttet werden, da aus dem Jahresgewinn vorab die Gewinnreserven zu speisen bzw. ein Verlustvortrag zu eliminieren ist (Art. 675 Abs. 3 nOR).⁷¹

Zweitens könnte davon ausgegangen werden, dass nicht zum Zwecke von Dividendenausschüttungen gebildete Reserven einer Ausschüttungssperre unterliegen. Dies ist jedoch unzutreffend, selbst wenn man Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve ausklammert. Da die GV den Zweck, für welchen Reserven gebildet werden, mangels gesetzlicher oder statutarischer Bestimmungen selber festlegt, bedeutet diese Gesetzesvorschrift die Verfügbarkeit nicht nur der «hierfür gebildeten», sondern aller durch GV-Beschluss zurückgelegten Reserven. Aber selbst eine statutarische Bindung kann die GV durch Statutenänderung mit grundsätzlich einfachem Mehr aufheben. Mit anderen Worten sind Reserven grundsätzlich ausschüttbar, soweit sie nicht gesetzlich geschützt sind. Geschützt sind die gesetzliche Kapitalreserve und die gesetzliche Gewinnreserve i.e.S. im Betrag von zusammen 50% – bzw. bei Holdinggesellschaften 20% – des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals (Art. 671 Abs. 2 und Art. 672 Abs. 2 nOR). In ihrem vollen Umfang geschützt sind die gesetzlichen Gewinnreserven für eigene Aktien im Konzern und aus Aufwertungen (Art. 671 Abs. 4 i.V.m. Art. 725c Abs. 3 nOR). Aus diesem Grund ist auch der unter geltendem Recht in der Praxis verbreitete Umweg nicht erforderlich, dass die Gesellschaft freies Eigenkapital formal zuerst in eine Gewinnreserve umbucht und erst dann ausschüttet.⁷²

63 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 58. Dies ist allerdings umstritten (offengelassen in BGE 102 II 353 E. 4b); vgl. ferner für eine Übersicht zum Meinungsstand BSK OR II-Vogt (Fn. 62) Art. 680 OR N 26).

64 BGE 140 III 533 E. 2.1.

65 BGE 140 III 533 E. 3.2.3.

66 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 60.

67 Vgl. dazu Botschaft Aktienrecht (Fn. 18) 548.

68 Gl.M. Bär & Karrer, Stellungnahme vom 16. März 2016 im Rahmen der Vernehmlassung zur Aktienrechtsrevision, in: Stellungnahmen weiterer Vernehmlassungsteilnehmer (3), abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>> (zuletzt besucht am 14.6.2022) Rz. 113; ähnlich auch Philipp Aichele/Flurin Vionnet-Riederer, Die Zwischendividende im revidierten Aktienrecht, Voraussetzungen und Auswirkungen auf andere Eigenkapitaltransaktionen, EF 2021 293 ff., 298, wonach die neue Bestimmung zur Zwischendividende (Art. 675a nOR) auch auf die Rückzahlung unterjährig geöffneter Reserven anwendbar sei.

69 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 62–66.

70 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30. März 1911 (SR 220) i.d.F. vom 1. Januar 1991 (zit. aOR 1991).

71 Vgl. vorne II.B.5.

72 A.M. BSK OR II-Vogt (Fn. 62) Art. 680 OR N 19.

Schliesslich muss die Summe des Bilanzgewinns und der nicht gesperrten Reserven noch um den Betrag etwaiger Minuspositionen für eigene Aktien und Zwischendividenden gekürzt werden, um den ausschüttbaren Betrag zu bestimmen. Der so ermittelte Betrag wird als frei verwendbares Eigenkapital bezeichnet. Allerdings ist zu beachten, dass dieses frei verwendbare Eigenkapital im Betrag von konzerninternen Upstream- und Crossstream-Darlehen, die nicht zu Drittbedingungen gewährt worden sind, für Dividendenausschüttungen und Rückzahlungen von Kapitalreserven gesperrt ist.⁷³

