

Marlen Stöckli

Die neue Bilanzierungsmethode eigener Kapitalanteile und deren (ausbleibender) Einfluss auf Art. 725 Abs. 1 OR

Seit dem Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts am 1. Januar 2013 dürfen eigene Kapitalanteile nach Ansicht der Autorin nicht mehr wie bisher aktiviert, sondern müssen auf der Passivseite mit einem Minusposten bilanziert werden. Sie ist der Ansicht, dass diese neue Buchungsmethode für eigene Kapitalanteile, entgegen anderen Lehrmeinungen, keinen Einfluss auf die «Alarmglocke» in Art. 725 Abs. 1 OR hat.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Handelsrecht; Aktienrecht

Zitiervorschlag: Marlen Stöckli, Die neue Bilanzierungsmethode eigener Kapitalanteile und deren (ausbleibender) Einfluss auf Art. 725 Abs. 1 OR, in: Jusletter 8. August 2016

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Behandlung eigener Kapitalanteile in der Bilanz
 - A. Früherer Bilanzierungsmodus: Aktivierung und Reserve
 - B. Heutiger Bilanzierungsmodus: Keine Aktivierung und Minusposten
 - C. Behebung des Widerspruchs im Gesetz
 - D. Der Vorentwurf zur anstehenden Änderung des Aktienrechts
- III. Auswirkungen auf Art. 725 Abs. 1 OR
- IV. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Am 21. Dezember 2007 verabschiedete der Bundesrat einen Gesetzesentwurf und seine Botschaft zur umfassenden Änderung des Aktien- und Rechnungslegungsrechts.¹ In der Sommersession 2009 nahm der Ständerat deren Beratung auf und entschied aufgrund der eingereichten Volksinitiative «gegen die Abzockerei»², die Vorlage des Bundesrates aufzuteilen.³ Vorlage 1 betraf neu das Aktienrecht und Vorlage 2 das Rechnungslegungsrecht. Am 1. Januar 2013 ist das neue Rechnungslegungsrecht in Kraft getreten.⁴ Bezüglich der Revision des Aktienrechts hat der Bundesrat im November 2014 einen neu ausgearbeiteten Vorentwurf in die Vernehmlassung geschickt.⁵ Dieser bezweckt nun unter anderem die Unstimmigkeiten, die im Gesetz aufgrund der Abspaltung des Rechnungslegungsrechts vom Aktienrecht entstanden sind, zu beheben.⁶

[Rz 2] Eine solche Unstimmigkeit besteht insbesondere zwischen den Bestimmungen des geltenden (unveränderten) Aktienrechts zum Erwerb eigener Aktien⁷ sowie zur Reserve für eigene Aktien⁸ und derjenigen des neuen Rechnungslegungsrechts⁹. Gemäss dem neuen Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR dürfen eigene Aktien in der Bilanz der Gesellschaft nicht mehr aktiviert werden. Diese Vorschrift steht im Widerspruch zum geltenden Aktienrecht, wonach eigene Aktien aktiviert und mit einer Reserve auf der Passivseite bilanziert werden. Unter dem neuen Rech-

¹ Gesetzesentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1751; siehe auch die Botschaft des Bundesrates, BBl 2008 1589.

² Für Details zur eidgenössischen Volksinitiative «gegen die Abzockerei»: <https://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis348.html> (Stand: 12. April 2016), Website zuletzt besucht am 18. April 2016.

³ Amtliches Bulletin des Ständerats, Sommersession 2009, zwölfte Sitzung vom 9. Juni 2009, 08.011, S. 601 ff.; vierzehnte Sitzung vom 10. Juni 2009, 08011, S. 643 ff.; sechzehnte Sitzung vom 11. Juni 2009, 08.011, S. 699 ff. Für die Revision des Aktienrechts wollte man den Ausgang der Volksabstimmung abwarten, was aber das Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts nicht verzögern sollte.

⁴ Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2012, Neues Rechnungslegungsrecht tritt am 1. Januar 2013 in Kraft, abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2012/ref_2012-11-22.html (Stand: 22. November 2012), Website zuletzt besucht am 18. April 2016.

⁵ Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html> (Stand: 4. Dezember 2015), Website zuletzt besucht am 18. April 2016. Die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens sind abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2015/ref_2015-12-04.html (Stand: 4. Dezember 2015), Website zuletzt besucht am 20. April 2016.

