

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 58 (1939)

Artikel: Die Reserven der Aktiengesellschaft

Autor: Staehelin, Max

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896262>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 23.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Reserven der Aktiengesellschaft.

Referat

von Dr. jur. Max Staehelin jun.,
Privatdozent, Basel*).

INHALTSVERZEICHNIS.

	Seite
I. Die Reserven der Aktiengesellschaft im allgemeinen	119a
1. Begriff	119a
2. Entstehung der Reserven	120a
a) durch Ansammeln von Gewinnen	120a
b) durch Einlagen von Gesellschaftern	121a
c) durch Buchoperationen	121a
3. Einteilung der Reserven	122a
4. Reservefonds und Reservekonten	124a
5. Bilanzwahrheit und stille Reserven	129a
II. Die gesetzlich bedingten Reserven	132a
1. Reserven und gesetzliche Höchstvorschriften . .	133a
a) Ihre Bildung	133a
b) Ihre Auflösung	134a
α) bei Grundstücken des Anlagevermögens . .	135a
β) beim übrigen Anlagevermögen, insbesondere bei den Dauerbeteiligungen	142a

*) Die Darstellung ist grundsätzlich auf die Erörterung von aus dem schweizerischen Obligationenrecht sich ergebenden Problemen beschränkt. Das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen wird nur insoweit herangezogen, als es zu ihrem besserem Verständnis angezeigt erscheint. Ebenso wird es mit dem ausländischen Recht gehalten, da der Zweck des Referates darin erblickt wird, daß es eine Grundlage zur Diskussion schweizerischer Rechtsfragen de lege lata bilde.

2. Der gesetzliche Reservefonds	150a
a) OR Art. 671 Abs. 1	150a
α) Normalerweise kein Ausscheiden auf der Aktivseite der Bilanz	150a
β) Der Begriff: Reingewinn	150a
$\alpha\alpha$) insbesondere der echte Verlustvortrag	153a
$\beta\beta$) insbesondere der unechte Verlustvortrag	153a
$\gamma\gamma$) insbesondere der Gewinnvortrag	158a
b) OR Art. 671 Abs. 2	159a
α) Gebundenheit des Agios	160a
β) Bestimmung des Zehntels nach Ziffer 3	161a
γ) Zusätzliche Speisung gemäß Ziffer 3	162a
δ) Der Einfluß eines Gewinnvortrages oder der Heranziehung einer sonstigen Reserve auf die zusätzliche Speisung gemäß Ziffer 3	164a
ϵ) Kein Dividendenausgleich in Bezug auf die zusätzliche Speisung gemäß Ziffer 3	165a
c) OR Art. 671 Abs. 3	166a
α) Freier und gebundener Teil des gesetzlichen Reservefonds	167a
β) Abs. 3 und OR Art. 671 Abs. 2 Satz 1	168a
γ) Bilanzverlust	168a
3. Die gesetzlich bedingten Reserven gemäß Art. 11 lit. c des Bundesgesetzes über die Banken und Spar- kassen; OR Art. 732 Abs. 4	171a
a) Art. 11 lit. c des Bankengesetzes	171a
α) Buchgewinn	171a
β) Gebundenheit des in Reserve gestellten Buch- gewinnes	173a
b) OR Art. 732 Abs. 4	173a
III. Die freiwilligen Reserven	176a
1. Verwaltungsrat und freiwillige Reserven	177a
a) OR Art. 663 Abs. 2	177a
b) Auskunfterteilung über stille Reserven	182a
2. Generalversammlung und freiwillige Reserven	182a
a) Im allgemeinen	182a
b) OR Art. 674 Abs. 2	183a
IV. Schlußbetrachtungen	185a

I. Die Reserven der Aktiengesellschaft im allgemeinen.

1. Begriff.

Reserven sind begrifflich Reinvermögen. Wo kein Reinvermögen vorhanden ist, sind keine Reserven denkbar. Aber nicht alles Reinvermögen ist Reserve¹⁾. Im Aktienrecht versteht man unter Reserven den die Grundkapitalsziffer oder, was dasselbe besagt, das Grundkapital übersteigenden Teil des Reinvermögens. Bezeichnet man das dem Grundkapital entsprechende, durch die Grundkapitalsziffer gebundene Vermögen als Grundvermögen²⁾, so kann man die Reserven einer Aktiengesellschaft als ihr tatsächlich vorhandenes, über das Grundvermögen hinausgehendes Reinvermögen definieren. Das Reinvermögen im aktienrechtlichen Sinn besteht also entweder nur aus Grundvermögen oder aus Grundvermögen und Reserven³⁾.

¹⁾ Vgl. Wieland, Handelsrecht, Bd. II, S. 27; Staub, Kommentar zum HGB (14. Aufl.) ad § 262, Anm. 1; Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechtes (2. Aufl.) S. 437 ff.; Reisch-Kreibig, Bilanz und Steuer, Bd. II (2. Aufl.) S. 5, 67; Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H., Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragenen Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Hypotheken- und Notenbanken und Handelsgesellschaften überhaupt nach deutschem und österreichischem Handels-, Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht (2. Aufl.), S. 233; Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien (1898), S. 119; Passow, Die Bilanzen der privaten und öffentlichen Unternehmungen, Bd. I (1921) S. 269, 271; Berliner, Buchhaltungs- und Bilanzenlehre (1920), S. 185/6; Folliet, Le Bilan dans les sociétés anonymes au point de vue juridique et comptable (1937) S. 297 ff.

²⁾ Wieland II, S. 20.

³⁾ Wieland II, S. 30, 31; Lehmann, S. 437; Simon, S. 80 ff.

Bei Kollektivgesellschaften wird eine Reinvermögensvermehrung in der Regel nicht unverteilt belassen, sondern den einzelnen Gesellschaftern nach ihrer Beteiligung gutgebracht. Buchhalterisch gelangt dies dadurch zum Ausdruck, daß die

2. Entstehung der Reserven.

Die Reservebildung führt zu einer Veränderung der Relation zwischen Reinvermögen und Grundvermögen. Reserven sind vorhanden, wenn das Reinvermögen größer ist als das Grundvermögen. Sie vermehren sich, wenn dieser Unterschied anwächst. Sie entstehen demnach z. B. durch Zunahme des Reinvermögens bei gleichbleibendem oder sich nicht in gleichem Maße erhöhendem Grundvermögen oder durch Verminderung des Grundvermögens bei unverändertem oder nicht in demselben Umfange sich reduzierenden Reinvermögen.

Die Reserven werden in der Hauptsache begründet durch Aufspeichern von Gewinn, durch Einlagen von Gesellschaftern in den Reservefonds und infolge der Durchführung bestimmter Buchoperationen.

a) Das schweizerische Obligationenrecht begünstigt die Reservebildung durch Ansammeln von Gewinnen in weitgehendem Maße. Dies zeigt sich in dreifacher Hinsicht. Einmal verpflichtet es die Aktiengesellschaften hierzu in gewissem Umfange, und zwar direkt durch die Vorschriften über die Speisung eines gesetzlichen Reservefonds⁴⁾ und indirekt durch die Festlegung von Bewertungssätzen, welche grundsätzlich nicht überschritten werden dürfen⁵⁾. Beide Methoden führen zu einer Verminderung des verteilbaren Reingewinnes; die indirekte durch eine vorsichtige Begrenzung des Saldos der Gewinn- und Verlustrechnung, die direkte dadurch, daß sie dessen vollständige Ausschüttung ausschließt⁶⁾. Sodann erklärt das Gesetz ausdrücklich Statutenbestimmungen für

Vermögenszunahme nicht einem Reservekonto kreditiert, sondern auf die verschiedenen Kapitalkonten verteilt wird. Die Gesellschafter können aber selbstverständlich auch die Bildung von Reserven vereinbaren. Sofern sie mit derselben Quote sowohl am Gewinn als auch am Verlust partizipieren, entstehen dadurch keine Schwierigkeiten.

⁴⁾ OR Art. 671.

⁵⁾ OR Art. 662 ff.

⁶⁾ Wieland II S. 34.

zulässig, welche über die gesetzlichen Vorschriften hinausgehende Einlagen in den allgemeinen Reservefonds oder die Anlage weiterer Fonds vorsehen⁷⁾. Damit werden die Normen über den gesetzlichen Reservefonds als Minimalvorschriften charakterisiert. Schließlich ermächtigt das Obligationenrecht sowohl den Verwaltungsrat als auch die Generalversammlung zu Reservestellungen, die sonst weder im Gesetz noch in den Statuten vorgesehen sind, soweit die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder auf die Verteilung einer möglichst gleichmäßigen Dividende es als angezeigt erscheinen läßt⁸⁾.

b) Anwendungsfälle der Reservebildung durch Einlagen von Gesellschaftern finden sich im OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 1 und 2.

c) Auch Buchoperationen können die Entstehung von Reserven zur Folge haben. Eine Aktiengesellschaft besitze ein Grundkapital von einer Million Franken und weise in ihrer Bilanz einen Verlustvortrag von Fr. 266,835.25 aus. In der Generalversammlung werde eine Abschreibung des Aktienkapitales zur Tilgung des Verlustvortrages beschlossen. Diesen Zweck würde man mit einer Reduktion des Grundkapitales von Fr. 1,000,000.— auf Fr. 733,164.75 erreichen. Im Interesse der Einfachheit will das Unternehmen nun aber das Aktienkapital bis auf Fr. 700,000.— amortisieren. Der aus der Sanierung resultierende Buchgewinn von Fr. 300,000.— wird also nicht ausschließlich zur Ausgleichung des Verlustvortrages benötigt. Nach Kreditieren des Gewinn- und Verlustkontos mit Fr. 266,835.25 verbleibt vielmehr — die Richtigkeit der

⁷⁾ OR Art. 672.

⁸⁾ OR Art. 663, Abs. 2, und Art. 674, Abs. 2. Das Obligationenrecht spricht in OR Art. 674, Abs. 2, von Reserven, die weder im Gesetz noch in den Statuten vorgesehen sind. Diese Ausdrucksweise ist ungenau, denn diese in OR Art. 674, Abs. 2, enthaltene Ermächtigung beruht zweifelsohne auf dem Gesetz. Somit hätte im Text eingefügt werden sollen: „... die im Gesetz, an anderer Stelle ... nicht vorgesehen sind.“

Bilanz vorausgesetzt⁹⁾ — ein über das neue Grundvermögen in Höhe von Fr. 700,000.— hinausgehender Betrag, somit eine Reserve, von Fr. 33,164.75. Diese Reserve verdankt ihre Existenz weder der Zurückbehaltung von an sich verteilungsfähigen Reingewinnen noch Einlagen von Aktionären, sondern der um die Summe von Fr. 33,164.75 über den Verlustvortrag hinausgehenden Kapitalherabsetzung. Das Reinvermögen der Aktiengesellschaft hat sich infolge der Sanierung nicht um die nunmehrige Reserve von Fr. 33,164.75 vermehrt; es ist vielmehr gleich groß geblieben. Dagegen hat sich die Zusammensetzung des Reinvermögens verändert. Während das Grundvermögen vor der Kapitalherabsetzung Fr. 733,164.75 betrug, beläuft es sich nachher nur noch auf Fr. 700,000.—; dafür ist eine Reserve von Fr. 33,164.75 entstanden.

3. Einteilung der Reserven.

Die Reserven können nach verschiedenen Gesichtspunkten gruppiert werden. Die gebräuchlichsten Kriterien sind ihr Verwendungszweck, ihr Entstehungsgrund oder die Art und Weise ihrer Berücksichtigung in der Bilanz. Derartige systematische Einordnungen dürfen nicht Selbstzweck sein. Sie sind nur insoweit von Bedeutung, als sie durch Präzisierung des Ausgangspunktes der jeweiligen Betrachtungsweise die Lehre von den Reserven zu fördern vermögen.

Das Gesetz verwendet in OR Art. 663, Abs. 2, den Ausdruck „stille Reserven“, unterläßt indessen eine Definition dieses Begriffes. Von „offenen“ Reserven spricht es nirgends. Wenn hervorgehoben werden soll, daß nicht stille Reserven gemeint sind, findet sich im Obligationenrecht die Wendung „Reservefonds“.

Die Ausdrücke „offene“ und „stille“ Reserven werden in der Theorie durchaus nicht einheitlich umschrieben. Unter stillen Reserven werden zuweilen die Reserven ver-

⁹⁾ Vgl. Praxis XI Nr. 6 S. 20.

standen, von deren Bestand außer dem Verwaltungsrat niemandem etwas bekannt ist¹⁰⁾. Nach dieser Auffassung wären über das Grundvermögen hinausgehende Reinvermögensteile, die als solche ersichtlich sind, offene Reserven und derartige Reinvermögensteile, die als solche nicht erkennbar sind, stille Reserven. Als offene Reserven müßten demnach die in der Bilanz figurierenden Reservekonten sowie die Gewinnvorträge bezeichnet werden; als stille Reserven beispielsweise Aktiven, die überhaupt nicht gebucht sind und von denen die Aktionäre keine Kenntnis haben. Zu niedrig bewertete Aktiven könnten stille oder offene Reserven sein, je nachdem die Unterbewertung erkennbar ist oder nicht. Eine Reserve könnte sogar teils offen, teils still sein. Ist zum Beispiel die gesamte Bureaueinrichtung auf einen Franken abgeschrieben, so ersieht jedermann, daß in dieser Position eine Reserve stecken muß. Ungewiß ist lediglich deren Höhe. Durch die erläuternden Erklärungen seitens des Verwaltungsrates im Geschäftsbericht oder in der Generalversammlung vermöchte also eine stille Reserve zu einer offenen zu werden. Eine Reserve könnte für den einen offen sein — er kennt vielleicht den Bestand an Wertschriften und kann die Differenz zwischen Buchwert und Kurswert berechnen — für den anderen still.

