

Ausschüttung von Gewinnen und Reserven im Schweizer Aktienrecht: mit einem Seitenblick auf das Rechnungslegungsrecht und einem Ausblick auf den Vorentwurf 2014 zur Revision des Aktienrechts



Dr. iur. et lic. oec. HSG Marcel R. Jung, LL.M.
Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte
Partner, Reichlin Hess AG, Zug

1. Einleitung

Das Bundesgericht hat am 16. Oktober 2014 (BGE 140 III 533) in der Sache «*Nachlassmasse der Swisscargo AG*» einen Leitentscheid zum bilanzbezogenen Eigenkapitalschutz gefällt.¹ Nicht marktkonforme konzerninterne Darlehen können das Verbot der Ausschüttung der nicht verwendbaren allgemeinen Reserve (Art. 671 OR) und im äussersten Fall das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) verletzen. Im Umfang des Betrags des nicht marktkonformen Darlehens muss die Aktiengesellschaft *unter der Bilanz* eine «gesperrte Reserve» im Eigenkapital einstellen, die zu einer «faktischen» Sperrung des verwendbaren Eigenkapitals führt.²

Der Bundesgerichtsentscheid gibt Anlass, die Eigenkapitalschutz- und Rechnungslegungsvorschriften etwas

genauer anzusehen: Im *zweiten* Abschnitt werden die Vorschriften über die Bildung und Verwendung der gesetzlichen Reserven (Art. 671, Art. 671a und Art. 671b OR) des *geltenden* Schweizer Aktienrechts (OR 1991) dargestellt. Im *dritten* Abschnitt wird ein Seitenblick auf das neue Rechnungslegungsrecht (OR 2011) geworfen, um die Brücke zu den neuen Mindestgliederungsstellen des Eigenkapitals zu schlagen. Im *vierten* Abschnitt werden zwei Vorschläge aufgezeigt, wie die Widersprüche zwischen dem sechszwanzigsten («Die Aktiengesellschaft») und dem zweiunddreissigsten Titel («Kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung») des Schweizer Obligationenrechts in der *Übergangszeit* bis zur Inkraftsetzung der Aktienrechtsrevision aufgelöst werden können. Im *fünften* Abschnitt

wird ein Blick nach vorne auf den Vor-entwurf 2014 zur Revision des Aktienrechts geworfen.³

2. Eigenkapital der Aktiengesellschaft im Aktienrecht (OR 1991)

2.1 Bilanzbezogener

Eigenkapitalschutz

Das Schweizer Aktienrecht steht auf dem Boden des *bilanzbezogenen* Eigenkapitalschutzes.⁴ Zu dessen hervorstechenden Rechtspflichten gehören:

- Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR);
- Verbot der Ausschüttung von gesetzlichen Reserven, wenn kein verwendbares Eigenkapital vorhanden ist (Art. 671 OR, Art. 671a OR, Art. 671b OR);
- Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 OR);
- Sanierungspflicht bei hälftigem Kapitalverlust (Art. 725 Abs. 1 OR).

Aus aktienrechtlicher Sicht dient die Bilanz nach traditionellem *kontinental-europäischem* Verständnis der Durchsetzung des Eigenkapitalschutzes:⁵

- Die Rückzahlung zulasten des Aktien- und Partizipationskapitals (Grundkapital) an die Aktionäre verstösst gegen das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR). Zum Schutz der Gläubiger müssen die *strengen* Vorschriften

des Verfahrens der Kapitalherabsetzung eingehalten werden (Art. 732 ff. OR).

- Die Ausschüttung von Gewinnen und Reserven im Verfahren der Dividendenausschüttung an die Aktionäre ist nur zulasten des verwendbaren Eigenkapitals zulässig. Besteht kein verwendbares Eigenkapital, gilt eine *Ausschüttungssperre!* Die Sperrziffer entspricht der Summe von Aktien- und Partizipationskapital (Art. 680 Abs. 1 OR), nicht verwendbarem Teil der *gesetzlichen* allgemeinen Reserve (Art. 671 OR), der *gesetzlichen* Reserve für eigene Aktien (Art. 671a OR) und der *gesetzlichen* Aufwertungsreserve (Art. 671b OR).⁶

Es ist hier von Anfang an und einmal mehr einem landläufigen Irrtum entgegenzutreten: Der Schutz des Eigenkapitals kann keine Konkurse verhindern und das Eigenkapital stellt keinen Geldtresor für die Gläubiger im Konkurs dar.⁷ Das Eigenkapital ist bloss eine *normative* Zahl. Der Zweck des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes besteht in der Erhaltung der Unternehmensfortführung (*going concern*), sofern eine Sanierung noch möglich ist. Aus diesem Grunde soll die Entnahme von Mitteln durch die Aktionäre in einer finanziell schwierigen Situation der Gesellschaft erschwert werden.⁸

Der Eigenkapitalschutz schützt die Gläubiger davor, dass die *Aktionäre* der in finanziellen Schwierigkeiten stehenden Gesellschaft noch rasch Mittel an sich ziehen.

2.2 Gliederungsstellen des Eigenkapitals

Das Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 über das neue Rechnungslegungsrecht hat zwar die meisten aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften aufgehoben, insbesondere auch Art. 663a OR über die Mindestgliederung der Bilanz.⁹ Die geltenden und nicht aufgehobenen Vorschriften des Schweizer Aktienrechts schreiben jedoch *implizit* bestimmte Gliederungsstellen des Eigenkapitals vor, die nach wie vor angewendet werden müssen. Diese Gliederungsstellen können aus der Sicht des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes und somit nach der zunehmenden *Verwendbarkeit* wie folgt dargestellt werden:

- Aktienkapital (Art. 621 Abs. 1 OR)
- Partizipationskapital (Art. 656a Abs. 1 OR)
- Gesetzliche Reserven
 - Allgemeine Reserve (Art. 671 OR)
 - * Reserven aus Kapitaleinlagen (sog. «KER») (Art. 5 Abs. 1bis VStG)
 - * Übrige Einlagen, Agio und Zuschüsse [welche steuerlich nicht als KER qualifizieren]

* Übrige allgemeine Reserve (Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR) [Pflichtzuweisungen vom Jahresgewinn]

- Reserve für eigene Aktien (Art. 671a OR)
- Aufwertungsreserve (Art. 671b OR)
- Spezialreserven mit Zweckbindung (Art. 672/673 und Art. 674 Abs. 2 OR)
- Freie Reserven (Art. 672/673 und Art. 674 Abs. 2 OR)
- Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1, Art. 675 Abs. 2 und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR)

Aufgrund des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes des Schweizer Aktienrechts kommt im Eigenkapital der Grad der *Verwendbarkeit* für Rückzahlungen und Ausschüttungen an die Aktionäre zum Ausdruck.