⁶ Vgl. dazu den Erläuternden Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html> (Stand: 4. Dezember 2015), Website besucht am 18. April 2016.

⁷ Art. 659–659b OR.

⁸ Art. 671a OR.

⁹ Im Besonderen Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR.

nungslegungsrecht stellt sich darum die Frage nach dem bilanziellen Ausweis dieser Aktien und dessen Auswirkungen auf den Schwellenwert nach Art. 725 Abs. 1 OR. Zu deren Klärung wird in einem ersten Schritt die Behandlung eigener Kapitalanteile in der Bilanz (*infra* II) und in einem zweiten Schritt deren Folgen auf Art. 725 Abs. 1 OR (*infra* III) untersucht.

II. Die Behandlung eigener Kapitalanteile in der Bilanz

A. Früherer Bilanzierungsmodus: Aktivierung und Reserve

[Rz 3] Bevor das neue Rechnungslegungsrecht in Kraft getreten ist, wurden eigene Aktien in der Bilanz aktiviert und dafür auf der Passivseite gleichzeitig eine gesetzliche Reserve für eigene Aktien gebildet.¹⁰ Dadurch wurde dem Gleichgewichtsgrundsatz der Bilanz und Art. 659a Abs. 2 OR, wonach für die eigenen Aktien ein dem Anschaffungswert entsprechender Betrag als Reserve auszuweisen ist, Rechnung getragen.

VOR DEM ERWERB			
Bank	1000	Fremdkapital	0
		Aktienkapital und gesetzliche Reserven	800
		Gewinn	200
Bilanzsumme: 1000			

NACH DEM ERWERB			
Bank	900	Fremdkapital	0
eigene Aktien	100	Aktienkapital und gesetzliche Reserven	800
		Reserve für eigene Aktien	100
		Gewinn	100
Bilanzsumme: 1000			

[Rz 4] Gemäss Art. 671a OR konnte die Reserve für eigene Aktien nach dieser Methode erst dann wieder aufgehoben werden, wenn die eigenen Aktien an Dritte veräussert oder im Rahmen einer Kapitalherabsetzung vernichtet worden waren. Durch die Verrechnung der Reserve mit dem Gewinn oder Gewinnvortrag diente diese als Ausschüttungssperre, denn sie stellte sicher, dass das Ausschüttungspotential der Gesellschaft nicht erhöht wurde.¹¹ Nach richtiger Ansicht

¹⁰ BBl 1983, S. 807; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (2009), Band I: Buchführung und Rechnungslegung, Zürich 2009, S. 252.

¹¹ BUCHSER MICHAEL/JAUSSI THOMAS, Zivil- und steuerrechtliche Probleme beim direkten und indirekten Rückkauf eigener Aktien, in: ASA 70 (2001/2002), S. 619–676, S. 633; DRUEY JEAN-NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Auflage, Zürich 2015, S. 104 N 46; HANDSCHIN LUKAS, Eigene Aktien im Konzern, in: ST 8/13, S. 485–489, S. 485, Ziff. 1.1; TRÜEB HANS-RUDOLF, Kommentar zu Art. 659–659b OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans-Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft (Art. 530–771 OR), 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 659a OR N 12.

von BÖCKLI war eine direkte Verrechnung der gekauften eigenen Aktien mit dem Eigenkapital mittels eines Minuspostens unter der damaligen Rechtslage «*schlicht gesetzeswidrig*»¹².

B. Heutiger Bilanzierungsmodus: Keine Aktivierung und Minusposten

[Rz 5] Bevor die Bundesversammlung entschied, die Revision des Rechnungslegungsrechts losgelöst von der Revision des Aktienrechts zu behandeln, sah der Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007 (zur Änderung des Aktien- **und** des Rechnungslegungsrechts zusammen) noch vor Art. 659a Abs. 2 und Art. 671a OR zu streichen.¹³ Dies ist aufgrund der Aufspaltung bis heute nicht geschehen mit der Folge, dass das neue Rechnungslegungsrecht, das am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist, im Widerspruch zu diesen Bestimmungen steht. Bis anhin ist dieser Widerspruch auch vom Bundesgericht nicht aufgelöst worden, was aber dessen Behebung in Anwendung allgemeiner Kollisionsregeln nicht ausschliesst (siehe *infra* II.C). Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR sieht vor, dass eigene Kapitalanteile neu als Minusposten auf der Passivseite ausgewiesen werden müssen. Es erfolgt keine Aktivierung der Aktien, sondern eine direkte Abbuchung eines dem Kaufpreis entsprechenden Betrages vom Eigenkapital (Bilanzschrumpfung). Damit wurde auf die angelsächsische Methode umgestellt und das veraltete System durch ein neues ersetzt, das so auch in den Schweizerischen¹⁴ und Internationalen¹⁵ Rechnungslegungsstandards vorgesehen ist.