Daneben wird die Auffassung vertreten, stille Reserven seien Reserven, die zwar vorhanden, in der Bilanz aber nicht durch Reservekonten zur Darstellung gebracht seien¹¹⁾. Dieser Ansicht scheint sich das schweizerische Obligationenrecht angeschlossen zu haben. Sie soll deshalb den folgenden Ausführungen ebenfalls zugrunde gelegt werden. Darnach ergibt sich die Höhe der offenen

¹⁰⁾ Staehelin sen., Die stillen Reserven bei der schweizerischen Aktiengesellschaft, in der Zeitschrift „Die schweizerische Aktiengesellschaft“ 1928 S. 25 ff., 41 ff., 57 ff., 89 ff., insbes. S. 28 bis 32.

¹¹⁾ Rehm, S. 239 ff.; Simon, S. 229; Wieland II, S. 220 ff.; Rosendorff, Stille Reserven, in „Die schweizerische Aktiengesellschaft“, Jahrgang VI, S. 2 ff., 21 ff.

Reserven aus den Reservekonten; stille Reserven liegen vor, soweit die Reserven in der Bilanz nicht offen, d. h. in Form von Reservekonten erscheinen, wenn also in den Bilanzziffern ein kleineres Reinvermögen zum Ausdruck gebracht wird, als der Wirklichkeit entspricht. Die Verheimlichung von Reserven kann dadurch geschehen, daß Aktiven mit niedrigeren als den nach Gesetz zulässigen Werten eingesetzt, oder daß gewisse Vermögensgegenstände überhaupt nicht bilanziert werden. Derselbe Zweck wird durch Überbewertung der Schulden oder durch Einstellung fiktiver Kreditoren erreicht. Sowohl die Verminderung des Wertes der Aktiven als auch eine rechnungsmäßige Vermehrung der Schulden haben eine Verkleinerung des offen ausgewiesenen Reinvermögens zur Folge.

Die Reservekonten gehören, wie das Grundkapitalkonto, zu den Kapitalkonten und zeigen an, in welchem Umfang ausgewiesenes Reinvermögen über das Grundvermögen hinaus vorhanden sein soll¹²⁾. Die Reservekonten, wozu auch ein allfälliger Gewinnvortrag zu rechnen ist, zuzüglich dem Grundkapitalkonto, abzüglich eines eventuellen Verlustvortrages, müssen dem ausgewiesenen Wert der Aktiven entsprechen, vermindert um die als Schulden der Gesellschaft bilanzierten Posten.

4. Reservefonds und Reservekonten.

Die Reservekonten werden unrichtigerweise oft als Reservefonds bezeichnet¹³⁾. Das schweizerische Obligationenrecht selbst verwendet diese ungenaue Ausdrucksweise. Sie erweckt die falsche Vorstellung, als ob die Reserven von Aktiengesellschaften in speziellen, in den Aktiven enthaltenen Fonds angelegt seien, etwa in Bank-

¹²⁾ Wieland II, S. 30/31.

¹³⁾ Vgl. hierzu Simon, S. 229 ff.; Rehm, S. 267 ff.; Passow, Bd. II (1923), S. 105 ff.; Reisch-Kreibitz II, S. 67 ff.; Wieland II S. 30 ff., S. 33; Staub ad HGB § 262, Anm. 2.

guthaben, Bargeld oder Wertpapieren. In Wahrheit bedeuten Reservefonds in der weitaus größten Zahl der Fälle keine bestimmten, vom übrigen Vermögen der Gesellschaft ausgeschiedene Vermögenskomplexe; meistens sind sie vielmehr wie das Grundkapital und die Reservekonten reine Rechnungsgrößen, dazu bestimmt, eine entsprechende Quote der Aktiven zu binden. Wohl kann es vorkommen, daß eine Gesellschaft Vermögensgegenstände im Werte der Höhe des Reservekontos von ihren übrigen Aktiven loslöst, sie in einen Fonds legt und getrennt verwaltet. Die Ausscheidung eines speziellen Fonds auf der Aktivseite der Bilanz ist aber die Ausnahme, weil dadurch dem Geschäft die an sich zum Gewerbebetrieb bestimmten Mittel entzogen werden. Hat eine derartige Aussonderung nicht stattgefunden, so sollte man zur Vermeidung von Unklarheiten nicht von Reservefonds, sondern von Reservekonten sprechen.

Der Unterschied zwischen der Bilanz eines Unternehmens, das zwar Reserven besitzt, hierfür aber keine speziellen Aktiven ausgeschieden hat und der Bilanz einer Gesellschaft, welche ihrem Reservekonto einen speziellen Fonds gegenüberstellt, sei an einem Beispiel verdeutlicht.

Bilanzkonto der X-AG.

	Fr.		Fr.
Kassakonto . .	50,000	Aktienkapitalkto.	100,000
Warenkonto . .	250,000	Reservekonto . .	20,000
		Schuldenkonto . .	180,000
	<u>300,000</u>		<u>300,000</u>

Bilanzkonto der Y-AG.

	Fr.		Fr.
Kassakonto . .	30,000	Aktienkapitalkto.	100,000
Barbestand des		Reservekonto . .	20,000
„Fonds“ . . .	20,000	Schuldenkonto . .	180,000
Warenkonto . .	250,000		
	<u>300,000</u>		<u>300,000</u>

Sowohl die X-AG. als auch die Y-AG. weisen ein Reinvermögen von Fr. 120,000.— aus. Beider Grundvermögen beträgt Fr. 100,000.—; die Reserven belaufen sich in beiden Fällen auf Fr. 20,000.—. Während aber bei der Y-AG. die Reserven in einem speziellen Fonds „angelegt“ sind, binden sie bei der X-AG. einfach $\frac{1}{6}$ des von den Aktiven nach Abzug der Schulden verbleibenden Reinvermögens, stellen also nur eine anteilmäßige Quote am Reinvermögen, nicht einen bestimmten Vermögensgegenstand, dar.

Es sei nun angenommen, sowohl die X-AG. als auch die Y-AG. beabsichtigen, für Fr. 50,000.— weitere Waren zu erwerben. Der X-AG. ist dies durch Verwendung ihres Kassabestandes von Fr. 50,000.— möglich. Ihr Bilanzkonto lautet nach dem Warenkauf:

	Fr.		Fr.
Warenkonto . .	<u>300,000</u>	Aktienkapitalkto.	100,000
		Reservekonto . .	20,000
		Schuldenkonto . .	<u>180,000</u>
			<u>300,000</u>

und weist unverändert einen Reinvermögensbestand von Fr. 120,000.— aus. Sowohl ihr Grundvermögen als auch ihre Reserven bestehen nunmehr ausschließlich aus einem quotenmäßigen Anteil an den Waren.

Die Y-AG. ist dagegen nicht ohne weiteres in der Lage, die Waren zu kaufen. Sie hat wohl einen Kassabestand von Fr. 50,000.—. Allein hiervon gehören Fr. 20,000.— dem „Reservefonds“ an, dürfen also nicht im Betriebe verwendet werden. Das Unternehmen ist deshalb zur Aufnahme eines Kredites von Fr. 20,000.— gezwungen, um sich die für den Erwerb erforderlichen liquiden Mittel zu beschaffen. Das Bilanzkonto gestaltet sich nach Abschluß des Darlehensvertrages und nach durchgeführtem Kauf folgendermaßen:

	Fr.		Fr.
Barbestand des		Aktienkapitalkto.	100,000
„Fonds“ . .	20,000	Reservekonto . .	20,000
Warenkonto . .	300,000	Schuldkonto . .	200,000
	<u>320,000</u>		<u>320,000</u>

Die X-AG. konnte den Warenkauf aus eigenen Geldern finanzieren; die Y-AG. mußte fremde Mittel in Anspruch nehmen, weil sie ihre Reserven nicht im Unternehmen mitarbeiten läßt, sondern vom Geschäftsvermögen ausgesondert hat. Bedenkt man, daß sie für den Barbestand des „Fonds“ keinen Zins erhält, aber den Kredit von Fr. 20,000.— verzinsen muß, so erkennt man, wie unwirtschaftlich eine „Anlegung“ von Reserven für die Gesellschaft sein kann.

In dem angeführten Beispiel möge aus irgendwelchen Gründen eine Entwertung der Warenbestände um 50% eintreten. Die diesem Preissturz Rechnung tragenden Bilanzen der beiden Gesellschaften müßten wie folgt aussehen:

X-AG.			
	Fr.		Fr.
Waren	150,000	Aktienkapital . .	100,000
Verlust	130,000	Schulden	180,000
	<u>280,000</u>		<u>280,000</u>

Y-AG.			
	Fr.		Fr.
Barbestand des		Aktienkapital . .	100,000
„Fonds“ ¹⁴⁾ . .	20,000	Schulden	200,000
Waren	150,000		
Verlust	130,000		
	<u>300,000</u>		<u>300,000</u>

¹⁴⁾ Siehe Anm. 16 unten.

Da man unter Reserven den über das Grundvermögen hinaus vorhandenen Teil des Reinvermögens versteht, ist ohne weiteres klar, daß weder die X-AG. noch die Y-AG. über irgendwelche Reserven verfügen, denn beider Bilanzen weisen nicht nur kein Reinvermögen, sondern eine Überschuldung¹⁵⁾ von Fr. 30,000.— aus. Die Reserven der Y-AG. sind also infolge der Entwertung der Waren in demselben Umfange verloren gegangen wie diejenigen der X-AG., trotzdem sie die Y-AG. in einem speziellen, von ihrem übrigen Vermögen getrennt verwalteten Fonds „angelegt“ hatte¹⁶⁾. Auf die Höhe der Reserven ist es somit ohne Einfluß, ob ein dem Reservekonto entsprechender Betrag von Aktiven aus dem übrigen Vermögen ausgesondert, besonders angelegt und nach bestimmten Gesichtspunkten verwaltet wird oder nicht¹⁷⁾.

Die Anlage besonderer Fonds ist insbesondere in früheren Zeiten zuweilen für Eisenbahnunternehmen sowie für Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerke vorgeschrieben worden. Damit wollte man diese Betriebe zwingen, die zum Ersatz ihrer Aktiven erforderlichen liquiden Mittel allmählich anzusammeln. Die Erneuerung unbrauchbar gewordener Vermögensgegenstände ist aber ein Problem, das für sämtliche Unternehmungen von Bedeutung ist, und es handelt sich hierbei nicht so sehr um die Reservepolitik als vielmehr um die Liquidität. Die

¹⁵⁾ Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Schulden die Aktiven wertmäßig übersteigen. Den Betrag, der sich ergibt, wenn man die Aktiven von den Schulden abzieht, nennt man die Überschuldung; vgl. Passow I S. 6.

¹⁶⁾ Die Bezeichnung des Kassabestandes der Y-AG. als Barbestand des „Fonds“ ist in dem zuletzt aufgeführten Bilanzbeispiel gegenstandslos geworden, weil überhaupt kein Reinvermögen mehr vorhanden ist, geschweige denn über die Grundkapitalsziffer hinausgehendes Reinvermögen. Der Bestand des „Fonds“ wird in dem Maße zu einem gewöhnlichen, nicht speziell ausgeschiedenen Aktivum, als das Reinvermögen unter den Sollbetrag (im Gegensatz zum Istbetrag) des Reservekontos herabsinkt.

¹⁷⁾ Vgl. Passow II S. 107 ff., insbesondere S. 109.

Bereitstellung flüssiger Mittel zur Bezahlung von Ersatzstücken, wie übrigens auch von Schulden, muß normalerweise erfolgen, ob die Erzielung von Gewinn möglich ist oder nicht¹⁸⁾.

5. Bilanzwahrheit und stille Reserven.¹⁹⁾

Die künstliche Verkleinerung des in der Jahresbilanz zum Ausdruck gebrachten Reinvermögens durch Schaffung stiller Reserven wird gelegentlich als gegen den Grundsatz der Bilanzwahrheit verstoßend erklärt. Die Bedeutung dieses Prinzipes wird im Gesetz näher umschrieben. Nach OR Art. 959 sind Betriebsrechnung und Jahresbilanz nach allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen vollständig, klar und übersichtlich aufzustellen, damit die Beteiligten einen möglichst sicheren Einblick in die wirtschaftliche Lage des Geschäftes erhalten. Mit dem Erfordernis der Bilanzwahrheit sei zwar, so wird gelehrt, schon eine Unterbewertung von Aktiven schlecht in Einklang zu bringen. Ganz unverträglich damit aber sei die Bildung stiller Reserven durch Weglassen einzelner Vermögensgegenstände oder gar durch Einstellen fiktiver Kreditoren.

Die Bilanzwahrheit ist ein umstrittenes Prinzip, weil der wahre Wert eines Vermögensgegenstandes fälschlicherweise mit einem bestimmten Wertbegriff identifiziert²⁰⁾ wird. Sofern der „wahre Wert“ eines Aktivums dessen Veräußerungswert gleichgesetzt und demzufolge die Behauptung aufgestellt wird, eine Bilanz gewähre nur dann einen Einblick in die wirkliche Geschäftslage eines Unternehmens, wenn die Vermögensgegenstände mit ihren

¹⁸⁾ Vgl. hierüber im einzelnen Passow II Kap. IX und X.