Die «Allgemeine Reserve» (Art. 671 OR) enthält Beträge sowohl aus *Einlagen* der Aktionäre (die ersten beiden Unterpositionen in der vorstehenden Abbildung) als auch aus *Gewinnen* der Aktiengesellschaft (die dritte Unterposition in der vorstehenden Abbildung). Seit der Einführung des Kapitaleinlageprinzips mit dem Bundesgesetz vom 23. März 2007 (Unternehmenssteuerreform II) enthält sie eine *steuerrechtliche* Unterposition: «Reserven aus Kapitaleinlagen» (sog. «KER») (die erste Unterposition in der vorstehenden Abbildung).¹⁰ Die

Rückzahlung von Einlagen, Agio und Zuschüssen, die von den Aktionären nach dem 31. Dezember 1996 geleistet worden sind, unterliegt nicht der Verrechnungssteuer (und nicht der Einkommenssteuer), wenn sie in der Handelsbilanz auf einem *gesonderten* Konto ausgewiesen werden (Art. 5 Abs. 1 bis VStG).

In der Praxis wird die Gliederungsstelle «Allgemeine Reserve» (Art. 671 OR) häufig mit nur zwei Unterpositionen geführt: «Reserven aus Kapitaleinlagen» und «Übrige allgemeine Reserve», um zumindest den gesonderten Ausweis der steuerlichen KER sicherzustellen. In einem solchen Fall werden die Pflichtzuweisungen vom *Jahresgewinn* (Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR) zusammen mit den übrigen *Einlagen* der Aktionäre, die steuerlich nicht als KER qualifizieren, in *einem* Topf geführt. Es sind auch Fälle denkbar, in denen für die «Allgemeine Reserve» (Art. 671 OR) nur ein *einzig*er Topf geführt wird.

2.3 Ausschüttung des Bilanzgewinns

Der Bilanzgewinn umfasst den Jahresgewinn (bzw. -verlust) der Erfolgsrechnung und den Gewinnvortrag (bzw. Verlust-) und ist *insoweit* verwendbar, als aus dem Jahresgewinn die notwendigen gesetzlichen Reserven (Art. 671, Art. 671a und Art. 671b OR) und statutarischen Reserven

(Art. 672/673 OR) gebildet worden sind (Art. 674 Abs. 1 OR).¹¹

Dividenden dürfen an die Aktionäre nur aus dem Bilanzgewinn und aus den dafür gebildeten Reserven ausgeschüttet werden (Art. 675 Abs. 2 OR). Das *Verfahren* der Dividendenausschüttung setzt die Erfüllung der folgenden fünf Voraussetzungen voraus:

- Aufstellung der Jahresrechnung durch den Verwaltungsrat (Art. 958 Abs. 3 und Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR);
- Antrag des Verwaltungsrates an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns mit Pflichtzuweisungen vom Jahresgewinn an die allgemeine Reserve (Art. 671 OR, Art. 958 Abs. 3 und Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR);
- Prüfung der Jahresrechnung und des Antrags des Verwaltungsrates an die Generalversammlung durch die Revisionsstelle (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 bzw. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR);
- Bericht der Revisionsstelle an die Generalversammlung mit der Empfehlung, ob die Jahresrechnung zu genehmigen ist (nur bei ordentlicher Revision: Art. 728b Abs. 2 Ziff. 4 OR);
- Beschluss der Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns und der Ausschüttung einer Dividende (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

Die Ausschüttung von Dividenden in Verletzung der vorstehenden Voraussetzungen kann die *Eigenkapitalschutzvorschriften* verletzen und in gravierenden Fällen nichtig sein (Art. 706b Ziff. 3 OR), sodass eine Rückleistungspflicht an die Aktiengesellschaft besteht.¹² Eine Rückleistungspflicht besteht auch für *verdeckte* Gewinnausschüttungen (Art. 678 Abs. 2 OR).¹³

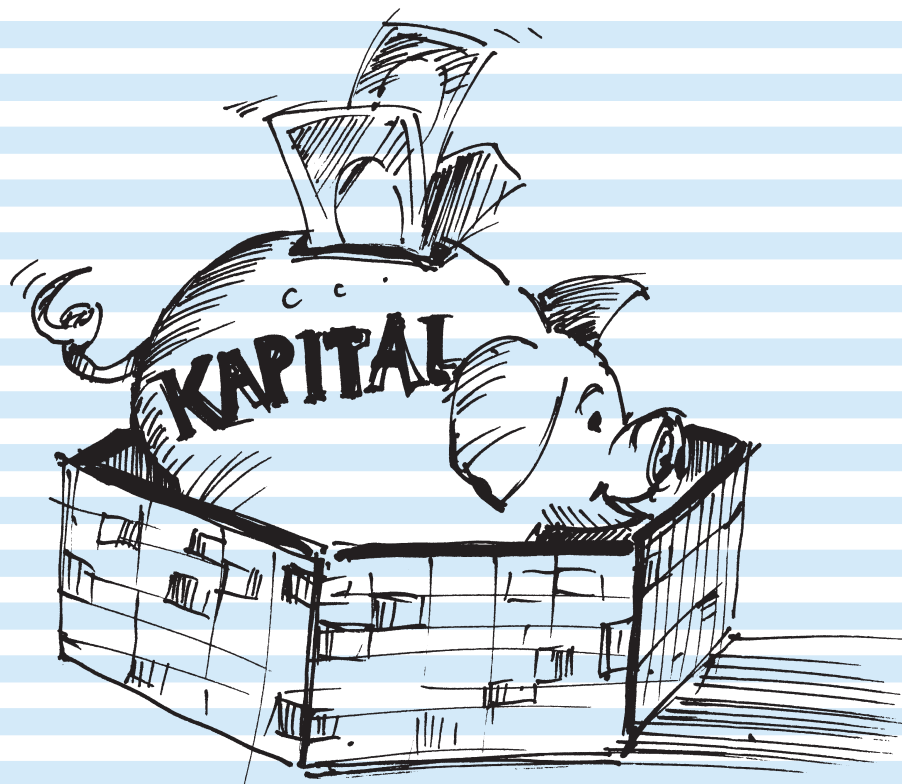
2.4 Bildung und Verwendung der allgemeinen Reserve

Im System des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes ist die allgemeine Reserve eine Gliederungsstelle im Eigenkapital, die *zwischen* dem ge-

sperren Grundkapital (Aktienkapital und Partizipationskapital) einerseits und den freien Reserven und dem Bilanzgewinn andererseits steht.