Eine Verletzung der Reserveschutzbestimmungen führt nach Lehre und Rechtsprechung ebenfalls zur Nichtigkeit der Transaktion. Auch hier kann die Ausschüttung bzw. Rückzahlung verdeckt erfolgen.⁷⁴ Der Rückforderungsanspruch der Gesellschaft stützt sich auf Art. 678 Abs. 1 nOR. Auch in diesem Fall kann eine persönliche Haftung der Mitglieder der Organe resultieren.⁷⁵

Die Kompetenz zur Dividendenausschüttung bzw. Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve liegt bei der GV (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR bzw. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 und 6 nOR). Diese darf ihren Beschluss – vorbehaltlich eines *Opting-out* (Art. 727a Abs. 2 OR)⁷⁶ – nur gestützt auf einen revidierten Jahresabschluss fassen (Art. 731 Abs. 1 OR). Ein Verstoß gegen diese Bestimmung führt nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung zur Nichtigkeit des Beschlusses (Art. 731 Abs. 3 Satz 1 OR). Keine Nichtigkeit (sondern lediglich Anfechtbarkeit und allenfalls Verantwortlichkeit der Organe) tritt nach der hier vertretenen Auffassung ein, wenn die Revision nach dem falschen Standard⁷⁷ vorgenommen worden ist;⁷⁸ ein Aktionär kann kaum beurteilen, welcher Revisionsstandard anzuwenden ist, weshalb die Nichtigkeit eine nicht

gerechtfertigte Rechtsfolge wäre.⁷⁹ Bei einer Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve gelten diese Vorschriften analog.

Bei Gesellschaften, die zur ordentlichen Revision verpflichtet sind, muss zudem die Revisionsstelle an der GV anwesend sein, sofern diese nicht durch einstimmigen Beschluss darauf verzichtet (Art. 731 Abs. 2 OR). Eine Missachtung dieser Anordnung führt zur Anfechtbarkeit des GV-Beschlusses (Art. 731 Abs. 3 Satz 2 OR). Auch diese Bestimmungen gelten bei einer Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve analog.

3. Ausserordentliche Dividende

Im Gegensatz zur ordentlichen Dividende, die durch die ordentliche GV beschlossen wird, wird eine ausserordentliche Dividende an einer ausserordentlichen GV festgesetzt.⁸⁰ Da auch bei einer ausserordentlichen Dividende freies Eigenkapital gestützt auf die letzte Jahresrechnung ausgeschüttet wird, gelten grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie bei der ordentlichen Dividende. Sofern der Dividendenbeschluss der GV später als sechs Monate nach dem Bilanzstichtag ergeht, muss gemäss Lehre und Praxis zudem die Revisionsstelle bestätigen, dass die Ausschüttung immer noch Gesetz und Statuten entspricht. Für die Abgabe dieser Bestätigung bedarf es einer aktuellen Beurteilung durch die Revisionsstelle; nicht erforderlich ist hingegen ein eigentlicher Zwischenabschluss mit einem zeitnahen Bilanzstichtag.⁸¹ Da es sich bei dieser Bestätigung nicht um einen Revisionsbericht i.S.v. Art. 731 Abs. 3 OR handelt, führt dessen Fehlen weder zur Nichtigkeit noch zur Anfechtbarkeit des GV-Beschlusses, sondern allenfalls zur Verantwortlichkeit des VR.⁸²

73 BGE 140 III 533 E. 4.2; vgl. auch *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 11 Rn. 101; *Lukas Glanzmann*, Konzern-Kreditfinanzierungen unter Berücksichtigung der Aktienrechtsrevision 2020, in: Alexander Vogel (Hrsg.): Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts, Zürich 2022 (im Druck), IV.3.b).

74 Vgl. vorne III.A.2; *Glanzmann* (Fn. 73) II.2.c)aa).

75 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 8 Rn. 67.