¹⁹⁾ Vgl. zu diesem Problem die in Anm. 1 oben angeführten Lehrbücher des Bilanzrechtes. Ferner Walb, Bilanzwahrheit und stille Reserven, Neue Folge Heft 15 der Kölner rechtswissenschaftlichen Abhandlungen; Staehelin sen., Buchführung und Bilanz in Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer, S. 72/73.

²⁰⁾ Wieland Band I S. 318/19.

Veräußerungswerten eingestellt seien²¹⁾, bleibt für die Bilanzwahrheit kein Raum, da eine Bewertung nach den Veräußerungswerten den für die Errichtung von Jahresbilanzen grundlegenden Regeln der Erfolgsermittlung zuwiderläuft. Wer unter dem wahren Wert der Vermögensgegenstände ihren individuellen Wert²²⁾, ihren Geschäftswert²³⁾ oder einen anderweitig zum vorneherein bestimmten, mit den Normen der Gewinnermittlung im Einklang stehenden Wertbegriff²⁴⁾ versteht, der kann die Bilanzwahrheit wohl grundsätzlich anerkennen, an ihr aber nicht bedingungslos festhalten; der muß vielmehr zugeben, daß die Bilanzen insoweit unwahr sein dürfen, als Unterbewertungen erlaubt oder gesetzlich geboten sind²⁵⁾. Nun basiert aber die Bewertung im Bilanzrecht nicht auf dem Begriff des Wertes als solchem oder auf einer den Wertbegriff definierenden volkswirtschaftlichen Theorie, sondern auf reinen Zweckmäßigkeitserwägungen²⁶⁾. Der Kaufmann, welcher seinen Aktiven in der Jahresbilanz die Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu-

²¹⁾ Vgl. Neukamp, Das Dogma der Bilanzwahrheit in Z. ges.H.R. 48, S. 450 ff.

²²⁾ Simon S. 304/5.

²³⁾ Staub ad HGB § 40, S. 273.

²⁴⁾ Rehm S. 359 ff.

²⁵⁾ Simon S. 474/75; Rehm S. 461. So die herrschende Meinung; vgl. Brunner, Das Problem der Bilanzklarheit und Bilanzwahrheit in SJZtg. XXXIII S. 22.

²⁶⁾ Wieland I S. 318/19; Passow I S. 127. Auch die Betriebswirtschaftslehre geht im allgemeinen nicht vom Wert als solchem aus; sie untersucht vielmehr, welche gegebenen Werte dem Bilanzzweck am ehesten entsprechen, und will damit eine vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt aus besehen unanfechtbare Erfolgsermittlung gewährleisten. Was als Gewinn zu betrachten ist und welche Bilanzierungsgrundsätze demgemäß zu befolgen sind, wird aber in der Betriebswirtschaftslehre verschieden beurteilt. Vgl. über die neueren Auffassungen Leitner, Bilanztechnik und Bilanzkritik, S. 41 ff.; Kühlewein, Beziehungen zwischen der handelsrechtlichen und der betriebswirtschaftlichen Bilanzauffassung in L. Z. 1930 S. 745 ff.; Schmalenbach, Zur Reform der Aktienbilanz in Z. f. hw. F. 1927 S. 49 ff.

grunde legt, geht nicht von diesen Werten aus, weil er sie für seinen Vermögensgegenständen innewohnende Werte hält, sondern nur deshalb, weil sie eine vorsichtige Erfolgsermittlung verbürgen. Nicht ein absoluter Wert, sondern derjenige Wertansatz ist maßgebend, mit welchem sich der mit der Bilanzaufstellung verfolgte legale Zweck am ehesten verwirklichen läßt²⁷⁾. Einzig der sich aus dem Bilanzzwecke ergebende Wert eines Vermögensgegenstandes ist sein wirklicher, wahrer Wert im Sinne des Bilanzrechtes.

Der Wert der Vermögensbestandteile ist sehr verschiedenartig, je nach der Verwendung, zu der diese bestimmt sind²⁸⁾. Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, daß die Textausgabe eines Gesetzbuches, die deren Eigentümer lange Zeit benützt hat, für diesen einen hohen Gebrauchswert besitze, weil er sich darin auskenne, daß aber deren Verkehrswert sicher nur mäßig sei. Umgekehrt sei der Gebrauchswert eines alten, ausgelaufenen Spinnrades gering, dessen Verkaufswert aber möglicherweise hoch²⁹⁾.

Der Wert eines Vermögens kann also von mancherlei Gesichtspunkten aus betrachtet werden, und die Bewertung muß verschieden ausfallen, je nachdem die Berechnung des Realisierungswertes des Vermögens im Vordergrund steht oder aber die Rücksicht auf den Fortbestand des zu bewertenden Vermögens als einer in ein Unternehmen zusammengefaßten Einheit³⁰⁾. Es gibt daher im Bilanzrecht keinen wirklichen oder wahren Wert schlechthin. Eine Bilanz kann niemals absolut wahr sein. Es wird dies aber auch gar nicht angestrebt; sie kann und soll lediglich mit Rücksicht auf ihren Zweck wahr sein³¹⁾.

²⁷⁾ Vgl. auch Passow I S. 296.

²⁸⁾ Rehm S. 359; Simon S. 294.

²⁹⁾ Rehm S. 360.

³⁰⁾ Weyermann, Bilanzrecht und Bilanzzweck in Festgabe für Eugen Huber S. 132 ff.; Wieland I S. 318, 319 Anm. 3.

³¹⁾ Eine andere Auslegung des Begriffes der Bilanzwahrheit ist auch nicht vereinbar mit der Bestimmung des schweizerischen Strafgesetzes, wonach z. B. Verwaltungsräte und Direktoren von

So betrachtet erhellt, daß dem Prinzip der Bilanzwahrheit eine viel allgemeinere Bedeutung zukommt, als es seine Einordnung in der Systematik des Gesetzes vermuten läßt. Dieser Grundsatz bleibt nicht auf die Jahresbilanzen beschränkt, vielmehr gilt er für sämtliche Bilanzarten. Er bildet den Eckpfeiler des Bilanzrechtes, indem er für das Gebiet des materiellen Bilanzrechtes dem Zweckgedanken Anerkennung verschafft.

Mit dem richtig verstandenen Prinzip der Bilanzwahrheit sind auch stille Reserven in allen ihren Formen vereinbar. Der Zweck der Jahresbilanz besteht zur Hauptsache in der vorsichtigen Ermittlung des Geschäftsergebnisses. Deshalb sind alle Maßnahmen, die dieses Resultat in gesetzlich unanfechtbarer Weise herbeizuführen geeignet sind, zweckentsprechend und damit bilanzwahr³²⁾.

II. Die gesetzlich bedingten Reserven.

In gewissem Umfange schreibt das Obligationenrecht die Bildung von Reserven als gesetzliche Pflicht vor. Es geschieht dies auf zweifache Weise. Einmal durch die Aufstellung von Bewertungsnormen, die als Höchstvorschriften grundsätzlich nicht überschritten werden dürfen,

Aktiengesellschaften strafbar sind, sofern sie in öffentlichen Mitteilungen, Berichten oder Vorlagen an die Generalversammlung von erheblicher Bedeutung unwahre Angaben machen oder machen lassen; vgl. Art. 152.

³²⁾ Gewöhnlich wird erklärt, der Grundsatz der Bilanzwahrheit habe bei den Jahresbilanzen vor dem Grundsatz der Bilanzvorsicht zurückzutreten. So Bachmann in SJZtg. IV S. 319 ff.; Brodmann, Aktienrecht, ad HGB § 261 S. 375; Staehelin sen. in „Die Schweiz. Aktiengesellschaft“ V S. 62; vgl. auch den Bericht über den 61. schweizerischen Juristentag in SJZtg. XXIII S. 102/3; Walb S. 35. Da aber eine vorsichtige Bilanzgebarung dem Zweck der Jahresbilanz entspricht, ist eine vorsichtige Erfassung des Jahresergebnisses zugleich eine bilanzwahre Errechnung des Gewinnes oder des Verlustes. Die Begriffe „Bilanzwahrheit“ und „Bilanzvorsicht“ sind für das Gebiet der Jahresbilanzen demgemäß richtiger Ansicht nach keine Gegensätze.

sodann durch Bestimmungen über die zwangsweise Einstellung und Dotierung von Reservekonten³³).

1. Reserven und gesetzliche Höchstvorschriften.

Die Höhe des aus der Bilanz hervorgehenden Reinvermögens hängt von der Bewertung der einzelnen Vermögensgegenstände ab. Abgesehen von statutarischen und vertraglichen Einschränkungen kann das ausgewiesene Reinvermögen durch Beschluß der Generalversammlung insoweit unter die Aktionäre verteilt werden, als es nicht durch das Grundkapital und durch gesetzliche Reservestellungen gebunden ist.

a) Eine niedrige Einschätzung der Aktiven verkleinert das verteilbare Reinvermögen. Das wirklich vorhandene und das in der Bilanz zum Ausdruck kommende Reinvermögen sind verschiedene Begriffe. Ist dieses größer als jenes, so besteht die Gefahr der Ausschüttung eines zu großen Teiles des Reinvermögens, sodaß der verbleibende Rest nicht mehr zur Deckung des Grundkapitals ausreicht. Eine Verteilung von Grundvermögen unter die Aktionäre muß nun aber unter allen Umständen verhütet werden. Diesem Zweck dienen die Bewertungsgrundsätze des Aktienrechtes. Sie sollen Gewähr dafür bieten, daß das ausgewiesene Reinvermögen das tatsächliche auf keinen Fall übersteigt³⁴). Da sie Höchstvorschriften sind, können sie unter Umständen ein offensichtliches Auseinanderfallen des effektiven und des bilanzierten Reinvermögens im Sinne einer künstlichen Verkleinerung des letzteren zur Folge haben. Wenn nämlich eine Aktien-

³³) Siehe Anm. 4 und 5 auf S. 120a oben.

³⁴) Wieland II S. 21 ff.; Passow II S. 47; Brodmann ad HGB § 261 S. 375; Zimmermann, Buchführung, Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, sowie Geschäftsbericht im revidierten Obligationenrecht in ZSR n. F. 45, S. 102a; Alfred Wieland in Protokoll der Expertenkommission über die Beratung des zweiten Entwurfes zu einem Bundesgesetz betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechtes S. 739

gesellschaft sich für ihre Rohstoffe im Zeitpunkt eines Preistiefstandes auf mehrere Jahre hinaus eingedeckt hat, und daraufhin die gedrückte Marktlage von einer Haussebewegung abgelöst wird, so darf sie ihr Rohmateriallager nur zum Anschaffungspreis bilanzieren, trotzdem dieses jederzeit zu einem Mehrfachen davon veräußert werden könnte, dessen Wiederbeschaffungspreis demzufolge bedeutend höher wäre. Der Konjunkturgewinn auf den Warenbeständen darf infolge der aktienrechtlichen Bewertungsgrundsätze nicht realisiert werden; das in der Bilanz zur Darstellung gelangende Reinvermögen ist deshalb niedriger als dessen tatsächlicher Wert. Aber nicht nur die für das Veräußerungsvermögen geltenden Normen, sondern auch die auf die Gegenstände des Anlagevermögens zugeschnittenen Bewertungsätze führen automatisch und zwangsweise zur Bildung stiller Reserven, wenn der Wert (Veräußerungs-, Wiederbeschaffungswert) des Objektes dessen Anschaffungs- oder Herstellungspreis übersteigt.

b) Es muß indessen bestritten werden, daß gesetzlich bedingte stille Reserven in keinem Fall und unter keinen Umständen aufgelöst werden dürfen. Hinsichtlich des Veräußerungsvermögens ist allerdings das Verbot der Ausweisung nicht realisierter Gewinne nicht von so fundamentaler Bedeutung wie mit Bezug auf das Anlagevermögen. Bei anhaltend höherem Preisniveau bedingt es bei jenem bloß eine zeitliche Verschiebung. Die zum Verkauf ausersehenen Vermögensstücke werden umgesetzt; nach deren Veräußerung wirkt sich ein günstiger Einkauf oder eine unter vorteilhaften Voraussetzungen erfolgte Fabrikation alsbald in einer Erhöhung des Gewinnes oder Verminderung des Verlustes aus. Auch ist der Grundsatz für Wertpapiere mit Kurswert vom Gesetz selbst durchbrochen worden. Anders verhält es sich beim Anlagevermögen, da dessen Bestandteile ihrer Bestimmung nach nicht verkauft werden, sondern letztlich den Umsatz des Veräußerungsvermögens ermöglichen helfen sollen. Die

Frage einer Realisierung von Mehrwerten, d. h. der Auflösung von Reserven, ist für die Gegenstände des Anlagevermögens von großer Tragweite, weil der Ausgleich trotz anhaltender Konjunktur nicht in einem nicht allzufernen Zeitpunkt von selbst eintritt. Sie soll im folgenden für Grundstücke und dauernde Beteiligungen erörtert werden.

a) Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß für Liegenschaften des Anlagevermögens³⁵⁾ die Anschaffungskosten unter Abzug der den Umständen angemessenen Abschreibungen die Höchstgrenze der Bewertung bilden.³⁶⁾ Daraus folgt, daß nicht jede Aufwertung der Buchwerte solcher Grundstücke nach dem Wortlaut des Gesetzes schlechthin unzulässig ist. Sind z. B. höhere Abschreibungen vorgenommen worden, als notwendig war, so liegt in dem über den Betrag der erforderlichen Amortisationen hinausgehenden Teil der Abschreibungen eine Reserve, deren Auflösung keinen anderen Einschränkungen unterliegt als die Auflösung von nicht zweckgebundenen Reserven überhaupt³⁷⁾.