Der allgemeinen Reserve sind das Agio (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR) und der Kaduzierungsgewinn (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 2 OR) zuzuweisen. Auch die von den Aktionären geleisteten *à fonds perdu*-Einlagen und Zuschüsse sind der allgemeinen Reserve zuzuweisen. An die allgemeine Reserve sind ausserdem Pflichtzuweisungen vom Jahresgewinn in zwei Stufen vorzunehmen (Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR):

- 5% des Jahresgewinns der Erfolgsrechnung, bis sie 20% des



einbezahlten Aktien- und Partizipationskapitals erreicht (sog. erste Zuweisung);

- 10% der Beträge, die nach Ausschüttung einer Dividende von 5% als Gewinnanteil ausgeschüttet werden (sog. zweite Zuweisung). In der Praxis hat sich als Obergrenze für die zweite Zuweisung 50% des Aktien- und Partizipationskapitals durchgesetzt (Art. 671 Abs. 3 OR).¹⁴

Die allgemeine Reserve ist verwendbar, soweit sie 50% des Aktien- und Partizipationskapitals übersteigt (Art. 671 Abs. 3 OR). Das Bundesgericht hat im eingangs erwähnten Leitentscheid entschieden, dass das Agio nicht unter das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR), sondern unter das Verbot der Ausschüttung der nicht verwendbaren allgemeinen Reserve fällt (Art. 671 OR).¹⁵ Das Agio kann somit zwar nicht als Dividende, jedoch «*im Verfahren der Dividendenausschüttung*» insoweit ausbezahlt werden, als die allgemeine Reserve 50% des Aktien- und Partizipationskapitals übersteigt.¹⁶ Der Beschluss der Generalversammlung muss somit klar zwischen dem festgesetzten Dividendenbetrag und dem festgesetzten Agiobetrag unterscheiden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR).¹⁷ Das Schweizer Aktienrecht sieht bei

Holdingsgesellschaften Erleichterungen für den bilanzbezogenen Eigenkapitalschutz vor: Es besteht keine Pflicht für die zweite Zuweisung und die allgemeine Reserve ist bereits verwendbar, soweit sie 20% des Aktien- und Partizipationskapitals übersteigt (Art. 671 Abs. 4 OR).¹⁸

2.5 Ausschüttung von Zwischendividenden

Nach dem Schweizer Aktienrecht ist die Ausschüttung einer *echten* Zwischendividende nach angelsächsischem Vorbild nicht möglich (Art. 675 Abs. 2 OR).

In der Praxis werden trotzdem Zwischendividenden ausgeschüttet, die sich nicht auf eine genehmigte *Jahresbilanz* stützen. Die Rechtmässigkeit und somit Gültigkeit solcher unechten Zwischendividenden kann bejaht werden, wenn die Ausschüttungssperre des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes gemäss einer genehmigten *Zwischenbilanz* nicht verletzt wird und die übrigen Voraussetzungen des Verfahrens der Dividendenausschüttung erfüllt werden.¹⁹

2.6 Darlehen an Aktionäre

Anstelle der unechten Zwischendividende ist auch die Bevorschussung der bevorstehenden Dividende mit einem Darlehen an die Aktionäre möglich. Die Darlehensschuld gegenüber

den Aktionären wird später mit der von der Generalversammlung beschlossenen Dividende verrechnet.

Es handelt sich jedoch beim Darlehen an Aktionäre um einen aktien- und steuerrechtlich kritischen Vorgang.²⁰ Das Bundesgericht hat im eingangs erwähnten Leitentscheid entschieden, dass ein Darlehen an eine Schwester-gesellschaft, das nicht zu Markt- bzw. Drittbedingungen ausgerichtet worden ist, eine kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung darstellt.²¹ Das nicht marktkonforme Darlehen kann das Verbot der Ausschüttung der nicht verwendbaren allgemeinen Reserve (Art. 671 OR) und im äussersten Fall das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) verletzen.

Nach Auffassung des Bundesgerichts muss die Aktiengesellschaft im Umfang des Betrags des nicht marktkonformen Darlehens *unter der Bilanz* eine «gesperrte Reserve» im Eigenkapital einstellen, die zu einer «faktischen» Sperrung des verwendbaren Eigenkapitals führt.²² Das Bundesgericht begründet diese Auffassung mit einem Analogieschluss zur Reserve für eigene Aktien (Art. 659a Abs. 2 und Art. 671a OR).²³ Im Ergebnis hat das Bundesgericht eine neue Kategorie von Darlehen eingeführt (sog. «Darlehen mit Ausschüttungscharakter»), die zwischen echten und fiktiven (simulierten) Darlehen stehen soll.²⁴

Der Analogieschluss zum Erwerb eigener Aktien in Art. 659a Abs. 2 und Art. 671a OR überzeugt jedoch aus den folgenden Gründen nicht: Das vom Bundesgericht geschaffene Konstrukt der «gesperrten Reserve» *unter der Bilanz* lässt sich weder auf das Gesetz abstützen noch ist es notwendig.²⁵ Ein nicht marktkonformes Darlehen kann nicht unbesehen im gesamten Umfang des Darlehensbetrags als kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung angesehen werden.²⁶ Liegt die fehlende Marktkonformität bloss in der Unverzinslichkeit, kann nur im Umfang der nicht verrechneten Zinsen eine kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung vorliegen. Liegt hingegen von Anfang an kein Rückzahlungswille oder keine -fähigkeit vor, so ist das Darlehen simuliert.²⁷ Im Simulationsfall ist entweder der gesamte Darlehensbetrag direkt gegen das verwendbare Eigenkapital auszubuchen oder das aktivierte Darlehen ist mit einem zweiten Buchungssatz gleich wieder abzuschreiben, sodass sich der Jahresgewinn und im Ergebnis der Bilanzgewinn im Umfang des Darlehensbetrags reduzieren.

3. Eigenkapital der Aktiengesellschaft im Rechnungslegungsrecht (OR 2011)

3.1. Neues Rechnungslegungsrecht

Das neue Rechnungslegungsrecht gemäss Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 trat am 1. Januar 2013 mit einer Übergangsfrist von zwei Jahren in Kraft.²⁸ Die grosse Mehrheit der Aktiengesellschaften schliesst mit dem Kalenderjahr ab, sodass für diese das neue Rechnungslegungsrecht seit dem 1. Januar 2015 zwingend anwendbar ist.