76 Vgl. dazu *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 26 Rn. 6.

77 Vgl. dazu *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 26 Rn. 9–11.

78 A.M. *Thomas U. Reutter/Sten E. D. Rasmussen*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 5. A., Basel 2016, Art. 731 OR N 8; *Reto Eberle/Daniel Lengauer*, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle (Art. 727–731a OR), Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 731 OR N 80; *Reinhard Oertli/Rolf Hänni*, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, Art. 530–771 OR, inkl. VegüV, 3. A., Zürich 2016, Art. 731 OR N 3a.

79 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 8 Rn. 68.

80 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 6) § 8 Rn. 70 und § 11 Rn. 33; *Rashid Bahar/Martin Peyer*, in: Lukas Handschin/Peter Jung (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660–697m OR, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 675 OR N 51; BSK OR II–Vogt (Fn. 62) Art. 675 OR N 35; *Böckli* (Fn. 26) § 12 Rn. 534 f.; *Peter Forstmoser/Gaudenz G. Zindel/Valerie Meyer Bahar*, Zulässigkeit der Interimsdividende im schweizerischen Recht, SJZ 2009 205 ff., 205 f.

81 Vgl. zum Ganzen: *Lukas Glanzmann*, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 83 ff., 89 f.

82 *Glanzmann* (Fn. 81) 99; a.M., da für die Ausschüttung einer ausserordentlichen Dividende immer oder zumindest teilweise einen (geprüften) Zwischenabschluss verlangend: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 62) § 40 Rn. 54 Fn. 11; *Böckli* (Fn. 26) § 12 Rn. 534 f.; ZK OR–Bahar/Peyer (Fn. 80) Art. 675 OR N 52.

Zu streng ist die Revisionspraxis, wonach für jede ausserordentliche Dividende, also auch wenn sie vor Ablauf von sechs Monaten nach dem Bilanzstichtag beschlossen wird, eine Bestätigung der Revisionsstelle beigebracht werden müsse.⁸³

4. Zwischendividende

Bei der Zwischendividende (auch als Interimsdividende bezeichnet) wird nicht freies Eigenkapital gestützt auf die letzte Jahresrechnung, sondern Gewinn des laufenden Geschäftsjahres ausgeschüttet.⁸⁴ Mit der Aktienrechtsrevision 2020 wird klargestellt, dass solche Zwischendividenden zulässig sind. Die GV darf eine solche Dividende gestützt auf einen Zwischenabschluss beschliessen (Art. 675a Abs. 1 nOR), der gemäss den Vorgaben von Art. 960f nOR zu erstellen ist. Die gleichen Voraussetzungen müssen auch für die Rückzahlung von Teilen der gesetzlichen Kapitalreserve gelten, die erst im laufenden Geschäftsjahr eingebracht worden sind.⁸⁵

Bei der Erstellung des Zwischenabschlusses sind Vereinfachungen oder Verkürzungen zulässig, sofern keine Beeinträchtigung der Darstellung des Geschäftsgangs entsteht (Art. 960f Abs. 2 nOR). Trotz dieser Erleichterung sollte für die Ausrichtung einer Zwischendividende ein möglichst zuverlässiger Abschluss erstellt werden, da die Ermittlung des frei verwendbaren Eigenkapitals nicht beeinträchtigt werden darf. Aus diesem Grund dürften wohl nur Vereinfachungen oder Verkürzungen zulässig sein, die keinen Einfluss auf das Eigenkapital und dessen Zusammensetzung haben.⁸⁶

Der Zwischenabschluss ist grundsätzlich durch die Revisionsstelle zu prüfen (Art. 675a Abs. 2 Satz 1 nOR), wobei der anwendbare Prüfungsstandard gleich ist wie jener für die Jahresrechnung.⁸⁷ Die Prüfpflicht entfällt, wenn die Gesellschaft ein *Opting-out* (Art. 727a Abs. 2 OR) hat (Art. 675a Abs. 2 Satz 2 nOR). Zudem kann auf die Prü-

fung verzichtet werden, wenn sämtliche Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen und die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden (Art. 675a Abs. 2 Satz 3 nOR). Da es sich bei den Kapitalschutznormen primär um Gläubigerschutzbestimmungen handelt, ist diese vom Gesetzgeber gewährte Erleichterung nicht gerechtfertigt und mit den strengen Anforderungen bei der ordentlichen Dividende (Nichtigkeit bei fehlendem Revisionsbericht) kaum vereinbar.⁸⁸