³⁵⁾ Über die Frage der Bewertung von Liegenschaften, die nicht zum Anlage-, sondern zum Veräußerungsvermögen gehören, vgl. Steiner, Die Bewertung der Liegenschaften in der Bilanz der Aktiengesellschaften, in „Die schweiz. Aktiengesellschaft“, XI S. 57 f. Steiner weist darauf hin, daß nach dem revidierten Obligationenrecht für derartige Grundstücke deren Anschaffungspreis nicht mehr ausschließlich maßgebend sei; die Bewertung könne vielmehr unter der Herrschaft des neuen Rechtes gemäß OR Art. 960 Abs. 2 erfolgen.

³⁶⁾ OR Art. 665, Abs. 1.

³⁷⁾ Denkbar ist auch, daß sich eine Abschreibung, die bei ihrer Vornahme erforderlich und den Umständen angemessen erschien, nachträglich als unnötig erweist. Stellt sich dies als unzweifelhaft sicher heraus, so hat die Abschreibung zu einer Reserve geführt, über die verfügt werden darf. Rehm S. 440; Brodmann ad HGB § 261 S. 367/68; Fischer, Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind, Bd. I S. 76; Staub ad HGB § 261; ebenso Praxis des Bundesgerichtes XII S. 87 f. und Zimmermann in ZSR n. F. 45, S. 148a. Zimmermann fügt aller-

Ein grundsätzlich anderer Tatbestand liegt vor, wenn die Bewertung nicht mit einer Reaktivierung von Reserven innerhalb des gesetzlichen Rahmens gerechtfertigt werden kann, sondern wenn die Liegenschaften zu einem höheren Wert als zu dem in OR Art. 665 verankerten Maximalsatz in die Jahresbilanz eingestellt werden. Unstatthaft ist eine derartige Aufwertung jedenfalls dann, wenn sie eine offensichtliche Überwertung der Grundstücke mit sich bringt³⁸⁾. Unter dieser Voraussetzung widerspricht die Bewertung nicht nur den speziellen aktienrechtlichen Vorschriften, sondern auch den Grundsätzen solider Kaufleute³⁹⁾. Bei wörtlicher Interpretation der Artikel 663 ff. des Obligationenrechtes erscheint aber nicht nur dieses Vorgehen, sondern schlechthin jede Aufwertung als gesetzwidrig, welche über die in diesen Spezialbestimmungen als Höchstsätze bezeichneten Werte hinausgeht⁴⁰⁾.

Ein Beispiel vermag jedoch zu veranschaulichen, daß ein großer Unterschied besteht zwischen einer Überwertung und einer Höherbewertung, welche einem tatsächlich vorhandenen Mehrwert angemessen Rechnung trägt. Eine Industriegesellschaft sei Eigentümerin mehrerer, zum Zwecke der Sicherstellung der Ausdehnung ihres Gewerbes erworbenen Grundstücke. Das Gelände habe sich anfänglich außerhalb einer Ortschaft befunden. Dank eines wirtschaftlichen Aufschwunges sei die unbedeutende Siedlung zu einer kleinen Stadt geworden, sodaß die Grundstücke der Fabrik nunmehr inmitten eines Industriequartiers liegen und jederzeit zu weit über den Gestehungskosten liegenden Preisen veräußert werden könnten. In

dings hinzu, daß ein Heranziehen stiller Reserven auf dem Anlagevermögen nach kaufmännischer Ansicht eines der letzten Mittel zur Verbesserung des Geschäftsergebnisses bildet.

³⁸⁾ Anders, wenn die Überwertung in den Aktiven durch ein passives Bewertungskonto ausgeglichen wird.

³⁹⁾ Brodmann ad HGB § 261 S. 361; Rehm S. 354 ff.

⁴⁰⁾ Vgl. Bachmann zu alt OR Art. 656; Rehm S. 367 ff.; Simon S. 334; Passow I S. 120.

den Büchern der Aktiengesellschaft figurieren sie aber immer noch mit ihren Anschaffungskosten. In diesen Grundstücken liegt also unbestrittenermaßen eine erhebliche Reserve. Eine angemessene Erhöhung der Buchwerte würde jedenfalls gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Kaufleute in keiner Weise verstoßen, dürfte also von Einzelkaufleuten und Personalgesellschaften insoweit vorgenommen werden, als der Mehrwert nach pflichtgemäßem Ermessen aller Voraussicht nach als dauernd angesehen werden kann⁴¹⁾. Wenn der nach dem Gesetz zulässige Höchstwert der Liegenschaften dermaßen unter ihrem Verkehrswert liegt, daß in jenem Wertansatz für jeden Sachverständigen erkennbar eine beträchtliche Reserve ruht, ist aber nicht einzusehen, warum für eine Aktiengesellschaft nicht ein gleiches gelten sollte⁴²⁾. Das gesetzliche Verbot der Realisierung der Reserve könnte

⁴¹⁾ Zimmermann in ZSR n. F. 45, S. 78a; derselbe, Über das Lesen von Bilanzen in SJZtg. XV S. 322.

⁴²⁾ Folliet S. 65 vertritt die Auffassung, daß das Gesetz wohl das Ausweisen von fiktiven Gewinnen, nicht aber von Mehrwerten auf dem Anlagevermögen verbieten wolle. Damit die Erhöhung der Bewertung von Gegenständen des Anlagevermögens über die nach dem Wortlaut des Gesetzes zulässigen Höchstsätze hinaus nicht zu einer entsprechenden Dividendenausschüttung führe, müsse dieser Mehrwert durch einen Passivposten gebunden werden. Dieses Passivum, das vor einer Realisierung des Mehrwertes nicht aufgelöst werden dürfe, sei indessen noch nicht eine Reserve, könne also nicht zum Ausgleich eines Bilanzverlustes verwendet werden. Unklar erscheint die Rechtsnatur dieses Passivpostens. Da dieser einen Mehrwert in den Aktiven zu binden bestimmt ist, sollte man annehmen, daß man es mit einer Reserve zu tun habe. Warum darf diese Reserve dann aber zu gar nichts verwendet werden, nicht einmal zu den in OR Art. 671, Abs. 3, vorgesehenen Maßnahmen? Es wäre also eine ganz eigentümliche Reserve. Oder es liegt ein gewöhnliches Bewertungskonto vor; dann kommt jedoch auf der Aktivseite in der Erhöhung des Wertes des Anlagegegenstandes über dessen Anschaffungs- oder Herstellungspreis hinaus kein Mehrwert zum Ausdruck, sonst würde sich eine Wertberichtigung auf der Passivseite erübrigen.

ja in einwandfreier Weise durch Verkauf des Grundstückes an Dritte zum Handelswert ohne weiteres umgangen werden. Auch gegen die Veräußerung der Liegenschaft an eine Tochtergesellschaft wäre nichts einzuwenden, sofern der Kaufpreis dem Verkehrswert des Objektes entspricht⁴³⁾. Noch einfacher und bedeutend weniger kostspielig ist indessen eine angemessene Aufwertung der Grundstücke in den Büchern der Aktiengesellschaft. Immer unter der Voraussetzung, daß ein Mehrwert tatsächlich unbestreitbar dauernd vorhanden ist, entsteht hierdurch materiell kein Schaden. Wenn man weder den Verkauf der Liegenschaften an eine eigene Immobiliengesellschaft zum Verkehrswert noch eine vorsichtige Aufwertung zuläßt, so zwingt man eine Aktiengesellschaft, die aus einem legitimen Bedürfnis heraus an die Realisierung dieser Reserven herantritt, geradezu zum Abstoßen ihrer wertvollen Liegenschaften, deren Besitz für die zukünftige Ausdehnung und Entwicklung des Unternehmens vielleicht entscheidende Bedeutung zukommt, und setzt sie der Gefahr aus, später die Grundstücke möglicherweise teuer wieder erwerben zu müssen.

Die Auffassung, daß die aktienrechtlichen Bewertungsregeln trotz dem Wortlaut des Gesetzes nicht unter allen Umständen als Höchstsätze zu gelten haben, ist von der Doktrin grundsätzlich, wenn auch nicht ausdrücklich anerkannt. Es ist eine allgemeine Erfahrungstatsache, daß im Falle der Ersteigerung eines Grundstückes durch den Pfandgläubiger im Zwangsverwertungsverfahren zwischen dem Zuschlagspreis und dem tatsächlichen Wert der Liegenschaft oft ein krasses Mißverhältnis besteht. Um dem Pfandgläubiger das Ausweisen bloßer Buchverluste zu ersparen, bemühte man sich, eine Lösung zu finden, die es gestattet, in den Jahresbilanzen über den Zuschlagspreis als den grundsätzlich höchstzulässigen Bilanzwert

⁴³⁾ Rehm S. 357. Wurde das Grundstück an einen Käufer zweifelhafter Solvenz veräußert, so muß u. U. allerdings die Kaufpreisforderung entsprechend abgeschrieben werden.

hinauszuweichen; man scheute sich jedoch, offen gegen den Wortlaut der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften zu verstoßen⁴⁴⁾. Zu diesem Behufe ist die These aufgestellt worden, der Anschaffungspreis von im Zwangsverwertungsverfahren durch den Pfandgläubiger erworbenen Grundstücken sei für den Fall, daß dieser zu Verlust komme, nicht der oft zufällige Zuschlagspreis, aber auch nicht der gebotene Betrag unter Hinzurechnung des nicht eintreibbaren Pfandausfalles. Vielmehr sei die Summe, um welche der Verkehrswert der Grundstücke hinter dem Nominalbetrag der Grundpfandforderungen zurückbleibe, für die ersteigende Aktiengesellschaft Verlust, sofern der Schuldner der Grundpfandforderung zahlungsunfähig sei⁴⁵⁾. Der ausfallende Teil der Grundpfandforderungen dürfe aber insoweit zu den Anschaffungskosten hinzugezählt werden, als dies durch den Wert der Grundstücke gerechtfertigt sei⁴⁶⁾. De facto wird damit eine Abweichung von den gesetzlichen Bewertungsvorschriften sanktioniert. Um im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes zu bleiben, wird diese Schlußfolgerung allerdings nicht ausdrücklich gezogen, sondern die als zulässig erachtete Bilanzierungsweise durch eine unhaltbare Auslegung des Begriffes der Anschaffungskosten zu motivieren versucht. Anschaffungskosten sind nun aber vom Erwerber für die Beschaffung eines Vermögensgegenstandes aufgewendete Kosten⁴⁷⁾. Deren Höhe wird allein durch die tatsächlichen Aufwendungen bestimmt, nicht durch den Verkehrswert

⁴⁴⁾ Staub ad HGB § 261.

⁴⁵⁾ Staub ad HGB § 261; Rehm S. 371; Brodmann ad HGB § 261 S. 362; Goldschmit, Handelsgesetzbuch ad § 261 S. 470/1. Wenn eine Aktiengesellschaft als Pfandgläubigerin über den offensichtlichen Verkehrswert des Grundstückes hinausbietet, um einen möglichst geringen oder gar keinen Pfandausfall zu erleiden, und alsdann die Liegenschaft zum Zuschlagspreis in die Bilanz einsetzt, verstößt sie gegen OR Art. 665, Abs. 2, denn die Anschaffungskosten sind nur Höchstvorschriften.

⁴⁶⁾ Staub ad HGB § 261.

⁴⁷⁾ Rehm S. 370.

des erworbenen Objektes. Mit der Anerkennung des Grundsatzes, daß eine ersteigerte Liegenschaft in einer aktienrechtlichen Jahresbilanz unter bestimmten Voraussetzungen mit dem nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Kaufleute zu ermittelnden Verkaufswert eingesetzt werden darf, ist daher eine Interpretation des Bewertungsrechtes gutgeheißen worden, die zwar nicht auf den Buchstaben des Gesetzes gestützt werden kann, die aber allein ein materiell angemessenes Ergebnis gewährleistet.

Es ist jedoch inkonsequent, wohl einer Aktiengesellschaft, die ein ihr verpfändetes Grundstück an der Zwangsversteigerung erwerben mußte, unter Umständen eine Überschreitung der obersten gesetzlichen Bewertungsmitte zuzugestehen, jedoch dem weitsichtigen Industriellen die Realisierung einer unbestrittenen, in seinen Grundstücken liegenden Reserve grundsätzlich zu versagen. Damit soll keineswegs die Meinung verfochten werden, eine Aktiengesellschaft dürfe jeder Wertsteigerung ihres Anlagevermögens durch entsprechend höhere Bewertung der Anlagegegenstände Ausdruck verleihen⁴⁸⁾. Dies würde dem Zweck der Gewinnermittlung ebenso sehr widersprechen wie den aktienrechtlichen Bewertungsregeln⁴⁹⁾. Das Anlagevermögen ist nicht zur Veräußerung bestimmt, also ist dessen Realisationswert in einer Jahresbilanz prinzipiell unmaßgeblich. Angesichts der besonderen rechtlichen Struktur der Aktiengesellschaft ist es vielmehr durchaus richtig, Aufwertungen des Anlagevermögens generell zu untersagen, selbst wenn sie nach den Grund-

⁴⁸⁾ Nicht zu verwechseln mit der hier erörterten Aufwertung von Grundstücken des Anlagevermögens ist die allgemein als zulässig erachtete Höherbewertung infolge von Aufwendungen, die über die normalen Unterhaltskosten hinausgehen und eine längere Zeit währende Wertsteigerung zur Folge haben. Vgl. Hotz, Die Jahresbilanz der Aktiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung ihres Wesens sowie der Bewertung der Betriebsgegenstände, S. 76; Hoffmann, Wirtschaftslehre der kaufmännischen Unternehmung, S. 791 ff.