VOR DEM ERWERB			
Bank	1000	Fremdkapital	0
		Aktienkapital und gesetzliche Reserven	800
		Gewinn	200
Bilanzsumme: 1000			

¹² BÖCKLI PETER, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, S. 113 N 477; gleicher Meinung: BOEMLE MAX/LUTZ RALF, Der Jahresabschluss, 5. Auflage, Zürich 2008, S. 303 ff., Ziff. 19.1.3; LENZ CHRISTIAN/VON PLANTA ANDREAS, Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 659–659b OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012, Art. 659a OR N 4; anderer Meinung: HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2013, S. 413 N 917 f.

¹³ Gesetzesentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1751.

¹⁴ Swiss GAAP FER 24 Ziff. 2: «Der Bestand der eigenen Aktien ist nicht unter den Aktiven, sondern als Minusposten im Eigenkapital auszuweisen»; Swiss GAAP FER 24 Ziff. 7; Swiss GAAP FER 3 Ziff. 2; siehe auch Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (2014), Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 243.

¹⁵ IAS 32.33: «Erwirbt ein Unternehmen seine eigenen Eigenkapitalinstrumente zurück, so sind diese Instrumente («eigene Anteile») vom Eigenkapital abzuziehen»; IAS 32.34; IAS 32.AG36.

NACH DEM ERWERB			
Bank	900	Fremdkapital	0
eigene Aktien	0	Aktienkapital und gesetzliche Reserven	800
		Minusposten für eigene Kapitalanteile	- 100
		Gewinn	200
Bilanzsumme: 900			

[Rz 6] Diese Bilanzierungsmethode macht deutlich, dass der Erwerb eigener Aktien kein Erwerb eines Aktivums bedeutet, sondern viel mehr einer Rückerstattung von Eigenkapital an die Aktionäre entspricht.¹⁶ Durch das Aktivierungsverbot und den Minusposten auf der Passivseite entsteht auch mit dieser Methode eine Ausschüttungssperre.¹⁷ Im Gegensatz zu den Reserven für eigene Aktien wird hier das Ausschüttungspotenzial nicht dadurch reduziert, dass ein Aktivum mit der Bildung von Reserven auf der Passivseite «korrigiert» wird (mit der Folge, dass der Gewinn oder Gewinnvortrag reduziert wird), sondern dadurch, dass die erworbenen eigenen Aktien nicht aktiviert werden und dadurch das Bruttovermögen der Gesellschaft sinkt.

C. Behebung des Widerspruchs im Gesetz

[Rz 7] Im Rahmen der Revision des Rechnungslegungsrechts wurde mit Art. 959a OR eine neue Bestimmung geschaffen, die hinreichend klar definiert ist, um das alte Recht (in diesem Fall Art. 659a Abs. 2 sowie Art. 671a OR) zu verdrängen.¹⁸ Die Kollisionsregel *lex posterior derogat legi priori* kommt hier zum Tragen.¹⁹ Neu müssen eigene Kapitalanteile als Minusposten auf der Passivseite erscheinen. Dies führt aufgrund des Gleichgewichtsgrundsatzes der Bilanz dazu, dass die eigenen Aktien auf der Aktivseite nicht aktiviert werden dürfen. Das unveränderte Aktienrecht schreibt eine Aktivierung nämlich nicht vor.²⁰ Dies hat sich lediglich aus dem System der gesetzlichen Reserve abgeleitet. Wenn nämlich bei ungekürztem, nur gesperrtem Eigenkapital die eigenen Aktien auf der Aktivseite jeweils nicht aktiviert werden, würde ein Verlust in gleicher Höhe und damit eine doppelte Ausschüttungssperre entstehen.²¹

¹⁶ HANDSCHIN, Eigene Aktien im Konzern [Fn. 11], S. 485, Ziff. 1.2.