Fraglich sind auch die Rechtsfolgen bei einer Verletzung dieser Bestimmung, insbesondere wenn die Forderungen der Gläubiger doch gefährdet werden: In diesem Fall sind die Voraussetzungen für den Verzicht auf die Prüfung nicht gegeben, weshalb ein Revisionsstellenbericht erforderlich wäre. Dessen Fehlen führt zur Nichtigkeit des Dividendenbeschlusses (Art. 731 Abs. 3 Satz 1 OR) und folglich zur Rückforderbarkeit einer bereits ausgerichteten Dividende (Art. 678 Abs. 1 nOR). Der gesetzeswidrige Verzicht könnte zudem Verantwortlichkeitsfolgen für den VR nach sich ziehen.⁸⁹

Die Nichtigkeit wegen fehlender Prüfung des Zwischenabschlusses kann nach der hier vertretenen Auffassung dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die GV die geprüfte Jahresrechnung des betreffenden Geschäftsjahrs genehmigt hat und diese bei Ausserachtlassung der beschlossenen Zwischendividende ein mindestens der Zwischendividende entsprechendes freies Eigenkapital ausweist. In diesem Fall hätte nämlich der Betrag der Zwischendividende auch als ordentliche Dividende ausgeschüttet werden können.⁹⁰

Die Zwischendividende ist erfolgsneutral zu verbuchen und sollte in der Bilanz der nächsten Jahresrechnung als Minusposten im Eigenkapital ausgewiesen werden. Damit ist sichergestellt, dass im Jahresabschluss der Jahresgewinn ungeschmälert erfasst wird. Eine Verrechnung mit dem Gewinnvortrag oder einer anderen

83 EXPERTSuisse (Fn. 25) 238; gl.M. wohl auch BSK OR II-Vogt (Fn. 62) Art. 675 OR N 35; CHK OR-Oertli/Hänni (Fn. 78) Art. 731 OR N 4.

84 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 72 und § 11 Rn. 34; BSK OR II-Vogt (Fn. 62) Art. 675 OR N 36; ZK OR-Bahar/Peyer (Fn. 80) Art. 675 OR N 56.

85 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 72; Aichele/Vionnet-Riederer (Fn. 68) 298.

86 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 73; vgl. dazu auch Dieter Pfaff/Florian Zihler, Der neue Zwischenabschluss nach Art. 960f nOR, Übersicht und praktische Anwendungsfragen, EF 2022 27 ff., 31 f., m.w.H.

87 Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts 2014 (Aktienrecht), abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>> (zuletzt besucht am 14.6.2022) 101 f.

88 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 74.

89 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 75; ähnlich auch Thorsten Kleibold/Beat Rüfenacht, Das revidierte Aktienrecht aus Sicht der Wirtschaftsprüfung, Tour d'Horizon über die künftigen Kapital- und Gläubigerschutzbestimmungen, EF 2021 248 ff., 255.

90 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 76.

Reserve wäre nicht sachgerecht, weil ja Gewinn des laufenden Geschäftsjahrs ausgeschüttet wird.⁹¹

Auch bei der Ausrichtung einer Zwischendividende müssen vorab die Zuweisungen an die gesetzliche Gewinnreserve i.e.S. gemacht werden (Art. 672 nOR). Gemäss Entwurf des neuen Schweizer Handbuchs der Wirtschaftsprüfung ist in der Bilanz der nächsten Jahresrechnung im entsprechenden Betrag ebenfalls ein Minusposten auszuweisen.