⁴⁹⁾ Weyermann S. 140. ●

sätzen solider Kaufleute motivierbar wären. Die Gesellschafter einer Aktiengesellschaft haften nicht wie Kollektivgesellschafter subsidiär für die Schulden der Gesellschaft. Die Aktionäre trifft lediglich eine unpersönliche Haftung. Sie sind nicht verpflichtet, in gutem Glauben empfangene Dividenden zurückzuerstatten. Es muß deshalb besonderes Gewicht darauf gelegt werden, daß ihnen nicht Teile des in erster Linie den Gläubigern verhafteten Grundvermögens in Form von Dividendenausschüttungen zufließen. Den Aktionären wie auch den übrigen am Gewinn einer Aktiengesellschaft Partizipierenden darf deswegen nur über das Grundkapital hinaus unbestreitbar und unzweifelhaft vorhandenes Grundvermögen als Gewinnanteil zukommen. Man darf aber nicht außer Acht lassen, daß im Gesetz nicht sämtliche denkbare Weise vorkommenden Tatbestände geregelt sind; das Obligationenrecht beschränkt sich auf eine Normierung der erfahrungsgemäß am häufigsten in Erscheinung tretenden Fälle⁵⁰⁾. Der Gesetzgeber hat gerade für das Gebiet des materiellen Bilanzrechtes eine an die Bedürfnisse der Praxis möglichst anpassungsfähige Regelung erstrebt⁵¹⁾. Dies zeigt sich darin, daß er die Grundsätze ordnungsmäßiger Kaufleute zu einer Rechtsquelle erhoben hat. Daneben hat er für einige ihm besonders wichtig erscheinende Zweige des Bilanzrechtes Spezialnormen aufgestellt. Als Sondervorschriften gehen diese Bestimmungen den Gepflogenheiten der soliden Praxis grundsätzlich vor. Es kann aber in einem konkreten Fall zwischen diesen Sonderregeln und den als ordnungsmäßig anerkannten

⁵⁰⁾ Siegwart, Das Buchführungs- und Bilanzrecht im Entwurf zum Obligationenrecht in ZSR n. F. 45, S. 294a; Kalveram, Verstöße gegen die Grundzüge ordnungsmäßiger Bilanzierung in „Die Bilanzen der Unternehmung“ Bd. I S. 431; Hug, Zur Revision des schweizerischen Aktienrechtes, Heft 7 der Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen.

⁵¹⁾ Vgl. auch Henggeler, Die bilanzmäßige Bewertung der Dauerbeteiligungen im schweizerischen Recht in SJZtg. XXVII S. 273.

Grundsätzen solider Kaufleute ein derartiger Gegensatz entstehen, daß die gesetzlichen Vorschriften wirtschaftlich — für das materielle Bilanzrecht erlangt das wirtschaftliche Moment naturgemäß eine hervorragende Bedeutung — nicht mehr tragbar sind. Unter solchen Umständen muß eine wörtliche Interpretation einer Auslegung weichen, die den durch die Verweisung auf die kaufmännische Praxis zum Ausdruck kommenden Intentionen des Gesetzgebers nach einer wirklichkeitsnahen, mit den Anschauungen der Kaufleute übereinstimmenden Gestaltung des Bilanzrechtes allein entspricht.

Es ist allerdings sehr schwierig, generell zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Ausmaße eine Aufwertung von Grundstücken des Anlagevermögens über den nach den aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften zulässigen Höchstsatz hinaus vertretbar ist. Lediglich eine sorgfältige Analyse des konkreten Tatbestandes ermöglicht eine sachgemäße Beurteilung. Allgemein kann höchstens gesagt werden, daß eine Aufwertung nur vorgenommen werden darf, wenn gegenüber den aktienrechtlichen Maximalbestimmungen ein offensichtlicher, erheblicher und nach menschlichem Ermessen als dauernd zu betrachtender Mehrwert angenommen werden darf und daß sie nur in dem Umfange statthaft ist, als sie auch nach den strengsten Grundsätzen ordnungsmäßiger Kaufleute verantwortet werden kann.

β) Diese Überlegungen gelten nun aber nicht nur für Grundstücke, sondern mutatis mutandis für sämtliche Gegenstände des Anlagevermögens. Der Wortlaut von OR Art. 667, Abs. 1, könnte sogar vermuten lassen, daß es bei dauernden Beteiligungen mit Kurswert gegebenenfalls gar keiner besonderen Rechtfertigung bedürfe für eine Bewertung zu über den Anschaffungspreisen liegenden Verkehrswerten. Da Wertpapiere mit Kurswert nach OR Art. 667,

⁵²⁾ Staehelin sen. in Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht S. 85.

Abs. 1, in der Jahresbilanz zu demjenigen Kurse angesetzt werden dürfen, den sie durchschnittlich im letzten Monat vor dem Bilanztage gehabt haben, so wäre man vielleicht versucht, anzunehmen, daß die Überschreitung des Anschaffungswertes bei Vorliegen eines höheren Kurswertes für diese Kategorie von Anlagegegenständen schon kraft positiver Gesetzesbestimmung erlaubt sei, also nicht mit grundsätzlichen bilanzrechtlichen Erwägungen motiviert zu werden brauche. Diese Auffassung muß jedoch als unzutreffend abgelehnt werden. Richtiger Ansicht nach kann sich die in OR Art. 667 aufgestellte Norm für Wertpapiere mit Kurswert nicht auf sogenannte Anlageeffekten beziehen, sondern nur auf Wertpapiere, die dem Veräußerungsvermögen angehören. Für die dauernden Beteiligungen, mögen sie einen Kurswert besitzen oder nicht, muß vielmehr OR Art. 665, Abs. 2, als maßgebend erachtet werden. Der dort vorgesehene Maximalwert darf immer dann, aber auch nur dann überschritten werden, wenn die Verhältnisse analog denjenigen sind, deren Vorhandensein zur Rechtfertigung einer entsprechenden Aufwertung von Grundstücken des Anlagevermögens unerlässlich ist.

Zuzugeben ist, daß der Begriff der Dauieranlage heute noch nicht als allseitig abgeklärt gelten kann. Allein es gibt doch eine genügende Anzahl von Fällen, in denen Fachleute übereinstimmend ein Paket Aktien oder Obligationen als Dauerbeteiligung zu charakterisieren vermögen. Auch spricht das Gesetz selbst in Art. 671, Abs. 4, von Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht. Es mag zuweilen zweifelhaft erscheinen, ob eine Dauieranlage angenommen werden darf oder nicht. Alsdann wird es vorsichtig sein, derjenigen Bewertung den Vorzug zu geben, welche zu den niedrigeren Bilanzsätzen führt. Dies hindert nicht, daß da, wo der Charakter der Wertpapiere als Anlageeffekten eindeutig feststeht, die Bewertung nach den

für das Anlagevermögen maßgebenden Gesichtspunkten zu erfolgen hat⁵³).

Diese Ansicht entspricht der innersten Überzeugung der zur Beratung des zweiten Entwurfes zugezogenen Experten und ist mit dem Wortlaut des Gesetzes keineswegs unvereinbar. In der Expertenkommission ist nämlich beantragt worden, kurshabende Wertpapiere, die eine dauernde Anlage bilden, ausdrücklich den Bewertungsregeln für das Anlagevermögen zu unterwerfen⁵⁴). Die Berechtigung dieses Antrages ist übereinstimmend anerkannt und insbesondere auch von dem zugezogenen Bilanzfachmann befürwortet worden. Man hatte der Anregung in dieser Allgemeinheit lediglich wegen der Schwierigkeiten in der Feststellung der Kriterien für Dauerbeteiligungen keine Folge gegeben⁵⁵). Das Prinzip der Differenzierung zwischen Daueranlagen und zur Veräußerung bestimmten Wertpapieren ist von der Expertenkommission bloß für die Verhältnisse bei den Lebensversicherungsgesellschaften gutgeheißen worden. Zur Begründung der Zweckmäßigkeit einer solchen Unterscheidung im Gebiete des Lebensver-

⁵³) Simon S. 330 ff.; vgl. zu diesem Problem auch Henggeler in SJZtg. XXVII S. 273 ff. Henggeler verweist zutreffend darauf, daß im Gebiete des Konzernwesens parallel zum Aktienbesitz regelmäßig ganze Systeme von obligatorischen Verträgen laufen, welche die wirtschaftliche Verflechtung viel enger gestalten. Diese Verträge können, wie er auf S. 275 ausführt, für eine Gesellschaft weitgehende immaterielle, aber auch materielle Vorteile bringen. Eine bilanzmäßige Berücksichtigung solcher Werte und Verpflichtungen dürfe als zulässig angesehen werden, sobald sie einer vernünftigen wirtschaftlichen Abschätzung entspreche und sobald die Generalversammlung als oberstes Gesellschaftsorgan Gelegenheit zur Genehmigung erhalten und diese Genehmigung ausgesprochen habe. Siehe ferner Zimmermann in ZSR n. F. 45, S. 95a ff. Abw. Folliet S. 80 ff.; Egger, Die Aktiengesellschaft nach dem rev. schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936 in SJZtg. XXXIV S. 9.

⁵⁴) Prot. Exp.Komm. S. 263, 752.

⁵⁵) Prot. Exp.Komm. S. 264/65, 756 ff.; Staehelin sen. in Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht S. 86/87.

sicherungsgewerbes ist im Ständerat⁵⁶⁾ darauf hingewiesen worden, daß die Lebensversicherungsgesellschaften ihre Wertpapiere in der Regel nicht kaufen und zurücklegen, um damit Geschäfte zu machen, sondern sie zu Daueranlagen benützen. Dabei sei nicht jede Schwankung im Kurswert zu verfolgen, weil diese Papiere bis zu ihrer Fälligkeit im Tresor liegen sollen. Ob der allgemeine Zinsfuß etwas steige und infolgedessen der Kurswert zurzeit etwas sinke oder ob das Gegenteil eintreffe, spiele keine Rolle. Die Anwendung der durchschnittlichen Kurse des letzten Monats vor dem Bilanztage sei unnötig, wenn man genau wisse, daß die Papiere während beispielsweise zehn bis fünfzehn Jahren als Hinterlagen zu dienen bestimmt seien, daß ihr Wert also von Kursschwankungen nicht beeinflußt werde.

Der Wortlaut des Obligationenrechtes zwingt nun aber durchaus nicht zu einer Unterstellung der Anlageeffekten unter die Vorschriften von OR Art. 667.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß das Problem nur für Wertpapiere mit Kurswert von Bedeutung ist. Papiere ohne Kurswert sind nach OR Art. 667, Abs. 2, höchstens zum Kostenpreis, unter Berücksichtigung laufender Erträge einzusetzen und es ist einer allfälligen Wertverminderung Rechnung zu tragen. Diese Bewertungsvorschrift entspricht den Postulaten, wie sie von Doktrin und Praxis für die Bewertung sowohl der Anlageeffekten ohne Kurswert als auch der Wertpapiere des Veräußerungsvermögens ohne Kurswert aufgestellt werden⁵⁷⁾. Die Frage, ob die Bewertung je nach der Zugehörigkeit der Wertpapiere zum Anlagevermögen oder zum Betriebsver-

⁵⁶⁾ Stenogr. Bulletin Ständerat 18. Juni 1931 S. 400/1. Vgl. auch Homberger, Die Bilanzgrundsätze im Revisionsentwurf von 1919 zum schweizerischen Obligationenrecht in SJZtg. XXI S. 85 ff.

⁵⁷⁾ Weyermann in Prot. Exp.Komm. S. 753; Passow I S. 127, 158/59.

mögen verschieden ausfallen darf, stellt sich demnach nur für Wertpapiere mit Kurswert.

Die systematische Stellung von OR Art. 667 könnte nun vielleicht Anhängern einer Gleichbehandlung sämtlicher Wertpapiere mit Kurswert zur Schlußfolgerung Anlaß geben, daß solche Wertpapiere immer nach dem ersten Absatz dieses Artikels bewertet werden müssen, ob sie als Daueranlagen gedacht oder dem Veräußerungsvermögen zuzuzählen seien. Die Bewertung der dauernden Anlagen sei, so könnte man argumentieren, in OR Art. 665 geregelt und die Bewertung von Vorräten und anderen zur Veräußerung bestimmten Vermögensstücken in OR Art. 666. Die Zusammenfassung von Bewertungsvorschriften für Wertpapiere in einem besonderen Artikel zeige, daß für Wertpapiere mit Kurswert, abgesehen vom Vorbehalt in OR Art. 667, Abs. 3, OR Art. 667, Abs. 1, maßgebend sei, ohne Rücksicht darauf, welcher Kategorie von Vermögenskomplexen sie angehören. Diese Begründung könnte mit dem Hinweis darauf zu erhärten gesucht werden, daß der dritte Absatz von OR Art. 667 überflüssig wäre, wenn Dauerbeteiligungen schon nach allgemeinen Grundsätzen gemäß der in OR Art. 665 enthaltenen Regel in die Jahresbilanz eingestellt werden dürften.

Diesen Erwägungen ist nun aber folgendes entgegenzuhalten.