3.2 Gliederungsstellen des Eigenkapitals

Unter dem Randtitel «Mindestgliederung» werden in Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR die Gliederungsstellen des Eigenkapitals vorgeschrieben. Das neue Rechnungslegungsrecht bringt nicht mehr wie das OR 1991 den Grad der Verwendbarkeit des Eigenkapitals zum Ausdruck, sondern nach angelsächsischem Vorbild und damit in Anlehnung an die IFRS die *Herkunft*:

- Aktienkapital (Art. 621 Abs. 1 i. V. m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. a OR)
- Partizipationskapital (Art. 656a Abs. 1 i. V. m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. a OR)
- Gesetzliche Kapitalreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR)

- Gesetzliche Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR)
- Freiwillige Gewinnreserven oder kumulierte Verluste als Minusposten (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d OR)
- Eigene Kapitalanteile als Minusposten (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR)

4. Widersprüche zwischen OR 1991 und OR 2011

4.1. Weitergeltung der aktienrechtlichen Vorschriften über die Bildung und Verwendung der gesetzlichen Reserven

Durch den Erlass des Bundesgesetzes vom 23. Dezember 2011 scheinen Widersprüche zum Aktienrecht entstanden zu sein («Verwerfungszone in der Übergangszeit»²⁹).

Das neue Rechnungslegungsrecht verwendet die im Entwurf 2007 zur Revision des Aktienrechts vorgeschlagenen Gliederungsstellen «gesetzliche Kapitalreserve» (Art. 671 E 2007 OR), «gesetzliche Gewinnreserve» (Art. 672 E 2007 OR) und «eigene Kapitalanteile als Minusposten» (Art. 659a Abs. 4 E 2007 OR)³⁰. Die geltenden und nicht aufgehobenen Vorschriften des Schweizer Aktienrechts verwenden jedoch noch immer die Begriffe «allgemeine Reserve» (Art. 671 OR), «Reserve für eigene Aktien» (Art. 671a OR) und «Aufwertungsreserve» (Art. 671b OR).



Die materiellen Vorschriften über die Bildung und Verwendung gesetzlicher Reserven (Art.671, Art.671a und Art.671b OR) wurden mit dem Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 *nicht* aufgehoben.

4.2 Auflösung der Widersprüche

4.2.1 Reserve für eigene Aktien

Der Widerspruch zur Reserve für eigene Aktien (Art.671a OR) kann teilweise mit dem Grundsatz des Vorrangs des neuen Rechts aufgelöst werden. Nach der neuen Rechnungslegungsvorschrift sind eigene Aktien mit einem Minusposten im Eigenkapital zu erfassen (Art. 959a Abs.2 Ziff. 3 Bst. e OR). Die Aktivierung eigener Aktien mit der Bildung einer gesetzlichen Reserve (Art.659a Abs.2 und

Art.671a OR) kann somit nicht mehr zulässig sein.³¹

Nicht aufgelöst werden kann hingegen der Widerspruch beim Erwerb von eigenen Aktien durch die Tochtergesellschaft, wonach die Muttergesellschaft eine Reserve für eigene Aktien bilden muss (Art. 659b Abs.3 und Art.671a OR).³² Der Grundsatz des Vorrangs des neuen Rechts kann hier nicht gelten. Bis zur Inkraftsetzung einer neuen Vorschrift gelten die nicht aufgehobenen aktienrechtlichen Vorschriften (Art.659b Abs.3 und Art.671a OR) weiter.³³

4.2.2 Allgemeine Reserve und Aufwertungsreserve

Der Grundsatz des Vorrangs des neuen Rechts kann auch den Widerspruch zur allgemeinen Reserve

(Art. 671 OR) und zur Aufwertungsreserve (Art. 671b) nicht auflösen.

Das neue Rechnungslegungsrecht schreibt bestimmte *Mindestgliederungsstellen* des Eigenkapitals vor (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR). Es enthält jedoch keine materiellen Vorschriften über die Bildung und Verwendung der gesetzlichen Kapitalreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR) und der gesetzlichen Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR). Das materielle Aktienrecht über die Bildung und die Verwendung der gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven (Art. 671 und Art. 672 VE 2014 OR) und der gesetzlichen Aufwertungsreserve (Art. 725c VE 2014 OR) ist noch gar nicht erlassen und in Kraft gesetzt worden. Es liegt erst der VE 2014 vor.³⁴ Bis zur Inkraftsetzung der Aktienrechtsrevision gelten somit die nicht aufgehobenen Vorschriften über die Bildung und Verwendung der allgemeinen Reserven (Art. 671 OR) und der Aufwertungsreserve (Art. 671b OR) weiter.³⁵ Dies bedeutet, dass insbesondere auch die zweite Pflichtzuweisung vom Jahresgewinn (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR) und die Masszahlen für die Ermittlung der verwendbaren allgemeinen Reserve (Art. 671 Abs. 3 OR) in der Übergangszeit bis zur Inkraftsetzung der Aktienrechtsrevision weiterhin angewendet werden müssen.

4.3 Gliederungsstellen des Eigenkapitals während der Übergangszeit

Die Bilanz muss während der Übergangszeit den bilanzbezogenen Eigenkapitalschutz des geltenden Aktienrechts sicherstellen. Die aktienrechtlichen Zuweisungs- und Verwendungsvorschriften von Art. 671 OR müssen korrekt angewendet und der hälftige Kapitalverlust in Art. 725 Abs. 1 OR korrekt ermittelt werden können. Aus diesem Grunde müssen die allgemeine Reserve (Art. 671 OR), die Reserve für eigene Aktien beim Erwerb von eigenen Aktien durch die Tochtergesellschaft (Art. 659b Abs. 3 und Art. 671a OR) und die Aufwertungsreserve (Art. 671b OR) während der Übergangszeit bis zur Inkraftsetzung der Aktienrechtsrevision als *separate* Gliederungsstellen im Eigenkapital ausgewiesen werden.³⁶

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es zulässig, bereits während der Übergangszeit die Gliederungsstellen des neuen Rechnungslegungsrechts anzuwenden, *sofern* die Unterpositionen der allgemeinen Reserve (Art. 671 OR) entweder der gesetzlichen Kapitalreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR) und der gesetzlichen Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR) *korrekt zugewiesen* werden können.³⁷ Um diese Brücke vom Aktienrecht (OR 1991) zum neuen Rechnungslegungs-

recht (OR 2011) schlagen zu können, kann in der Übergangszeit die «übrige allgemeine Reserve» der alten Gliederung, die aus Pflichtzuweisungen vom *Jahresgewinn* geüfnet worden ist (Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR), in der neuen Gliederung als Unterposition «Allgemeine Gewinnreserve» der gesetzlichen Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR) bezeichnet werden.