¹⁷ Gleicher Meinung: HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht [Fn. 12], S. 414 N 920; BBI 2008 1589, S. 1660; anderer Meinung: BUCHELER RÉMY, Réserve pour propres actions: Une analyse juridique, in: ECS 3/15, S. 197–202, S. 201.

¹⁸ Gleicher Meinung: HAAS CHRISTIAN, Eigene Aktien und Kapitalverlust, in: ST 12/13, S. 921–927, S. 923; HANDSCHIN, Eigene Aktien im Konzern [Fn. 11], S. 486, Ziff. 1.3; LIPP LORENZ, Kommentar zu Art. 959a OR, in: Roberto Vito/Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Ergänzungsband: Revidiertes Rechnungslegungsrecht, Zürich 2013, Art. 959a OR N 55.

¹⁹ KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, Bern 2013, S. 112 ff. Ziff. 5.

²⁰ Gleicher Meinung: BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung [Fn. 12], S. 113 f. N 481; HANDSCHIN, Eigene Aktien im Konzern [Fn. 11], S. 486 f., Ziff. 1.3; anderer Meinung: CHAPUIS BENJAMIN, Actions propres: Réserve ... ou pas??, in: ECS 8/13, S. 490–491, S. 490 ff.; differenziert dazu OSWALD DIANA, Eigene Aktien in der Rechnungslegung, in: Jusletter 22. September 2014, N 47 ff.

²¹ BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung [Fn. 12], S. 113 f. N 481.

[Rz 8] Zum gleichen Resultat, aber auf einem anderen Weg, gelangt HANDSCHIN.²² Er möchte den vom Gesetz in Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR ausgewählten Begriff des «Minusposten» als «Minusreserve» verstehen. Dies hätte seiner Ansicht nach den Vorteil, dass er mit Art. 659a Abs. 2 OR übereinstimmen würde. Auch er anerkennt aber, dass selbst beim Vorliegen eines Widerspruchs, die neuere der älteren Norm vorzugehen hat. Vom Begriff losgelöst, hat der «Minusposten» den gleichen Sinn und Zweck wie die bisherige Reserve. Er hat ebenso zur Folge, dass das Eigenkapital im Umfange des Erwerbspreises für die eigenen Aktien weder für Ausschüttungen an die Aktionäre noch als Haftungssubstrat für die Gläubiger greifbar ist.²³

D. Der Vorentwurf zur anstehenden Änderung des Aktienrechts

[Rz 9] Gemäss Vorentwurf vom 28. November 2014 soll Art. 671a OR nun aber doch ersatzlos gestrichen werden.²⁴ Den Art. 659a OR möchte der Gesetzgeber neu in vier Absätze gliedern. Die ersten drei Absätze beziehen sich auf das Stimmrecht und der vierte lautet: «Die Gesellschaft hat in der Bilanz für die eigenen Aktien einen dem Anschaffungswert oder des Ausgabebetrages entsprechenden Betrag vom Eigenkapital abzuziehen (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e).»²⁵ Damit drückt der Gesetzgeber unmissverständlich aus, dass die Umstellung auf das angelsächsische System seinem Willen entspricht, was den Vorrang der jüngeren Bestimmung (Art. 959a OR) vor den älteren (Art. 659a Abs. 2 und 671a OR) noch zu stützen vermag. Bereits im Gesetzesentwurf zur Änderung des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vom 21. Dezember 2007 waren diese Änderungen vorgesehen.²⁶ Die dazugehörige Botschaft zeigt auf, dass dem Gesetzgeber ein Systemwechsel vorschwebte. So heisst es dort, dass «eigene Aktien keine Vermögenswerte darstellen, die wie Forderungen oder Waren im normalen Geschäftsverkehr veräussert werden können. [...] Die bisherige Reserve für eigene Aktien wird neu als Minusposten gezeigt und nicht mehr als separate Reserve. Diese Darstellung vermittelt den wirtschaftlichen Sachverhalt transparenter: Die für den Erwerb verwendeten Mittel sind bis zur Weiterveräusserung der eigenen Aktien weder für die Ausschüttungen an die Aktionärinnen und Aktionäre noch als Haftungssubstrat für die Gläubigerinnen und Gläubiger greifbar».²⁷