Nach dem Obligationenrecht gilt für Gegenstände des Veräußerungsvermögens grundsätzlich das Niederstwertprinzip⁵⁸⁾. Darnach sind für die Bewertung zunächst die Anschaffungs- oder Herstellungskosten maßgebend. Sind diese jedoch höher als der Preis, der allgemein galt im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird⁵⁹⁾, so darf höchstens dieser Preis eingesetzt werden. Das Niederstwertprinzip erschien dem Gesetzgeber nun aber zu streng

⁵⁸⁾ OR Art. 666.

⁵⁹⁾ Vgl. Staehelin jun., Zur Auslegung von OR Art. 666, Abs. 2, in SJZtg. XXXV S. 193 ff.

für Wertpapiere mit Kurswert, die zum Verkauf bestimmt sind. Diese sollen vielmehr zu demjenigen Kurse bewertet werden dürfen, den sie durchschnittlich im letzten Monat vor dem Bilanztag gehabt haben. Wegleitend zu dem Erlaß dieser Vorschrift war offenbar die Meinung, daß in den meisten Fällen eine Realisierung zu diesem mittleren Börsenkurs möglich sein werde⁶⁰). Dies ist indessen eine unhaltbare Fiktion. Denn praktisch wird ein größeres Paket an unseren Börsen kaum ohne erhebliche Kurseinbußen abgesetzt werden können⁶¹). In der heutigen Zeit politischer Unruhen, anormaler Verhältnisse auf dem Kapitalmarkt und künstlicher Eingriffe in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage erscheint es überhaupt mehr als fraglich, ob der Börsenkurs noch als Gradmesser für den Verkaufswert von Wertpapieren gelten kann. Eine Bewertung zu aller Voraussicht nach nicht erreichbaren Veräußerungswerten, die nach OR Art. 667, Abs. 1, zulässig ist, widerspricht nun zwar schon den Grundsätzen der Erfolgsermittlung, wie sie von der soliden kaufmännischen Praxis für die Gegenstände des Veräußerungsvermögens vertreten werden⁶²). Noch viel widersinniger als für diese ist aber eine derartige Regelung für die Gegenstände des Anlagevermögens. Gesunde kaufmännische Überlegungen sprechen somit einwandfrei gegen eine Bewertung von Anlageeffekten zu den jeweiligen Durchschnittskursen.⁶³).

Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich in keiner Weise, ob in OR Art. 667 bloß die Bewertung der Wertpapiere des Veräußerungsvermögens oder auch derjenigen des Anlagevermögens geregelt ist. Da für Wertpapiere das Niederstwertprinzip nicht gelten soll,

⁶⁰) Motivenbericht zum Entwurf II S. 51; Prot. Exp.Komm. S. 752 ff.

⁶¹) Henggeler in SJZtg. XXVII S. 275; Weyermann S. 143.

⁶²) Homberger in SJZtg. XXI S. 87.

⁶³) Passow loc. cit.; Weyermann S. 133.

durften diese nicht in OR Art. 666 mit einbezogen werden⁶⁴⁾. Es kann also aus der Tatsache der Angliederung eines besonderen Artikels für Wertpapiere nicht der Schluß gezogen werden, daß OR Art. 667 sowohl auf Wertpapiere des Anlagevermögens als auch des Veräußerungsvermögens anwendbar sei. Der Vorbehalt im dritten Absatz von OR Art. 667 beweist ebenfalls nichts zugunsten dieser These. In diesem Absatz wird nicht auf eine bundesrätliche Sonderregelung für Dauerbeteiligungen von konzessionierten Lebensversicherungsgesellschaften verwiesen; es werden vielmehr die Vorschriften des Bundesrates über die Bewertung der diesen Versicherungsgesellschaften gehörenden Wertschriften schlechthin vorbehalten. Für die konzessionierten Lebensversicherungsgesellschaften behält OR Art. 667, Abs. 3, nicht nur bundesrätliche Normen über die Bewertung von Anlageeffekten, sondern von Wertpapieren überhaupt vor.

Entscheidend für die Lösung des Problems muß sein, daß dauernde Beteiligungen gar keine Wertpapiere mit Kurswert im Sinne von OR Art. 667, Abs. 1, sind, selbst wenn die in Frage stehenden Titel an der Börse oder außerbörslich zu amtlichen oder nichtamtlichen Kursen gehandelt werden. Denn das vom Gesetz in Art. 667, Abs. 1, aufgestellte Kriterium des Kurswertes kann sich nur auf Wertpapiere beziehen, für welche der Kurswert mit Bezug auf die Bewertung überhaupt von Bedeutung ist. Wenn der Wert, den eine Beteiligung für ein Unternehmen hat, nicht im Kurswert der Papiere liegt, sondern im Bestehen des Eigentumsrechtes an den Titeln, so ist nicht der Kurswert, sondern das Beteiligungsrecht für das Geschäft wesentlich. Die Bewertung der Papiere hat demnach nicht unter dem Gesichtspunkt des Kurswertes, sondern des Beteiligungsrechtes, also nicht nach OR Art. 667, Abs. 1, sondern nach OR Art. 665, Abs. 2, zu

⁶⁴⁾ Vgl. Weyermann S. 143/44.

erfolgen⁶⁵⁾. Selbstverständlich muß verhindert werden, daß ein finanziell schlecht stehendes Unternehmen unter Berufung auf die Bewertungsvorschriften für dauernde Anlagen seine sämtlichen in Wirklichkeit zum Veräußerungsvermögen gehörenden Wertpapiere mit Kurswert zu über den mittleren Börsennotierungen des Monats vor dem Bilanztag gelegenen Kursen einstellt und dadurch in die Lage versetzt wird, Dividenden auszuschütten. Die Möglichkeit eines Mißbrauches darf aber nicht dazu führen, daß ungeeignete Bewertungsgrundsätze zur Anwendung gelangen, wenn eindeutig und unbestrittenermaßen eine Dauerbeteiligung vorliegt. Die gegenteilige Auffassung ergibt sich trotz der Entstehungsgeschichte von OR Art. 667 aus dem Gesetz nicht zwingend und vermag den insbesondere von der Expertenkommission anerkannten wirtschaftlichen Bedürfnissen in keiner Weise gerecht zu werden. Es wäre auch nicht einzusehen, warum im Gegensatz zum sonstigen Anlagevermögen bei den Dauerbeteiligungen nicht realisierte Wertsteigerungen vorübergehender Natur in Form von Dividenden und Tantiemen zu Ausschüttungen an Gewinnberechtigte sollten Anlaß geben dürfen.

⁶⁵⁾ Dieser Grundsatz gilt für Beteiligungen sowohl in transfergebundenen als auch in transferfreien Ländern. Dem Transferisiko muß aber selbstverständlich bei der Bewertung Rechnung getragen werden, wenn aus irgendwelchen Gründen die Dauerbeteiligung abgestoßen werden soll. Dann hat die Anpassung an den Kurswert jedoch nicht zu erfolgen, weil das hier vertretene Bewertungsprinzip für Anlageeffekten eine Ausnahme erleidet, sondern weil unter diesen Umständen nicht mehr von einer Dauerbeteiligung gesprochen werden darf.

Über die Bewertung transferbeschwerter Aktiven bei der Aktiengesellschaft vgl. Müller in „Die Schweizerische Aktiengesellschaft“ Jahrg. XI S. 152 ff. Müller wendet allerdings auch auf Daueranlagen OR Art. 667, Abs. 1, an, sofern es sich um Wertpapiere mit Kurswert handelt, siehe S. 153.

2. Der gesetzliche Reservefonds.

Die gesetzliche Grundlage für die zwangsweise Bildung von offenen Reserven findet sich in OR Art. 671. Die in diesem Artikel vorgesehenen Quoten können durch die Statuten heraufgesetzt und es kann die Speisung des allgemeinen Reservefonds vorgeschrieben werden, bis er einen höheren Prozentsatz des einbezahlten Grundkapitals erreicht hat⁶⁶⁾. Unzulässig sind dagegen Statutenbestimmungen, welche eine schwächere als die vom Gesetz verlangte Dotierung zur Folge haben⁶⁷⁾.

a) OR Art. 671, Abs. 1.

OR Art. 671, Abs. 1, schreibt vor, daß aus dem Reingewinn jährlich ein Betrag von einem Zwanzigstel einem allgemeinen Reservefonds zuzuweisen ist, bis dieser Fonds die Höhe von einem Fünftel des einbezahlten Grundkapitals erreicht hat. Diese Gesetzesbestimmung wirft eine Reihe von Problemen auf.

α) Trotz des ungenauen Wortlautes kann keine Rede davon sein, daß jedes Jahr Aktiven, etwa Bargeld oder Wertpapiere in der Höhe von einem Zwanzigstel des Reingewinnes vom übrigen Vermögen der Aktiengesellschaft ausgeschieden und in einen besonderen Fonds gelegt werden müssen. Diese Vorschrift will vielmehr nur besagen, daß der allgemeine Reservefonds um den zwanzigsten Teil des Reingewinnes zu Lasten des Gewinnverteilungskontos erhöht werden muß. Diese Buchung bedingt automatisch die Bindung eines entsprechenden Teiles des Reinvermögens. Auf der Aktivseite der Bilanz tritt keine Veränderung ein, es sei denn, daß die Statuten etwas anderes ausdrücklich vorsehen.

β) Schwierig zu entscheiden ist die Frage, was unter dem Begriff „Reingewinn“ zu verstehen sei, welcher als Basis für die Berechnung der Einlage in den Reservefonds

⁶⁶⁾ OR Art. 672.

⁶⁷⁾ Folliet S. 303, 325.

zu dienen bestimmt ist. Das Problem ist für die Behandlung allfälliger Gewinn- und Verlustvorträge von Wichtigkeit und soll im Hinblick hierauf erörtert werden. Es gilt zu prüfen, ob ein Zwanzigstel des in der Bilanz erscheinenden Habensaldos⁶⁸⁾ der Gewinn- und Verlustrechnung in den allgemeinen Reservefonds gelegt oder ob ein allfälliger Verlustvortrag dazugezählt werden muß und ob ein Gewinnvortrag vom Vorjahr zur Festsetzung der Quote von diesem Saldo vorgängig in Abzug gebracht werden darf⁶⁹⁾.

Eine Definition des Reingewinnes findet sich im Gesetz nicht. Diesem ist bloß zu entnehmen, daß er auf Grund der Jahresbilanz zu ermitteln sei⁷⁰⁾. Im weiteren enthält das Obligationenrecht nur einige Regeln für die Aufstellung dieser Bilanz. Nach dem schweizerischen Bundesgericht⁷¹⁾ ist der handelsrechtliche Reingewinn, auf den die Aktionäre pro rata Anspruch haben, soweit er nach den Statuten zur Verteilung unter sie bestimmt ist, nicht Betriebsgewinn, sondern Vermögensstand, nämlich der Überschuß der Aktiven über die Passiven, wenn unter diese Grundkapital, Reserven und ähnliche Fonds eingestellt werden. Darnach kann er sowohl aus dem Betrieb als aus betriebsfremdem Vermögenszuwachs oder aus bloßen Buchoperationen stammen.

Der vom Bundesgericht umschriebene Reingewinnbegriff deckt sich mit dem Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung. Hiervon wohl zu unterscheiden ist indessen der Jahresgewinn im Sinne des in der abgelaufenen

⁶⁸⁾ „Der Saldoposten teilt nach dem Wesen der Kontoform nicht die Natur der Bilanzposten, auf deren Seite er steht, sondern die Natur der Bilanzposten der Gegenseite. Denn der Saldo ist die Ausgleichs-, die die Bilanz, das Gleichgewicht herstellende Ziffer.“ S. Rehm S. 10/11.

⁶⁹⁾ Vgl. hierüber Folliet S. 305 ff.

⁷⁰⁾ OR Art. 662 Abs. 1.

⁷¹⁾ BGE 53 II Nr. 44 S. 258/59.

Geschäftsperiode erzielten Gewinnes⁷²⁾. Wenn auch dieser jährliche Reingewinn ebensowenig wie der Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung dem Betriebsergebnis gleichgesetzt werden darf, so kann er doch jedenfalls weder einen Gewinn- noch einen Verlustvortrag in sich begreifen, denn derartige Vorträge rühren, wie ihr Name schon andeutet, aus dem vorhergehenden Jahre her. Der Gewinnvortrag stellt rechtlich und wirtschaftlich eine Reserve dar, welche allerdings noch nicht einem speziellen Reservekonto gutgeschrieben worden ist⁷³⁾. Buchhalterisch erscheint er gewöhnlich im neu eröffneten Gewinn- und Verlustkonto als erster Habenposten. Ebensogut könnte er aber auf ein spezielles Konto gebucht werden. Die übliche Buchungsweise wirkt sich in einer Erhöhung des Gewinn- oder einer Verminderung des Verlustsaldos des darauffolgenden Jahres aus, ändert aber am Charakter des Gewinnvortrages als Reserve nichts, denn auf welche Weise der über das Grundvermögen hinaus vorhandene Teil des Reinvermögens buchhalterisch erfaßt wird, ist für das Bestehen dieses Reinvermögens gleichgültig.

Hinsichtlich des Verlustvortrages ist zwischen dem echten und dem unechten zu unterscheiden. Solange der echte Verlustvortrag kleiner ist als die Grundkapitalsziffer, zeigt er an, ein wie großer Teil des Grundvermögens verloren ist. In dem Maße, als er darüber hinaus anwächst, gibt er die Höhe der ausgewiesenen Überschuldung an⁷⁴⁾. Zuweilen wird nun aber der Verlust eines Geschäftsjahres vollständig auf neue Rechnung vorgetragen, trotzdem gesetzliche oder statutarische Reserven zur Verfügung

⁷²⁾ Folliet S. 305; vgl. in diesem Zusammenhang auch Staehelin sen. in Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht S. 77 ff.