Die Gliederungsstellen des Eigenkapitals während der Übergangszeit bis zur Inkraftsetzung der Aktienrechtsrevision können wie folgt dargestellt werden:³⁸

- Aktienkapital (Art. 621 Abs. 1 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. a OR)
- Partizipationskapital (Art. 656a Abs. 1 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. a OR)
- Gesetzliche Kapitalreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR)
 - Reserven aus Kapitaleinlagen (sog. «KER») (Art. 5 Abs. 1 bis VStG)
 - Übrige Einlagen, Agio und Zuschüsse [welche steuerlich nicht als KER qualifizieren] [werden häufig als «Übrige Kapitalreserven» bezeichnet]
- Gesetzliche Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR)
 - Übrige allgemeine Reserve (Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR) [Pflichtzuweisungen vom

Jahresgewinn] [kann in der Übergangszeit bezeichnet werden als «Allgemeine Gewinnreserve»]

- Reserve für eigene Aktien (Art. 659b Abs. 3 und Art. 671a OR) [durch die Tochtergesellschaft gehalten]
- Aufwertungsreserve (Art. 671b OR)
- Freiwillige Gewinnreserven oder kumulierte Verluste als Minusposten (Art. 672/673 und Art. 674 Abs. 2 OR; Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d OR)
- Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1, Art. 675 Abs. 2 und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR)
- Eigene Aktien als Minusposten (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR)

4.4 Pflichtzuweisungen vom Jahresgewinn während der Übergangszeit

In der Praxis wird die Gliederungsstelle «Gesetzliche Kapitalreserve» (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR) in der neuen Gliederung häufig mit nur zwei Unterpositionen geführt: «Reserven aus Kapitaleinlagen» und «Übrige Kapitalreserve», um zumindest den gesonderten Ausweis der steuerlichen KER sicherzustellen.

Die Pflichtzuweisungen vom Jahresgewinn an die Unterposition gesetzliche «Allgemeine Gewinnreserve» sind wie folgt in zwei Stufen vorzunehmen (Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR):³⁹

- 5% des Jahresgewinns der Erfolgs-

rechnung, bis sie (die allgemeine Gewinnreserve) *zusammen* mit der gesetzlichen Kapitalreserve 20% des einbezahlten Aktien- und des einbezahlten Partizipationskapitals erreicht (sog. erste Zuweisung);⁴⁰

- 10% der Beträge, die nach Ausschüttung einer Dividende von 5% als Gewinnanteil ausgeschüttet werden, bis sie (die allgemeine Gewinnreserve) *zusammen* mit der gesetzlichen Kapitalreserve 50% des Aktien- und des Partizipationskapitals erreicht (sog. zweite Zuweisung).⁴¹

Die allgemeine Gewinnreserve und die gesetzliche Kapitalreserve sind verwendbar, soweit sie *zusammen* 50% des Aktien- und des Partizipationskapitals übersteigen (Art. 671 Abs. 3 OR).⁴²

Für Holdinggesellschaften besteht keine Pflicht für die zweite Zuweisung und die allgemeine Gewinnreserve und die gesetzliche Kapitalreserve sind bereits verwendbar, soweit sie 20% des Aktien- und des Partizipationskapitals übersteigen (Art. 671 Abs. 4 OR).⁴³

4.5 Zuweisung der gesetzlichen allgemeinen Reserve an die gesetzliche Kapitalreserve

Weil in der Praxis die «Allgemeine Reserve» (Art. 671 OR) in der alten Gliederung (OR 1991) häufig mit nur

zwei Unterpositionen geführt wird («Reserven aus Kapitaleinlagen» und «Übrige allgemeine Reserve»), ist es nicht ohne weiteres möglich, die Brücke zu schlagen und die allgemeine Reserve (Art. 671 OR) aus der alten Gliederung (OR 1991) auf die gesetzliche Kapitalreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR) und die gesetzliche Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR) in der neuen Gliederung (OR 2011) aufzuteilen.

Falls es im Einzelfall nicht möglich ist, den Anteil der Pflichtzuweisungen (Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR) am Gesamtbetrag der «Allgemeinen Reserve» (Art. 671 OR) aus der alten Gliederung (OR 1991) zu ermitteln und diesen Anteil der Unterposition «Allgemeine Gewinnreserve» der gesetzlichen Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR) in der neuen Gliederung (2011) zuzuweisen, muss die Bilanz während der Übergangszeit bis zum Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision *weiterhin* die alte Gliederungsstelle «Allgemeine Reserve» (Art. 671 OR) weiterführen. Die Gliederungsstellen des Eigenkapitals des neuen Rechnungslegungsrechts können in einem solchen Fall *noch nicht* angewendet werden. Erst mit der Inkraftsetzung des revidierten Aktienrechts werden die *aktienrechtlichen* Vorschriften über die gesetzlichen Reserven (Art. 671, Art. 671a

und Art. 671b) aufgehoben und durch die neuen *aktienrechtlichen* Vorschriften über die gesetzliche Kapitalreserve (Art. 671 VE 2014 OR), die gesetzliche Gewinnreserve (Art. 672 VE 2014 OR) und die gesetzliche Aufwertungsreserve (Art. 725c VE 2014 OR) ersetzt werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es zulässig, die «Allgemeine Reserve» (Art. 671 OR) aus der alten Gliederung (OR 1991) *en bloc* der gesetzlichen Kapitalreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR) in der ersten Schlussbilanz nach der neuen Gliederung zuzuweisen, gegebenenfalls aufgeteilt in «Reserven aus Kapitaleinlagen» und «übrige Kapitalreserve». Ein Beschluss der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) erscheint aus der materiellen Sicht des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes nicht notwendig, da sich an der Verwendbarkeit des zugewiesenen Betrags durch den Buchungssatz «Allgemeine Reserve» an «Gesetzliche Kapitalreserve» weder zum Vorteil noch zum Nachteil der Aktionäre etwas ändert. Aus formaler Sicht erscheint hingegen ein Beschluss der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) angezeigt. Mit der vorstehend erwähnten Aus- und Einbuchung legen die Aktionäre Gewinne der Aktiengesellschaft, die aufgrund der Pflichtzuweisungen

(Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR) der allgemeinen Reserve in der alten Gliederung (OR 1991) zugewiesen wurden, in die Aktiengesellschaft ein.

5. Eigenkapital der Aktiengesellschaft im Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts (VE 2014 OR)

5.1 Aufhebung der Widersprüche zwischen OR 1991 und OR 2011

Mit dem am 28. November 2014 in die Vernehmlassung geschickten VE 2014 hat der Bundesrat die Revision des Aktienrechts wieder aufgenommen.⁴⁴ Die aktienrechtlichen Vorschriften zur Bildung und Verwendung der Reserven (Art. 671 ff. OR) werden in Anlehnung an den Entwurf 2007 an das neue Rechnungslegungsrecht (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR 2014) angepasst.