III. Auswirkungen auf Art. 725 Abs. 1 OR

[Rz 10] Der im vorherigen Kapitel II dargestellte Widerspruch im Gesetz hat nicht nur Auswirkungen auf die Darstellung eigener Kapitalanteile in der Bilanz, sondern berührt auch Art. 725 Abs. 1 OR. Diese Bestimmung verpflichtet den Verwaltungsrat, unverzüglich eine General-

²² HANDSCHIN, Eigene Aktien im Konzern [Fn. 11], S. 486 f., Ziff. 1.3; HANDSCHIN LUKAS, Neues Rechnungslegungsrecht: Die wichtigsten Neuerungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in: Jusletter 21. Oktober 2013, N 28.

²³ BBl 2008, S. 1660; HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht [Fn. 12], S. 414 N 920; anderer Meinung: BUCHELER [Fn. 17], S. 200.

²⁴ Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014 [Fn. 5].

²⁵ Art. 659a Abs. 4 des Vorentwurfs zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014 [Fn. 5].

²⁶ Gesetzesentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1751.

²⁷ BBl 2008 1751, 1660.

versammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen, wenn die Hälfte der Summe von Aktienkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist. Da die neue Buchungsmethode für eigene Kapitalanteile zu einer Reduktion des Eigenkapitals führt, weil sich die gesetzlichen Reserven in ihrer Höhe ändern (es wird nicht mehr eine Reserve für eigene Aktien, sondern ein Minusposten für eigene Kapitalanteile ausgewiesen; siehe dazu *supra* II.B), stellt sich die Frage, ob und wie sich diese auf die «Alarmglocke» in Art. 725 Abs. 1 OR auswirkt. Unter dem bisherigen Bilanzierungsmodus wurden die direkt erworbenen eigenen Aktien aktiviert und auf der Passivseite mit einer entsprechenden Reserve eingestellt.²⁸ Die neue Methode, die mit der Revision des Rechnungslegungsrechts eingeführt worden ist, sieht nun vor, dass die Aktien nicht mehr aktiviert werden, weshalb die Aktivseite der Bilanz um den für den Erwerb der eigenen Aktien aufgewendeten Betrag gekürzt wird. Gleichzeitig wird der in Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR vorgesehene Minusposten passiviert und führt so zu einer Reduktion des Eigenkapitals mit der Folge, dass sich auch der Schwellenwert nach Art. 725 Abs. 1 OR verkleinert (das Risikokapital, das die Gläubiger vor Verlusten schützt, wird kleiner).

[Rz 11] Dieser tiefere Schwellenwert hat BÖCKLI wohl veranlasst, den seiner Ansicht nach geschwächten Eigenkapitalschutz zu kritisieren.²⁹ Er ist der Meinung, dass die «Alarmglocke» des Art. 725 Abs. 1 OR unter dem neuen Bilanzierungsmodus im Krisenfall später zu vernehmen ist als unter dem alten Modus. Genau umgekehrt sieht es HAAS.³⁰ Seiner Ansicht nach wird die in Art. 725 Abs. 1 OR vorgesehene «Alarmglocke» beim direkten Erwerb eigener Aktien unter dem neuen Recht früher zu vernehmen sein. Künftig müssten die Aktionäre zu einem früheren Zeitpunkt über das Vorliegen des Kapitalverlusts informiert und Sanierungsmassnahmen ergriffen werden. Dies könnte gemäss HAAS dazu führen, dass eigene Aktien vermehrt indirekt via Unter-gesellschaft erworben werden. Hinsichtlich des Schutzes der Gläubigerinteressen wäre der Systemwechsel seiner Meinung nach zu begrüssen. Die Autorin vertritt eine abweichende Meinung zu derjenigen von HAAS als auch zu jener von BÖCKLI. Diese soll in den untenstehenden Tabellen veranschaulicht werden. Der Schwellenwert gemäss Art. 725 Abs. 1 OR wird sowohl nach alter wie nach neuer Buchungsmethode gleichzeitig, d.h. bei gleichen Verlusten erreicht (wenn auch bei der neuen Methode auf tieferem Niveau).

²⁸ Vgl. dazu BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung [Fn. 12], S. 116 N 494; HAAS [Fn. 18], S. 926.

²⁹ BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung [Fn. 12] S. 116 N 494.