5. Akontodividende

Entgegen ihrer Bezeichnung ist die Akontodividende keine Dividende. Vielmehr handelt es sich dabei um einen Vorschuss an die Aktionäre, der mit einer noch zu beschliessenden Dividende verrechnet werden soll. Damit stellt die Akontodividende bis zu ihrer Verrechnung mit der Dividendenforderung ein gewöhnliches Upstream-Darlehen dar, das den entsprechenden Einschränkungen unterliegt.⁹²

6. Verzinsungsverbot des Aktienkapitals

Auch gemäss neuem Aktienrecht dürfen auf das Aktienkapital keine Zinsen bezahlt werden (Art. 675 Abs. 1 OR). Allerdings lässt Art. 676 OR weiterhin als Ausnahme sogenannte Bauzinsen zu. Damit kann den bei der Gründung oder einer Kapitalerhöhung beteiligten Aktionären für die Anlaufzeit des Unternehmens oder einer grösseren Neuinvestition ein fester Zins versprochen werden. Die Bauzinsen bedürfen einer statutarischen Grundlage, auch wenn Art. 627 Ziff. 3 aOR mit der Aktienrechtsrevision 2020 gestrichen wird (vgl. Art. 676 Abs. 1 Satz 2 OR).⁹³ Bauzinsen sind in der Praxis selten anzutreffen.⁹⁴

7. Tantiemen

Neben der Ausschüttung von Gewinnanteilen an Aktionäre in Form von Dividenden kann die Gesellschaft die

Mitglieder des VR am Geschäftserfolg in Form von sog. Tantiemen teilhaben lassen. Dabei handelt es sich um eine eigentliche gesellschaftsrechtliche Gewinnbeteiligung, die vom Erfolgshonorar für das VR-Mandat abzugrenzen ist.⁹⁵ Die Ausrichtung von Tantiemen erfolgt analog zu den Dividenden mittels GV-Beschlusses, jedoch nach strengen Regeln: Sie dürfen nur dem Bilanzgewinn entnommen werden, wenn die gesetzlichen Reserven gespiesen und eine Dividende von mindestens 5% an die Aktionäre (sog. Sockeldividende) ausgerichtet worden ist (Art. 677 OR). Nach bisherigem Recht (Art. 627 Ziff. 2 aOR) bedurfte sie zudem einer statutarischen Grundlage.⁹⁶ Obwohl diese Norm mit der Aktienrechtsrevision 2020 gestrichen wird, ist mit der Botschaft davon auszugehen, dass diese Voraussetzung auch in Zukunft erforderlich sein wird.⁹⁷

C. Beschränkung des Erwerbs eigener Aktien

1. Freies Eigenkapital und Höchstgrenze

Wirtschaftlich gesehen kann Kapital auch an den Aktionär zurückfliessen, indem die Gesellschaft Aktien von ihm kauft. Anders als bei Dividenden, Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve oder Kapitalherabsetzungen basiert diese Transaktion nicht auf einem GV-, sondern auf einem VR-Beschluss. Auch das neue Recht schränkt den Erwerb eigener Aktien durch die AG ein.

Einerseits darf die Gesellschaft eigene Aktien nur erwerben, wenn sie frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswerts hat (Art. 659 Abs. 1 nOR). Der entsprechende Betrag ist nach dem Erwerb als separater Minusposten im Eigenkapital der Bilanz auszuweisen (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR). Damit wird der Zweck des Kapitalschutzes verwirklicht: Der betreffende Betrag wird als Ausschüttung betrachtet und steht nicht mehr für eine formelle Ausschüttung zur Verfügung, er ist gesperrt.