5.2 Gliederungsstellen des Eigenkapitals

Der VE 2014 unterscheidet in Anlehnung an den Entwurf 2007 und das neue Rechnungslegungsrecht zwischen gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven. Die neuen Gliederungsstellen des Eigenkapitals können wie folgt dargestellt werden:

- Aktienkapital
(Art. 621 Abs. 1 VE 2014 i. V. m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. a OR)
- Partizipationskapital

- (Art. 656a Abs. 1 VE 2014 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. a OR)
- Gesetzliche Kapitalreserve (Art. 671 VE 2014 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR)
 - Reserven aus Kapitaleinlagen (sog. «KER») (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 3 VE 2014 OR i. V. m. Art. 5 Abs. 1bis VStG)
 - Übrige Einlagen, Agio und Zuschüsse (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 3 VE 2014 OR) [welche steuerlich nicht als KER qualifizieren]
 - Gesetzliche Gewinnreserve (Art. 672 VE 2014 i. V. m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR)
 - Übrige gesetzliche Gewinnreserven (Art. 672 Abs. 1 VE 2014 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR) [Pflichtzuweisung vom Jahresgewinn]
 - Aufwertungsreserve (Art. 725c VE 2014 OR)
 - Freiwillige Gewinnreserven oder kumulierte Verluste als Minusposten (Art. 673 VE 2014 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d OR)
 - Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1, Art. 675 Abs. 2 und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR)
 - Eigene Aktien als Minusposten (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR)

Neben dem Agio und dem Kaduzierungsgewinn sollen weitere vom Aktionär geleistete Einlagen und Zu-

schüsse der gesetzlichen Kapitalreserve zugewiesen werden (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1, Ziff. 2 und Ziff. 3 VE 2014 OR). Diese vorgeschlagene *aktienrechtliche* Gliederungsstelle übernimmt die steuerrechtliche Gliederungsstelle des Kapitaleinlageprinzips des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 (Unternehmenssteuerreform II).⁴⁵ Der VE 2014 sieht nur noch eine Pflichtzuweisung vor: 5% des Jahresgewinns sind der gesetzlichen Gewinnreserve zuzuweisen bis sie zusammen mit der gesetzlichen Kapitalreserve 50% des Aktienkapitals erreicht (Art. 672 Abs. 2 VE 2014 OR). Für Holdinggesellschaften gilt eine Obergrenze von 20%.

Mit dem Entwurf 2007 hätte der bilanzbezogene Eigenkapitalschutz verschärft werden sollen. Die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven (und somit einschliesslich das Agio) hätten nur im formalisierten Verfahren der Kapitalherabsetzung verwendet werden dürfen (Art. 671 Abs. 2 und Art. 672 Abs. 3 E 2007 OR). Der VE 2014 sieht eine Mittellösung zwischen dem geltenden Recht und dem Entwurf 2007 vor: Die Verwendung der gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven soll soweit zulässig sein, als die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven 50% des Aktienkapitals übersteigen (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 672 Abs. 3 VE 2014 OR). Es soll

jedoch zum Schutz der Gläubiger in Anlehnung an das Verfahren der Kapitalherabsetzung ein Prüfungsbericht vorausgesetzt werden⁴⁶, der ausserdem nach angelsächsischem Vorbild die Prüfung der Liquidität der Aktiengesellschaft miteinschliessen soll (Art. 671 Abs. 3 VE 2014 OR).

5.3 Zwischendividenden

Der VE 2014 sieht in Anlehnung an die bisherige Praxis die Ausrichtung von unechten Zwischendividenden vor (Art. 675a und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 VE 2014 OR). Es wird hierfür eine entsprechende Statutenbestimmung und eine durch die Revisionsstelle geprüfte Zwischenbilanz, die nicht älter als sechs Monate sein darf, vorausgesetzt.

Ein Verzicht auf die eingeschränkte Revision soll nicht möglich sein, wenn die Statuten der Aktiengesellschaft eine Bestimmung für Zwischendividenden vorsieht (Art. 727a Abs. 2 VE 2014 OR).

6. Ergebnisse

Mit der Inkraftsetzung der Aktienrechtsrevision werden aktienrechtliche Vorschriften über die Bildung und Verwendung der gesetzlichen Reserven eingeführt, die nach *angelsächsischem* Vorbild das Eigenkapital nicht mehr nach der Verwendbarkeit für Rückzahlungen und Ausschüttungen an die Aktionäre, sondern *nach*

der Herkunft gliedern werden. Die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven (Art. 671 und Art. 672 VE 2014 OR) und die gesetzliche Aufwertungsreserve (Art. 725c VE 2014 OR) werden trotzdem auf dem kontinental-europäischen Fundament des *bilanzbezogenen* Eigenkapitalschutzes stehen. Im Leitescheid vom 16. Oktober 2014 (BGE 140 III 533) hat das Bundesgericht die Eigenkapitalschutzvorschriften des Schweizer Aktienrechts in Erinnerung gerufen, welche die Gläubiger davor schützen sollen, dass die *Aktionäre* der in finanziellen Schwierigkeiten stehenden Gesellschaft noch rasch Mittel an sich ziehen.

¹ Bundesgericht, 16. Oktober 2014, A. AG gegen Nachlassmasse der Swisscargo AG in Nachlassliquidation, BGE 140 III 533.

² BGE 140 III 533, E. 4.2.

³ Bundesrat, Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts) und Erläuternder Bericht vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts). Die Vernehmlassungsfrist lief am 15. März 2015 ab.

⁴ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4.A., Basel 2009, § 1 N. 153 ff.; Peter Böckli, Der bilanzbezogene Eigenkapitalschutz, SZW (2009) 1; Müller/Thomann, Eigenkapitalschutz und neues Rechnungslegungsrecht, Jusletter vom 21. Oktober 2013, 1; BGE 140 III 533, E. 4.1.

⁵ Peter Böckli, 2009, § 8 N. 257 ff.

⁶ Peter Böckli, 2009, § 8 N. 257.