³⁰ HAAS [Fn. 18], S. 926, Ziff. 4.

BISHERIGER BILANZIERUNGSMODUS				
Abschluss per 31.12	2015	2016	2017	2018
Aktienkapital und gesetzliche Reserven	800	800	800	800
Reserve für eigene Aktien	100	100	100	100
Gewinn-/Verlustvortrag		100	0	- 200
Jahresergebnis	100	- 100	- 200	- 250
Schwellenwert nach Art. 725 Abs. 1 OR	450	450	450	450

[Rz 12] Unter dem alten Recht beträgt der Schwellenwert nach Art. 725 Abs. 1 OR im vorliegenden Beispiel 450 (800 Aktienkapital und gesetzliche Reserven + 100 Reserve für eigene Aktien / 2). Die «Glocke» schlägt also dann Alarm, wenn ein kumulierter Verlust von 550 vorliegt. Anders ausgedrückt: Der Schwellenwert nach Art. 725 Abs. 1 OR ist dann erreicht, wenn der Gewinnvortrag von 100 und anschliessend die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven von 450 aufgezehrt sind, total also bei kumulierten Verlusten von 550.

NEUER BILANZIERUNGSMODUS				
Abschluss per 31.12	2015	2016	2017	2018
Aktienkapital und gesetzliche Reserven	800	800	800	800
Minusposten für eigene Aktien	- 100	- 100	- 100	- 100
Gewinn-/Verlustvortrag		200	100	- 100
Jahresergebnis	200	- 100	- 200	- 250
Schwellenwert nach Art. 725 Abs. 1 OR	350	350	350	350

[Rz 13] Unter dem neuen Rechnungslegungsrecht beträgt der Schwellenwert nach Art. 725 Abs. 1 OR im gleichen Beispiel nur noch 350 (800 Aktienkapital und gesetzliche Reserven – 100 Minusposten für eigene Kapitalanteile / 2). Da nach neuer Rechnungslegung der Gewinn nicht um die Reserve für eigene Aktien geschmälert werden muss, fällt er in obigem Beispiel im Jahr 2015 – unter sonst gleichen Bedingungen – um 100 höher aus. Dementsprechend entsteht ein um 100 höheres «Polster» im Gewinnvortrag des Jahres 2016 um die kommenden Jahresverluste abzufen-

dern. Auch unter dem neuen Rechnungslegungsrecht braucht es in diesem Beispiel kumulierte Verluste in der Höhe von 550, bis der Alarm von Art. 725 Abs. 1 OR ausgelöst wird (zuerst wird der Gewinnvortrag von 200 und danach die Hälfte aus Aktienkapital und Reserven von 350 aufgezehrt).³¹

[Rz 14] Diese Feststellung gilt dabei nicht nur für das oben dargestellte Beispiel, sondern ergibt sich aus dem System heraus. Während früher eine positive Reserve zulasten des Gewinnes bzw. der frei verfügbaren Reserven gebildet wurde (die ihrerseits nicht Bestandteil der Schwellenberechnung nach Art. 725 Abs. 1 OR sind), wird im neuen Bilanzierungsmodus ein Minusposten gebildet. Die Komponenten für die Schwellenberechnung nach Art. 725 Abs. 1 OR (Aktienkapital, gesetzliche Reserven inkl. Reserve für eigene Aktien bzw. Minusposten für eigene Aktien) unterscheiden sich in den beiden Methoden gesamthaft um den doppelten Wert der Reserve für eigene Aktien. Da der Schwellenwert als die Hälfte dieser Grössen eingesetzt wird, sinkt er im Vergleich zur alten Methode im Umfang der Reserve für eigene Aktien. Andererseits ist bei der neuen Methode das freie Eigenkapital um die Reserve für eigene Aktien höher (da hier keine Umbuchung vom Gewinn zur Reserve für eigene Aktien stattfindet). Die Abnahme des Schwellenwertes wird in gleichem Umfang durch die höheren freien Eigenmittel kompensiert. Die «Glocke» von Art. 725 Abs. 1 OR schlägt bei beiden Methoden im gleichen Zeitpunkt Alarm (d.h. bei gleich hohen kumulierten Verlusten).