⁷³⁾ Simon S. 248; a. A. Rehm S. 234/35. Gegen die von Rehm und anderen vertretene These mit zutreffender Begründung Passow II S. 132 ff.

⁷⁴⁾ Über die Begriffe „Unterbilanz“ und „Überschuldung“ vgl. Rehm S. 6 ff.

stehen, welche dessen ganze oder teilweise Tilgung ermöglichen würden. Ein derartiger Verlustvortrag kann als unechter bezeichnet werden; er ist lediglich ein aktives Bewertungskonto für zu hoch angesetzte Reservekonten. Diese Bilanzierungsweise bietet einen psychologisch nicht gering zu veranschlagenden Vorteil, wenn beabsichtigt ist, künftige Gewinne so lange zurückzubehalten, bis die verminderten Reserven wieder ihre ursprüngliche Höhe erreicht haben. Denn die Aktionäre stimmen erfahrungsgemäß einer Wiederauffüllung von Reserven auf dieser Basis eher zu, als wenn ihnen jeweilen zugemutet wird, die Jahresgewinne, die infolge der vorgängigen Tilgung des Verlustes an sich frei verfügbar wären, ausschließlich zu Rückstellungen zu verwenden.

Es stellt sich nun die Frage, ob in OR Art. 671, Abs. 1, unter Reingewinn der Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung zu verstehen ist oder bloß der Jahresgewinn, d. h. dieser Saldo, vermehrt um einen Verlustvortrag oder vermindert um einen Gewinnvortrag.

aa) Keinem Zweifel kann es unterliegen, daß ein Reingewinn im Sinne von OR Art. 671, Abs. 1, erst vorliegt, wenn ein echter Verlustvortrag zuvor getilgt worden ist⁷⁵⁾. Ergibt die Gewinn- und Verlustrechnung unter Berücksichtigung des echten Verlustvortrages einen Sollsaldo, so ist es zwecklos, von einem allfälligen Jahresgewinn $\frac{1}{20}$ in den allgemeinen Reservefonds zu legen, denn dieser Betrag müßte der Gewinn- und Verlustrechnung belastet werden, würde also eine entsprechende Vergrößerung des Sollsaldo nach sich ziehen.

ββ) Nicht so einfach sind die Verhältnisse bei Vorliegen eines unechten Verlustvortrages⁷⁶⁾. Ein solcher, so scheint es, sollte zu einem Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung dazugezählt oder von einem Sollsaldo

⁷⁵⁾ Vgl. Folliet S. 305.

⁷⁶⁾ Note siehe folgende Seite.

in Abzug gebracht werden. Verwandelt sich ein Sollsaldo der Gewinn- und Verlustrechnung dadurch in einen Habensaldo, so müsse dieser die Basis für die Bemessung der Einlage in den gesetzlichen Reservefonds bilden. Denn, so könnte argumentiert werden, wird ein Teil der Ertragsposten der Gewinn- und Verlustrechnung zur Ausgleichung eines vorgetragenen Verlustes benötigt, der eigentlich durch Heranziehung von Reserven hätte getilgt werden können, so vermindert sich ein allfälliger Gewinn um diese Erträge, und es erfolgt demgemäß die Berechnung der Dotierung nach OR Art. 671, Abs. 1, auf einer um die Höhe des Verlustvortrages verkleinerten Grundlage. Entsprechendes müsse gelten, wenn die Gewinn- und Verlustrechnung nur wegen des zu Beginn des Geschäftsjahres vorgetragenen Verlustes mit einem Sollsaldo abschließe.

Diesem Gedankengang kann aber nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Die anzubringenden Einschränkungen werden an Hand eines Zahlenbeispiels leicht ersichtlich.

76) Beispiel:

Die Gewinn- und Verlustrechnung laute:

Soll			Haben
Verlustvortrag vom	Fr.	Verschiedene	Fr.
Vorjahr	5,000	Erträge	35,000
Verschiedene Aufwen-			
dungen	20,000		
Gewinn (Habensaldo)	10,000		
	<u>35,000</u>		<u>35,000</u>

Daneben bestehe eine Reserve von Fr. 20,000.—. Soll als Basis für die Berechnung der Einlage in den gesetzlichen Reservefonds nun der Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung, d. h. ein Betrag von Fr. 10,000.— dienen, oder diese Summe, vermehrt um den Verlustvortrag von Fr. 5,000.—, also ein Betrag von Fr. 15,000.—, weil der Verlustvortrag am Ende des vorhergehenden Geschäftsjahres durch teilweise Heranziehung der Reserven hätte ausgeglichen werden können und bei einem derartigen Vorgehen der Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung auf Fr. 15,000.— angestiegen wäre?

Die Gewinn- und Verlustrechnung einer Aktiengesellschaft für das Jahr 1948⁷⁷⁾ laute folgendermaßen:

Soll	Fr.		Haben	Fr.
Verlustvortrag 1947	5,000	Diverse Erträge	25,000	
		Verlustvortrag		
		1947 . .	5,000	
		Jahresgewinn		
		1948 . .	1,000	
Div. Aufwendungen	24,000	Verlust 1948		4,000
	<u>29,000</u>			<u>29,000</u>

Der in die Aktiven der Bilanz einzusetzende Verlust, d. h. der Sollsaldo der Gewinn- und Verlustrechnung für das Jahr 1948, beträgt Fr. 4000.—. Der im Geschäftsjahr 1948 erzielte Jahresgewinn beläuft sich auf Fr. 1000.—. Dieser wird nach dem Beispiel zur Amortisation des Verlustvortrages verwendet. Ein Gewinn, von welchem der gesetzliche Reservefonds gespeisen werden müßte, ergibt sich darnach nicht. Wäre indessen der Verlustvortrag von Fr. 5000.— am Ende des Geschäftsjahres 1947 durch Belastung eines Reservekontos ausgeglichen worden, so müßte eine Dotierung in Höhe von Fr. 50.— vorgenommen werden, weil alsdann ein Reingewinn, d. h. ein Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung von Fr. 1000.— entstanden wäre⁷⁸⁾. Der unechte Verlustvortrag von Fr. 5000.— hat also zur Konsequenz, daß statt einer Zuweisung in den allgemeinen Reservefonds von Fr. 50.— keine Speisung erfolgt. Der Umkehrschluß, daß demnach die gesetzliche Reserve um Fr. 50.— höher wäre, wenn

⁷⁷⁾ Es wird absichtlich ein weit entfernt liegendes Jahr angenommen, um klar zum Ausdruck zu bringen, daß das Problem nicht im Hinblick auf das Übergangsrecht zur Diskussion gestellt werden soll.

⁷⁸⁾ Nicht berücksichtigt in den von Folliet S. 305/6 gewählten Beispielen ist, daß sich der Gewinn des Geschäftsjahres B entsprechend erhöht, wenn der Verlust des Geschäftsjahres A nicht vorgetragen, sondern einem Reservekonto belastet wird.

der Verlust aus dem Jahre 1947 nicht vorgetragen, sondern einem Reservekonto belastet worden wäre, ist aber nur richtig, wenn zur Tilgung dieses Verlustvortrages freie Reserven von Fr. 5000.— zur Verfügung gestanden hätten. Müßte der gesetzliche Reservefonds verwendet werden, so würden ihm am Schlusse des Geschäftsjahres 1948 wohl Fr. 50.— zufließen; diese Zuweisung würde aber dessen Debitierung mit Fr. 5000.— am Ende des Geschäftsjahres 1947 nicht kompensieren. Im Ergebnis wiese der gesetzliche Reservefonds nach Ablauf des Geschäftsjahres 1948 vielmehr eine Verringerung um Fr. 4950.— auf. Daraus folgt, daß ein Verlustvortrag zur Berechnung der Einlage gemäß OR Art. 671, Abs. 1, nur insoweit zum Jahresgewinn hinzuzuzählen ist, als er durch Inanspruchnahme freier Reserven hätte eliminiert werden können. Auch wenn zur Tilgung des Verlustvortrages der gesetzliche Reservefonds nur teilweise angegriffen werden muß, weil die freien Reserven nicht vollständig ausreichen, wird dessen Bestand im Endresultat in der Regel herabgedrückt. Denn von jedem Betrag, um den der allgemeine Reservefonds belastet und der Verlustvortrag vermindert wird, um welchen sich also der Jahresgewinn erhöht, fließen hernach gemäß OR Art. 671, Abs. 1, bloß 5% zurück. Anders verhält es sich nur, wenn die freien Reserven beinahe vollständig ausreichen, so daß diese 5% einen höheren Betrag ausmachen als die Inanspruchnahme des gesetzlichen Reservefonds⁷⁹⁾.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich die Schlußfolgerung, daß zur Berechnung der Zuweisung in den allgemeinen Reservefonds ein unechter Verlustvortrag zu einem Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung hinzugezählt — beziehungsweise von einem Sollsaldo abgezogen — werden muß, sofern dessen vollständige Eliminierung unter Heranziehung freier Reserven möglich ge-

⁷⁹⁾ Im Einzelfall sollte die Entscheidung nur nach vorgängiger zahlenmäßiger Darstellung der verschiedenen Varianten gefällt werden.

wesen wäre. Hätte dagegen zum Ausgleich des Verlustvortrages auch die gesetzliche Reserve zu Hilfe genommen werden müssen, so kann das Problem nicht allgemein, sondern nur im Hinblick auf den konkreten Tatbestand beurteilt werden.

Gegen diese These läßt sich allerdings ein Einwand geltend machen. Es möge angenommen werden, daß in dem oben erwähnten Beispiel freie Reserven in Höhe von Fr. 3000.— und eine gesetzliche Reserve von Fr. 2000.— vorhanden seien. Weiterhin soll vorausgesetzt werden, daß die Aktiengesellschaft in den Jahren 1948 bis 1952 je einen Jahresgewinn von Fr. 1000.— erzielt. Würde unter dieser Voraussetzung der Verlustvortrag im Jahre 1947 zu Lasten der Reserven abgeschrieben, so besäße die Gesellschaft zu Beginn des Jahres 1948 keine Reserven mehr. Am Schlusse dieses Geschäftsjahres wären dem allgemeinen Reservefonds Fr. 50.— zu kreditieren. Im Jahre 1949 würde dieser Reservefonds Fr. 100.— betragen, anno 1950 Fr. 150.—, anno 1951 Fr. 200.— und anno 1952 Fr. 250.—. Würde die Gesellschaft dagegen den Verlust bloß zu Lasten der freien Reserven abschreiben, im übrigen aber so lange vortragen, bis er durch die Jahresgewinne getilgt wäre, d. h. bis zum Jahre 1949, so betrüge der allgemeine Reservefonds anno 1949 Fr. 2000.—, anno 1950 Fr. 2050.—, anno 1951 Fr. 2100.— und anno 1952 Fr. 2150.—. Warum soll es der Aktiengesellschaft nun nicht gestattet sein, den Verlust von Fr. 5000.— bis zum Jahre 1952 vorzutragen, d. h. bis er aus den in den Jahren 1948 bis 1952 angesammelten Gewinnen abgeschrieben werden kann, wenn unter diesen Umständen der allgemeine Reservefonds zwar in den Jahren 1950 bis 1952 nicht dotiert wird, anno 1952 aber immer noch beträchtlich höher ist, als wenn der Verlust bereits im Jahre 1948 unter der Verwendung der freien und gesetzlichen Reserven abgeschrieben worden wäre? Die Stichhaltigkeit dieser Beweisführung muß anerkannt werden, wenn die freien Reserven nicht mehr zur Ausgleichung eines Verlustvortrages ge-

nügen. Reichen sie aber aus, so kann diese Argumentation die oben aufgestellte These nicht zu Fall bringen, da sonst das verfügbare Reinvermögen auf Kosten der gesetzlichen Reserven vergrößert würde. Trotz der Konsequenzen für die Höhe der gesetzlichen Reserven ist aber die Zulässigkeit der Amortisation eines unechten Verlustvortrages durch Belastung des allgemeinen Reservefonds unbestreitbar, und zwar durch vollumfängliche Debitierung oder durch bloß teilweise, je nachdem keine oder nicht genügende frei verfügbare Reserven in der Bilanz figurieren. Denn unter Reserven von Aktiengesellschaften versteht man den über das Grundvermögen hinaus vorhandenen Teil des Reinvermögens. Dieses ist trotz ausgewiesener höherer Reserven um den unechten Verlustvortrag geringer, und es muß daher eine Angleichung der Reservekonten an die tatsächliche Sachlage erlaubt sein. Zudem ergibt sich dies aus OR Art. 671, Abs. 3.