⁷ Unter dem angelsächsischen Einfluss auf das Schweizer Gesellschafts- und Rechnungslegungsrecht wurde in den letzten Jahren der Eigenkapitalschutz schleichend verwässert oder umgangen. Siehe dazu Peter Böckli, (2009) 3; Müller/Thomann, 21. Oktober 2013, 1. Siehe als Beispiel die Kritik am Eigenkapitalschutz von Matthias Staehelin, Die gesetzliche Kapitalre-

serve, ST (2015) 17: «Das bestehende Grundkapitalsystem kann keinen Haftungsfonds für die Gläubiger gewährleisten, als blosser Sperrziffer auf der Passivseite der Bilanz limitiert das Grundkapital einzig Ausschüttungen an die Aktionäre, es ist ‚kein Goldklumpen im Tresor‘, auf den die Gläubiger im Konkursfall noch zugreifen könnten.» In der Limitierung der Ausschüttung des Grundkapitals und der nicht verwendbaren gesetzlichen Reserven an die Aktionäre zum Schutz der Gläubiger liegt eben gerade der Zweck des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes.

⁸ Peter Böckli, (2009) 3.

⁹ BBI 2012 63.

¹⁰ BBI 2005 4733.

¹¹ Kurer/Kurer, BSK-OR, 2012, N. 14 zu Art. 675; Imark/Lipp, CHK-OR, 2012, N. 5 ff. zu Art. 674 OR; Christian Wenger, CHK-OR, 2012, N. 4 zu Art. 660; HWP 2014, Ziff. IV.2.29.1.2.

¹² Peter Böckli, 2009, § 1 N. 185; § 12 N. 547; Truffer/Dubs, BSK-OR, 2012, N. 16 f. zu Art. 706b; Dubs/Truffer, BSK-OR, 2012, N. 21 zu Art. 698.

¹³ Der aktien- und steuerrechtliche Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung sind weitgehend übereinstimmend auszulegen. Peter Böckli, 2009, § 1 N. 185; § 12 N. 558.

¹⁴ Imark/Lipp, CHK-OR, 2012, N. 9 zu Art. 671 OR; Neuhaus/Balkanyi, BSK-OR, 2012, N. 14 zu Art. 671.

¹⁵ BGE 140 III 533, E. 6.2.2.

¹⁶ BGE 140 III 533, E. 6.2.; Oser/Vogt, Die Ausschüttung von Agio nach geltendem und künftigen Recht, GesKR (2012) 21, wonach für die Auszahlung von Agio lediglich das Verfahren für die Dividendenausschüttung eingesetzt wird. Nicht mehr zutreffend ist die Auffassung von Imark/Lipp, CHK-OR, 2012, N. 17 zu Art. 671 OR, wonach «Agio als Dividende ausbezahlt werden darf». Ausserdem ist die Auffassung von Matthias Staehelin, (2015) 21, nicht zutreffend, wonach Kapitaleinlagereserven (dazu gehört auch das Agio) «in der Form einer Dividende» auszuschütten und als «Kapitaleinlagen-Dividende» zu bezeichnen sei, und die Auffassung von Glanzmann/Wolf, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen, ST (2015) 132, wonach «auch ein Agio als Dividende ausgeschüttet» werden darf.

¹⁷ Siehe dazu den Gesetzesvorschlag von Peter Böckli, L'agio, Champ de Bataille, ST (2011) 554: «le versement du remboursement d'apports aux actionnaires séparé de la distribution de dividendes».

¹⁸ Neuhaus/Balkanyi, BSK-OR, 2012, N. 38 zu Art. 671.

¹⁹ Peter Böckli, 2009, § 12 N. 532; Thalmann/Waibel, Endlich – die Interimsdividende setzt sich im schweizerischen Recht durch, SZW (2007) 18.

A.M. Neuhaus/Balkanyi, BSK-OR, 2012, N. 33 zu Art. 671; Kurer/Kurer, BSK-OR, 2012, N. 36 zu Art. 675; HWP 2014, Ziff. IV.2.29.2.4.

²⁰ Peter Böckli, 2009, § 12 N. 533, N. 544 ff.

²¹ BGE 140 III 533, E. 4.2. Maurer/Handle, Pflichten und Verantwortlichkeiten der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, GesKR (2013) 295, auf das sich das Bundesgericht bezieht, vertreten die Auffassung, dass das Verbot der Einlagerückgewähr und die Reserve-schutzbestimmungen strengere Anforderungen aufstellen würden als die Rechnungslegung.

²² BGE 140 III 533, E. 4.2.

²³ Mit dem VE 2014 sollen Art. 659a Abs. 2 und Art. 671a OR aufgehoben und in Anlehnung an Art. 959a Abs. 3 Bst. e OR durch eine Vorschrift ersetzt werden, wonach für eigene Aktien ein Minusposten einzustellen ist (Art. 659a Abs. 4 VE 2014 OR).

²⁴ BGE 140 III 533, E. 4.2. Siehe die Kritik zur neuen Darlehenskategorie Glanzmann/Wolf, (2015) 134. Siehe zum BGE 140 III 533 Treuhand-Kammer, Ausgewählte Fragen und Antworten bei der Beurteilung konzerninterner Forderungen, Cash Pooling und Dividenden im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR, 16. Dezember 2014.

²⁵ Siehe die Kritik von Oliver Blum, (2014) 471, wonach es sich bei der gesperrten Reserve um eine «buchhalterische Krücke» handelt, sowie von Glanzmann/Wolf, (2015) 135, und Brand/Müller, Konzerninterne Darlehen, Jusletter vom 15. Dezember 2014, 10, 16.

²⁶ Siehe die Kritik von Oliver Blum, Die Wirkungen von Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit, GesKR (2014) 467, wonach eine verdeckte Gewinnausschüttung im Umfang des gesamten Darlehensbetrags nur dann vorliegen kann, wenn es an «Rückzahlungswille oder -fähigkeit» fehlt. Siehe dazu auch HWP 2014, Ziff. IV.2.8.5, und Enrico Fritz, Darlehen an Konzerngesellschaften, GesKR (2006) 328.

²⁷ Siehe zu dieser differenzierten Betrachtungsweise im Steuerrecht Bundesgericht, 30. Januar 2012, A.X. und B.X. gegen Kantonales Steueramt Zürich, BGE 138 II 57, E. 5.1: «Gelegentlich werden die oben [...] genannten und zur Beurteilung von Darlehen an Aktionäre im Allgemeinen entwickelten Kriterien ohne weiteres auch bei der hier wesentlichen Frage zur Anwendung gebracht, ob ein solches Darlehen simuliert ist. Diese Frage ist jedoch enger als das allgemeine Problem der Aktionärsdarlehen. Somit genügt es nicht darzulegen, dass das betreffende Darlehen zwischen einander nicht nahestehenden Dritten nicht oder aber nur unter anderen Bedingungen gewährt worden wäre. Vielmehr muss darüber

hinaus aufgezeigt werden, dass aufgrund des besonderen Verhältnisses unter Nahestehenden mit der Rückzahlung des Darlehens nicht (mehr) ernstlich gerechnet werden kann.»