[Rz 15] Anders sähen die Verhältnisse aus, wenn der Gesetzgeber dem Vorschlag von HAAS folgen und Art. 725 Abs. 1 OR in dem Sinne präzisieren würde, dass der in Art. 959 Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR enthaltene Minusposten keinen Einfluss auf die Ermittlung eines Kapitalverlusts haben soll.³² Wenn also der Minusposten bei der Berechnung des Schwellenwertes nicht miteinbezogen würde, wäre der Schwellenwert um diesen Betrag höher und entsprechend früher wäre die «Alarmglocke» von Art. 725 Abs. 1 OR zu vernehmen. Klarheit soll die nachfolgende Tabelle verschaffen.

³¹ Von einer anderen Ausgangslage unter Anwendung des neuen Bilanzierungsmodus geht DIANA OSWALD aus, die den um den Betrag der Reserve für eigene Aktien höheren Gewinn in die gesetzlichen allgemeinen Reserven verschiebt und damit das massgebliche Eigenkapital gemäss Art. 725 OR erhöht (vgl. dazu OSWALD [Fn. 20], N 67). Diese Annahme ist jedoch nicht zwingend. In der Praxis werden die gesetzlichen allgemeinen Reserven meistens nur im vom Gesetz vorgeschriebenen Umfang (Art. 671 Abs. 1 und 2) geäuft, da deren spätere Verwendung wiederum nur innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen möglich ist (Art. 671 Abs. 3). Aus diesem Grund wird der Gewinn in aller Regel – sofern er nicht ausgeschüttet wird – in die sogenannten «offenen» Reserven verschoben oder als Gewinnvortrag stehen gelassen (siehe dazu BOEMLE MAX/STOLZ CARSTEN, Unternehmungsfinanzierung, Band I, 14. Auflage, Zürich 2010, S. 463).

³² HAAS [Fn. 18], S. 926, Ziff. 4.

	positive Reserve (altes Recht)	Minusposten (neues Recht)	Minusposten unberücksichtigt
Aktienkapital und gesetzliche Reserven	800	800	800
Reserve/Minusposten eigene Aktien	100	- 100	- 100
Gewinnvortrag	100	200	200
Verlust	- 500	- 500	- 500
tatsächlich vorhandenes Eigenkapital	500	400	400
Schwellenwert nach Art. 725 Abs. 1 OR	450	350	400
«Alarmglocke» (Eigenkapital Schwellenwert)	Nein	Nein	Ja

IV. Fazit

[Rz 16] Wenn eigene Aktien direkt erworben werden, darf für diese in der Bilanz neu keine Aktivierung mehr stattfinden. Hingegen muss auf der Passivseite für die eigenen Kapitalanteile ein Minusposten gebildet werden. Der Widerspruch zwischen Art. 659a Abs. 2 sowie Art. 671a OR und Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR wird mit der Kollisionsregel *lex posterior derogat legi priori* gelöst, wobei letztere Bestimmung den Vorzug erhält. Der Minusposten führt (ebenso wie die unter dem alten Recht angewendete positive Reserve) dazu, dass das Eigenkapital weder für Ausschüttungen an die Aktionäre noch als Haftungssubstrat für die Gläubiger greifbar ist. Der Ausweis der eigenen Aktien als Minusposten zum Eigenkapital stellt die juristisch und betriebswirtschaftlich zweckmässigste Lösung dar. Auf den Schwellenwert in Art. 725 Abs. 1 OR hat diese neue Bilanzierungsmethode keinen Einfluss. Die «Alarmglocke» wird immer noch bei gleich hohen Verlusten wie unter dem alten Recht zu vernehmen sein. Unter dem Titel des Gläubigerschutzes wäre eine Änderung von Art. 959 Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR gemäss Vorschlag von HAAS (kein Einfluss des Minuspostens auf die Berechnung des Kapitalverlusts) aber trotzdem zu begrüssen.

MLaw MARLEN STÖCKLI ist juristische Mitarbeiterin der Transliq AG, Bern/Zürich. Grosser Dank gebührt an dieser Stelle Herrn Urs Stöckli, eidg. dipl. Wirtschaftsprüfer, Transliq AG, Bern/Zürich für die bereichernden Diskussionen und seine kritischen Kommentare zu diesem Beitrag. Dieser basiert auf der Masterarbeit der Autorin, die im Herbstsemester 2015 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg eingereicht und dem Prix d'Excellence NKF ausgezeichnet worden ist.