Andererseits darf der Nennwert der erworbenen Aktien 10% des Aktienkapitals nicht übersteigen (Art. 659 Abs. 2 nOR). Bei der AG wird diese Schwelle auf 20% erhöht, wenn vinkulierte Namenaktien im Zusammenhang mit einer Übertragungsbeschränkung erworben

91 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 77. GLM. Aichele/Vionnet-Riederer (Fn. 68) 298; Susanne Schreiber/René Buchmann, Reserven und Dividenden – Neuerungen der Aktienrechtsrevision aus buchhalterischer und steuerlicher Sicht, RR-VR 2021 Nr. 3 5 ff., 7; vgl. aber Böckli (Fn. 6) Rz. 738, wonach ausgerichtete Zwischendividenden in der Jahresrechnung nicht ohne Weiteres ersichtlich seien.

92 Vgl. dazu etwa Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 1 Rn. 101–104; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 62) § 40 Rn. 345–354; Glanzmann (Fn. 73) II.2.c)aa).

93 Vgl. Botschaft Aktienrecht (Fn. 18) 527.

94 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 81.

95 Pascal Zysset, Aktienrechtliche Aspekte von Bonuszahlungen an Verwaltungsräte, Jusletter vom 19.4.2010, Rz. 16, und die dortigen Nachweise; a.M. Viktor Aepli, Zur Entschädigung des Verwaltungsrates, SZW 2002 269 ff., 272.

96 BGE 91 II 298 E. 10; BGE 84 II 550 E. 1.

97 Vgl. Botschaft Aktienrecht (Fn. 18) 527; a.M. von der Crone (Fn. 39) § 18 Rz. 1557 Fn. 2898.

werden. Das Gleiche gilt nach der Aktienrechtsrevision 2020 für einen Erwerb von Aktien im Zusammenhang mit einer Auflösungsklage (Art. 659 Abs. 3 Satz 1 nOR). In beiden Fällen sind die über 10% hinaus erworbenen Aktien innert zwei Jahren zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten (Art. 659 Abs. 3 Satz 2 nOR). Diese Restriktionen gelten auch für den Erwerb von Partizipationsscheinen, wobei gemäss neuem Recht für die Berechnung der Bemessungsbasis die Grenzwerte separat berechnet werden (Art. 656b Abs. 5 nOR). Bei der GmbH wird die Schwelle von 10% auf 35% erhöht, wenn Stammanteile im Zusammenhang mit einer Übertragungsbeschränkung, einem Austritt oder einem Ausschluss erworben werden. Auch hier sind innerhalb von zwei Jahren so viele Stammanteile zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten, dass die Schwelle von 10% wieder eingehalten wird (Art. 783 Abs. 2 OR). Diese Schranken gelten gemäss h.L. nicht, wenn eigene Aktien gestützt auf einen GV-Beschluss zum Zwecke der Kapitalherabsetzung erworben werden.⁹⁸

2. Erwerb durch kontrolliertes Unternehmen

Erfolgt der Erwerb durch eine i.S.v. Art. 963 OR kontrollierte Gesellschaft, dann muss diese über das erforderliche Eigenkapital verfügen und ebenfalls einen entsprechenden Minusposten in ihr Eigenkapital buchen (Art. 659b Abs. 1 nOR).⁹⁹ Die kontrollierende Gesellschaft hat zudem einen dem Anschaffungswert dieser Aktien entsprechenden Betrag gesondert als gesetzliche Gewinnreserve auszuweisen (Art. 659b Abs. 2 nOR). Diese Reserve ist durch Umbuchung von frei verwendbarem Eigenkapital zu bilden.¹⁰⁰ Soweit dieses aus der gesetzlichen Kapitalreserve stammt, darf die Reserve für eigene Aktien im Konzern als gesetzliche Kapitalreserve ausgewiesen werden.¹⁰¹

Die von einem direkt oder indirekt kontrollierten Unternehmen gehaltenen Aktien werden für die Berechnung

der prozentualen Schwellen den eigenen Aktien der Muttergesellschaft zugerechnet.¹⁰²