- ²⁸ Art. 2 Abs. 1 der Üb. Best. des Bundesgesetzes vom 23. Dezember 2011, BBI 2012 63: Das neue OR-Rechnungslegungsrecht finde erstmals Anwendung für das Geschäftsjahr, das zwei Jahre nach dessen Inkrafttreten beginnt.
- ²⁹ BBI 2012 63; Peter Böckli, Gemisch von Neuerungen und Altgewohntem in der OR-Rechnungslegung Modell 2011, ST (2012) 700.
- ³⁰ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBI 2008 1589.
- ³¹ Christian Haas, Eigene Aktien und Kapitalverlust, ST (2013) 923; Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, N. 436;
- ³² Siehe dazu Peter Böckli, 2009, § 4 N. 331; Hans Rudolf Trüeb, CHK-OR, 2012, N. 12 zu Art. 659b OR; Lenz/von Planta, BSK-OR, 2012, N. 9 zu Art. 659b.
- ³³ Christian Haas, (2013) 926; HWP 2014, Ziff. IV.2.28.1.
- ³⁴ Bundesrat, Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts) und Erläuternder Bericht vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts). Die Vernehmlassungsfrist lief am 15. März 2015 ab.
- ³⁵ Peter Böckli, 2014, N. 438.
- ³⁶ Peter Böckli, 2014, N. 491 und 504 f. Unzutreffend ist die Auffassung von Matthias Staehelin, (2014) 1133, die bisherige «Allgemeine Reserve» müsste in die gesetzliche Kapitalreserve überführt werden. Die Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes vom 23. Dezember 2011, BBI 2012 63, enthalten keine Vorschrift, die eine solche Überführung vorschreiben würde.
- ³⁷ Nach anderer Auffassung von Peter Böckli, 2014, Fussnote 926 und N. 504, muss im Eigenkapital während der Übergangszeit bis zur Inkraftsetzung der Aktienrechtsrevision zwingend anstelle der Begriffe «Kapital- und Gewinnreserve» die gesetzliche «Allgemeine Reserve» des Art. 671 OR ausgewiesen werden. Nach Auffassung von Matthias Staehelin, (2014) 1133, wäre es wenig praktikabel, zu verlangen, parallel die bisherige allgemeine Reserve nach altem Recht in der Bilanz weiterzuführen. Die Praktikabilität kann jedoch kein Argument sein, denn es geht um Sicherstellung des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes des geltenden Aktienrechts während der Übergangszeit bis zur Inkraftsetzung der Aktienrechtsrevision.
- ³⁸ Die Gliederung des Eigenkapitals während der Übergangszeit bis zur Inkraftsetzung der

Aktienrechtsrevision, nach der hier vertretenen Auffassung, stimmt inhaltlich mit den im HWP 2014 dargestellten Reservekategorien überein. Im HWP 2014 werden die Gewinnreserve aus Pflichtzuweisungen (Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR) als Unterposition «Allgemeine gesetzliche Gewinnreserve» der gesetzlichen Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR) und der übrige Teil der allgemeinen Reserve (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR) als Unterpositionen «(Steuerliche) Reserven aus Kapitaleinlagen» und «Übrige Kapitalreserve» der gesetzlichen Kapitalreserven (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR) ausgewiesen. Die Reserve für eigene Aktien (Art. 659b Abs. 3 und Art. 671a OR), die durch eine Tochtergesellschaft gehalten werden, und die Aufwertungsreserve (Art. 671b OR) werden als Unterpositionen der gesetzlichen Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR) ausgewiesen. HWP 2014, Ziff. IV.2.28.1. Aus dem Fachbeitrag von Susanne Haas, Mitglied der Kommission für Rechnungslegung der Treuhänder-Kammer, Diskrepanzen zwischen neuem Rechnungslegungsrecht und bestehendem Aktienrecht, ST (2014) 869, geht hervor, dass mit der Bezeichnung «Allgemeine gesetzliche Gewinnreserve» der Bogen zum Aktienrecht geschlagen wird.

- ³⁹ HWP 2014, Ziff. IV.2.29.2.2.
- ⁴⁰ Im HWP 2014 wird die 20%-Obergrenze der ersten Zuweisung ungenau mit den gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven anstatt der allgemeinen gesetzlichen Gewinnreserve und der gesetzlichen Kapitalreserve ermittelt. HWP 2014, Ziff. IV.2.29.2.2.
- ⁴¹ Im HWP 2014 wird auch die 50%-Obergrenze der zweiten Zuweisung ungenau ermittelt. HWP 2014, Ziff. IV.2.29.2.2.
- ⁴² Im HWP 2014 wird die 50%-Sperrziffer teilweise ungenau mit den gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven anstatt der allgemeinen gesetzlichen Gewinnreserve und der gesetzlichen Kapitalreserve ermittelt. HWP 2014, Ziff. IV.2.29.2.2. Robert Gutsche, veb.ch Praxiskommentar, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, Zürich 2014, N. 146 zu Art. 959a, ermittelt die 50%-Sperrziffer ebenfalls mit den gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven, wobei hingegen die Reserve für eigene Aktien (Art. 671a OR), die durch eine Tochtergesellschaft gehalten werden, und die Aufwertungsreserve nicht als Unterpositionen der gesetzlichen Gewinnreserve ausgewiesen werden.
- ⁴³ Im HWP 2014 wird auch die 20%-Sperrziffer teilweise ungenau ermittelt. HWP 2014, Ziff. IV.2.29.2.2.

⁴⁴ Bundesrat, Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts) und Erläuternder Bericht vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts). Die Vernehmlassungsfrist lief am 15. März 2015 ab.

⁴⁵ BBI 2005 4733.

⁴⁶ Die Anlehnung an das Kapitalherabsetzungsverfahren, auf die auch der Erläuternde Bericht vom 28. November 2014, Ziff. 2.1.14, ausdrücklich verweist, übersieht Matthias Staehelin, (2015) 19. Der VE 2014 hat den Vorschlag von Peter

Böckli, (2011) 554, «un avis spécial du réviseur agréé», eben doch – aus der Sicht des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes zu Recht – aufgenommen. Gleichzeitig hat der VE 2014 den Vorschlag von Peter Böckli, (2011) 554, «le versement du remboursement d'apports aux actionnaires séparé de la distribution de dividendes», ebenfalls zu Recht aufgenommen, wonach die Kapitalreserven getrennt von Dividenden ausbezahlt werden müssen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 VE 2014 OR).