3. Rechtsfolgen

Die Gesellschaft hat die eigenen Aktien in ihrer Bilanz mit einem dem Anschaffungswert entsprechenden Betrag als Minusposten des Eigenkapitals auszuweisen (Art. 659a Abs. 4 nOR i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR). Diese Bilanzposition darf nur bei Vernichtung oder Veräusserung der eigenen Aktien aufgelöst werden (analog Art. 671a aOR).¹⁰³ Das Gleiche gilt für die Reserve für eigene Aktien im Konzern (Art. 659b nOR). Zudem sind der Erwerb und die Veräusserung, samt den Erwerbs- bzw. Veräusserungsbedingungen (also hauptsächlich der Preis), sowie der Endbestand der direkt und indirekt gehaltenen eigenen Aktien im Anhang zur Jahresrechnung separat auszuweisen (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 4 nOR und Art. 959c Abs. 2 Ziff. 5 OR).

Um zu verhindern, dass der VR das Stimmrecht an den von der Gesellschaft gehaltenen eigenen Aktien ausübt und sich in der GV selber kontrolliert, ruhen für die eigenen Aktien das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte bis zur Weiterveräusserung (Art. 659a Abs. 1 nOR). Dies gilt auch, wenn eigene Aktien von einem kontrollierten Unternehmen oder treuhänderisch auf Rechnung der AG (oder einer abhängigen Gesellschaft) von einem Dritten gehalten werden (Art. 659a Abs. 2 und Art. 659b Abs. 1 nOR).¹⁰⁴

4. Umstrittene Rechtsnatur

Bislang ging die wohl h.L. davon aus, dass die Bestimmungen über den Erwerb eigener Aktien blosse Ordnungsvorschriften seien. Damit bewirkt ihre Verletzung weder Anfechtbarkeit noch Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts, kann aber eine Verantwortlichkeit der zuständigen Organe begründen (Art. 754 OR).¹⁰⁵ Nichtigkeit ist jedoch dann anzunehmen, wenn der Erwerb nicht aus freiem Eigenkapital der Gesellschaft finanziert wird und der Verkäufer dies wusste oder hätte wissen müssen.¹⁰⁶ Allerdings sollte die Nichtigkeit jedenfalls dann

98 Bockli (Fn. 26) § 4 Rn. 232a; Lukas Handschin, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620–659b OR, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 659–659b OR N 78; a.M. Vischer (Fn. 35) 336.

99 A.M. wohl von der Crone (Fn. 39) § 13 Rz. 572, wonach in dieser Konstellation die Verbuchung eines Eigenkapital-Minuspostens entfällt.

100 Gl.M. von der Crone (Fn. 39) § 13 Rz. 572; EXPERTsuisse (Fn. 25) 243, in Bezug auf aOR 1991.

101 Glanzmann (Fn. 6) 289.

102 Von der Crone (Fn. 39) § 13 Rz. 572.

103 Gl.M. Vischer (Fn. 35) 326 und 328.

104 Vgl. dazu Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 16 Rn. 89 und Rn. 94.

105 BGE 117 II 290 E. 4d/aa, in: Pra 1992 Nr. 137; BGE 110 II 293 E. 3a.

106 Bockli (Fn. 26) § 4 Rn. 286–289; vgl. sodann auch Christian Lenz/Andreas von Planta, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 5. A., Basel 2016, Art. 659 OR N 11 f.

nicht geltend gemacht werden können, wenn die AG die Aktien ohne Verlust wieder veräussert hat.¹⁰⁷

Ein jüngerer Bundesgerichtsentscheid stellt diese Differenzierung möglicherweise in Frage. Das Bundesgericht hat nämlich bezüglich einer GmbH entschieden, dass die Schwelle von 35% nebst dem Erfordernis des freien Eigenkapitals eine zusätzliche Schranke zur Verhinderung der Aushöhlung der Gesellschaft sei.¹⁰⁸ Diese Auffassung ist abzulehnen, denn eine ungerechtfertigte Aushöhlung der Gesellschaft kann so lange nicht stattfinden, als der Erwerbspreis durch freies Eigenkapital gedeckt ist. Dieser Betrag könnte die Gesellschaft nämlich jederzeit auch als Dividende ausschütten bzw. an die Gesellschafter zurückbezahlen¹⁰⁹ und auf diese Weise völlig legal den Gläubigern entziehen. Die prozentmässige Begrenzung schränkt deshalb primär die Kompetenz des VR ein, über das freie Eigenkapital der Gesellschaft zu verfügen. Weiter wird damit verhindert, dass der VR die Stimmquote der Aktionäre unbeschränkt vergrössern kann, denn diese erhöht sich dadurch, dass das Stimmrecht der eigenen Aktien ruht. Hingegen dient die prozentmässige Beschränkung nicht der Verhinderung einer direkten Selbstkontrolle durch die Leitungsorgane, weil das mit den eigenen Aktien verbundene Stimmrecht ohnehin ruht (Art. 659a Abs. 1 nOR). Dazu hat das Bundesgericht in einem ebenfalls erst kürzlich ergangenen Urteil ausdrücklich festgehalten, dass diese Bestimmung nicht dem Kapitalschutz diene.¹¹⁰ Das Gleiche gilt aber auch für die prozentmässige Erwerbsschranke.

Bei einer vorschriftswidrigen Ausübung ruhender Stimmrechte treten nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes (Art. 659a Abs. 3 nOR) die Rechtsfolgen der unbefugten Teilnahme an einer GV (Art. 691 OR) ein.¹¹¹

IV. Schlussbemerkungen

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das Aktienrecht 2020 die Zusammensetzung, den Schutz und die Verwendung des Eigenkapitals von Kapitalgesellschaften konzeptionell nicht grundlegend ändert. Immerhin werden aber einige Details modifiziert.

Eine der wohl innovativsten Neuerungen der ganzen Aktienrechtsrevision überhaupt dürfte sein, dass das Aktienkapital auch in einer Fremdwährung denominiert sein kann. Dadurch lassen sich viele Ungereimtheiten vermeiden, wenn die Rechnungslegung in einer Fremdwährung erfolgt. Zu einer erhöhten Flexibilität bei der Strukturierung des Kapitals werden bei der GmbH die Senkung des Mindestnennwerts von Stammanteilen und bei der AG die Möglichkeit der Zusammenlegung von kotierten Aktien mittels qualifizierten GV-Beschlusses führen. Demgegenüber dürfte das Bedürfnis nach einem Nennwert von unter einem Rappen eher klein sein.

Erfreulicherweise nimmt das neue Gesetz auch ein paar Klarstellungen vor. So wird die Inkongruenz zwischen der aktienrechtlichen und der rechnungslegungsrechtlichen Struktur der Reserven aufgehoben. Sodann wird klargestellt, dass die Ausschüttung einer Zwischendividende zulässig ist. Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang, weshalb die Aktionäre auch bei Gesellschaften ohne *Opting-out* auf die Prüfung des Zwischenabschlusses verzichten können.

Auch wenn das neue Recht z.B. bei der Äufnung der Gewinnreserve i.e.S. eine Vereinfachung der Gewinnzuweisung vornimmt, führt es in anderen Bereichen zu vermehrten Regulierungen und Formalisierungen. So ist in Zukunft zwingend zwischen Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve und Dividendenausschüttungen zu unterscheiden, wobei die Regelung der Ersteren lückenhaft ist. Sodann schreibt das neue Recht detailliert vor, wie ein Verlust zu behandeln ist.

Schliesslich wird man im neuen Aktienrecht auf viele Fragen nach wie vor keine Antwort finden. So wurde z.B. das in der Praxis bedeutende Thema von Upstream-Darlehen und -Sicherheiten nicht angegangen, womit die in diesem Bereich bestehende Rechtsunsicherheit fortbestehen wird.

107 Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 6) § 8 Rn. 92.

108 BGer 4A_209/2021 vom 19.7.2021 E. 6.3; anders wohl BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 4.1 und E. 5.2.1.

109 Vgl. vorne III.B.2.

110 BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 4.1 und E. 5.2.1.

111 Vgl. dazu BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 6.