Um Mißverständnissen vorzubeugen sei jedoch wiederholt, daß ein Verlust vorgetragen werden kann, selbst wenn dadurch ein unechter Verlustvortrag entsteht. Nur darf dann zur Berechnung der Zuweisung nach OR Art. 671, Abs. 1, nicht unter allen Umständen vom Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung ausgegangen werden, sondern es ist dieser Tatsache im Sinne vorstehender Erwägungen Rechnung zu tragen.

rr) Der Gewinnvortrag darf vom Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung abgezogen werden. Nur von einem allfällig verbleibenden Restbetrag sind 5% oder ein höherer statutarischer Satz dem allgemeinen Reservefonds gutzuschreiben⁸⁰⁾. Der Wortlaut von OR Art. 671, Abs. 1, könnte zwar vielleicht Anlaß zur Annahme geben, daß der aus der Jahresbilanz hervorgehende Reingewinn, also der Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung gemeint sei. Gegen diese Auslegung spricht aber der vernünftige Sinn der Gesetzesbestimmung. Mit dieser Vorschrift will man die Gesellschaften dazu

⁸⁰⁾ Folliet S. 312.

zwingen, aus dem jährlichen Reingewinn Zuweisungen an einen Reservefonds vorzunehmen. Es sollen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen keine Dividendenausüttungen ohne vorgängige Speisung einer Legalreserve mehr möglich sein. Daß aber in gewissem Umfange eine mehrfache Dotierung zu erfolgen habe, kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben. Dies wäre aber der Fall, wenn man vom Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung ausginge, da darin ein Gewinnvortrag inbegriffen ist. Von dem Gewinnvortrag ist bereits in dem vorhergehenden Jahre $\frac{1}{20}$ in Reserve gestellt worden. Würde er in dem darauffolgenden nochmals herangezogen, so wäre nach zwei Jahren bereits ein Zehntel dieses Betrages zurückgestellt, statt der vom Gesetz vorgeschriebenen 5%. Die mehrfache Speisung könnte zudem leicht dadurch umgangen werden, daß der Gewinnrest eines Jahres nicht als Gewinnvortrag verbucht, sondern einem Reservekonto gutgebracht würde. Diese Überlegung zeigt gleichfalls die Unzulänglichkeit einer allzu grammatikalischen Interpretation. Auch kann nicht eingewendet werden, es sei inkonsequent, den Abzug eines Gewinnvortrages vom Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung zuzulassen, die Hinzurechnung eines echten Verlustvortrages dagegen nicht zu fordern. Denn die Dotierung des allgemeinen Reservefonds setzt das Vorhandensein eines Reingewinnes voraus. Bevor aber ein echter Verlustvortrag getilgt ist, liegt kein solcher vor.

b) OR Art. 671, Abs. 2.

Außer den Einlagen gemäß OR Art. 671, Abs. 1, sind dem gesetzlichen Reservefonds die in OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 1—3, genannten Beträge zuzuweisen, und zwar ohne Rücksicht auf dessen Höhe. Die Auslegung dieser Bestimmungen stößt gleichfalls auf nicht geringe Schwierigkeiten. Der in OR Art. 671 überhaupt zu konstatierende Mangel an Präzision ist zum großen Teil historisch zu erklären. Dieser Artikel ist nämlich als Kompromiß zwischen

den divergierenden Auffassungen von National- und Ständerat über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit eines sogenannten Krisenfonds zu werten. Im Vordergrund der Diskussion standen weniger juristische Fragen als vielmehr politische Interessen. Demgemäß stellen auch die Materialien ein wenig geeignetes Hilfsmittel für die Interpretation dar. Sie sind weit eher ein Dokument über die Austragung politischer Meinungsverschiedenheiten⁸¹⁾. Aus der Fülle der juristischen Probleme sollen in diesem Zusammenhang lediglich die hauptsächlichsten erörtert werden.

a) Ziff. 1 läßt vermuten, daß man das Agio grundsätzlich von der Verteilung unter die Aktionäre ausschließen wollte. Zu Wohlfahrtszwecken beliebiger Art soll es wohl ausgeschüttet werden dürfen, offenbar aber nicht zu Dividenden- oder Tantièmezahlungen. Dieses Ziel wird jedoch infolge der Zulassung der Verwendung des Agios zu Abschreibungen bloß in ganz beschränktem Umfang erreicht⁸²⁾. Dies geht aus folgendem Beispiel hervor. Das Bruttoergebnis eines Geschäftsjahres, also der Gewinn ohne Abschreibungen, belaufe sich auf Fr. 60,000.—. Amortisationen seien in Höhe von Fr. 25,000.— erforderlich. Normalerweise müßte sich daher ein Reingewinn von Fr. 35,000.— ergeben. Die Gesellschaft habe nun aber ein Agio von Fr. 10,000.— erzielt. Verwendet sie diesen Betrag gemäß OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 1, zu Abschreibungen, so wird dadurch das

⁸¹⁾ Vgl. Stenogr. Bulletin Nationalrat Sommersession 1934 S. 106 ff., Wintersession 1934 S. 235 ff., Ständerat Frühjahrs-session 1935 S. 273 ff., Nationalrat Sommersession 1935 S. 268 ff., Ständerat Herbstsession 1935 S. 312 ff., Nationalrat Herbstsession 1935 S. 309 ff., Ständerat Januarsession 1936 S. 329 ff., Nationalrat Frühjahrs-session 1936 S. 337 ff., Ständerat Frühjahrs-session 1936 S. 347.

Allein auch dem Protokoll über die Beratungen in der Expertenkommission kann nichts Wesentliches entnommen werden, vgl. Prot. Exp.Komm. S. 270 ff.

⁸²⁾ Vgl. Folliet S. 306/7.

Abschreibungsbedürfnis von Fr. 25,000.— auf Fr. 15,000.— reduziert. Das hat automatisch ein Ansteigen des Gewinnes von Fr. 35,000.— auf Fr. 45,000.— zur Folge, m. a. W. der Reingewinn hat sich um den Betrag des Agios erhöht. Würden in dem erwähnten Beispiel allerdings nur Amortisationen von Fr. 4000.— erforderlich sein, könnte also ohne Agio ein Reingewinn von Fr. 56,000.— ausgewiesen werden, so dürfte wenigstens ein Teil des Agios in Höhe von Fr. 6000.— nicht indirekt zur Vermehrung des Reingewinnes in dem zur Diskussion stehenden Geschäftsjahr Verwendung finden, sondern wäre dem gesetzlichen Reservefonds gutzubringen.

β) Nicht ohne weiteres verständlich ist OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift müßte ein Teil derjenigen Beträge, welche als Gewinn verteilt werden sollen, einem Reservefonds zugewiesen werden. Das ist natürlich unmöglich; man kann nicht eine bestimmte Summe an Gewinnberechtigte ausschütten und gleichzeitig einen Teil davon als Reserve zurückbehalten⁸³⁾. Was mit dieser Bestimmung beabsichtigt war, ist allerdings erkennbar: In gewissem Umfang soll eine zusätzliche Dotierung des allgemeinen Reservefonds erfolgen. Zweifel ergeben sich aber hinsichtlich deren Höhe. Aus dem Gesetz kann die Auffassung herausgelesen werden, das Reservekonto müsse mit einer Summe erkannt werden, die einem Zehntel derjenigen Beträge zu entsprechen habe, welche nach der ordentlichen Speisung des Reservefonds und nach Bezahlung einer Dividende von fünf Prozent an Aktionäre und sonstige Gewinnberechtigte verteilt werden. Vertretbar wäre aber angesichts des Gesetzestextes auch die Meinung, für jede Mehrausschüttung im Sinne von OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, in Höhe von Fr. 9.— sei dem Reservekonto der Betrag von Fr. 1.— gutzuschreiben⁸⁴⁾. Der Unterschied in der Berech-

⁸³⁾ OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3 gilt gemäß Abs. 4 desselben Artikels nicht für Holdinggesellschaften.

⁸⁴⁾ Folliet S. 308.

nungsweise ist praktisch von Bedeutung. Wenn eine Gesellschaft einen solchen Mehrgewinn von Fr. 100,000.— ausbezahlen will, muß sie nach der einen Ansicht einen Betrag von Fr. 110,000.— zur Verfügung haben, nach der andern von Fr. 111,111 $\frac{1}{9}$. Da das Gesetz von einer Zuweisung von $\frac{1}{10}$ spricht, erscheint die Auslegung naheliegender, wonach der Betrag in Reserve zu stellen ist, welcher einem Zehntel der in OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, umschriebenen Beträge entspricht⁸⁵).

γ) OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, weist indessen noch andere Unklarheiten auf. Unter der Voraussetzung, daß bloß eine Dividende von beispielsweise 4 $\frac{1}{2}$ % zur Ausschüttung gelangt, wäre bei wörtlicher Auslegung eine zusätzliche Einlage in den Reservefonds selbst dann nicht erforderlich, wenn den Mitgliedern des Verwaltungsrates Tantiemen zufließen, die insgesamt mehr als ein halbes Prozent Dividende ausmachen. Weiterhin sagt das Gesetz nicht, ob als Grundlage für die Berechnung der Höhe der Dividende das gesamte Aktienkapital oder nur das einbezahlte Grundkapital zu dienen hat. Soll es im Belieben einer Aktiengesellschaft mit einem zur Hälfte liberierten Aktienkapital von einer Million Franken stehen, zu entscheiden, ob die an die Aktionäre ausbezahlte Summe von Fr. 40,000.— im Hinblick auf OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, als 4%ige Dividende, berechnet auf dem gesamten Aktienkapital, oder als 8%ige, berechnet auf dem einbezahlten Teil desselben zu gelten hat? Der unpräzise Satzbau von OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, könnte sogar die Vermutung aufkommen lassen, daß eine zusätzliche Einlage erst geleistet werden müsse, wenn außer der Ausschüttung einer Dividende von 5% auf das Aktienkapital auch „sonstige Gewinnbeteiligte“, also etwa Genußscheininhaber oder Mitglieder des Verwaltungsrates Zuweisungen in der Höhe von 5% des Grundkapitales erhalten haben. Hiervon

⁸⁵) Anders Folliet S. 309. Der Ansicht von Folliet scheint auch Nationalrat Huber zu sein; vgl. Stenogr. Bulletin Nationalrat Herbstsession 1935 S. 311.

kann natürlich keine Rede sein. Da die Ausschüttungen an die „sonstigen Gewinnberechtigten“ in den allermeisten Fällen niemals 5% des Aktienkapitals betragen, wäre ja bei einer derartigen Auslegung die Vorschrift von OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, praktisch bedeutungslos.

Richtiger Ansicht nach wird die Verpflichtung zur zusätzlichen Speisung des gesetzlichen Reservefonds ausgelöst, wenn nach Verteilung eines Betrages in Höhe von 5% des einbezahlten Aktienkapitals an Aktionäre oder sonstige Gewinnberechtigte weitere Gewinnanteile an Aktionäre oder sonstige Gewinnberechtigte ausgeschüttet werden⁸⁶⁾.

Es darf nicht angenommen werden, daß die Ausrichtung einer Dividende von 5% an die Aktionäre *conditio sine qua non* sein sollte. OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, ist eine Vorschrift, die ihren Grund in dem Bestreben nach möglicher Sicherung des Unternehmens gegen künftige Risiken und Gefahren hat. Sie ist im Interesse der Angestellten und Arbeiter, der Gläubiger, der Aktionäre und auch des Unternehmens selbst erlassen worden. Eine zusätzliche Stärkung der gesetzlichen Reserven soll stattfinden, wenn ein größerer Teil des Reingewinnes an Gewinnberechtigte ausgeschüttet wird, als einer fünfprozentigen Dividende auf das Grundkapital entspricht. Ob der Betrag, welcher einer derartigen Summe gleichkommt, an die Aktionäre oder an sonstige Personen fließt, ist in diesem Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung. In Anbetracht des Sicherungszwecks wäre allerdings eine Regelung konsequenter gewesen, welche nicht nur Ausschüttungen an Gewinnberechtigte erfaßt, sondern sämtliche Auszahlungen auf dieselbe Stufe gestellt hätte, denn die finanzielle Struktur eines Unternehmens wird durch den Entzug der Mittel berührt; wozu diese verwendet werden, ist hierauf ohne Einfluß. Vergabungen zu Wohlfahrtszwecken wirken auf die Liquidität genau gleich wie Entrichtung von Tantiemen oder Dividenden.

⁸⁶⁾ Vgl. auch Folliet S. 311 ff.

Daß OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, zur Anwendung gelangt, wenn die ausgeschüttete Dividende 5% des einbezahlten Grundkapitals übersteigt, daß also vor einer zusätzlichen Speisung des gesetzlichen Reservefonds nicht eine Verteilung von 5% des gesamten, auch des nichtliberierten Aktienkapitals zulässig ist, geht aus der Überlegung hervor, daß es in der Regel der einbezahlte Teil des Grundkapitales ist, der als Basis für die Geschäftstätigkeit betrachtet werden muß. Die Höhe des liberierten Grundkapitals zeigt normalerweise das Bedürfnis eines Unternehmens an eigenen Mitteln. Der nicht einbezahlte Teil ist lediglich eine Art Rückendeckung, insbesondere für den Fall, daß das Gewerbe sich ausdehnen und die Beschaffung weiteren Unternehmungskapitales als angezeigt erachtet werden sollte. Er vermag allerdings zur Verstärkung der Kreditbasis zu dienen. Ein Geschäft ist jedoch nicht erst lebensfähig, wenn der Betrieb eine Rendite des gesamten Aktienkapitales ermöglicht, sondern schon dann, wenn eine angemessene Verzinsung des liberierten Teiles des Grundkapitales herausgewirtschaftet werden kann. Weil das einbezahlte Aktienkapital in wirtschaftlicher Hinsicht im Vordergrund steht, muß auch die zusätzliche Speisung des gesetzlichen Reservefonds, einer vom Gesetz verlangten Maßnahme zur Hebung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, von dem Verhältnis der ausgeschütteten Dividende zum einbezahlten Aktienkapital ausgehen. Da die Berechnung der Dividende auf dem gesamten Aktienkapital anstatt nur auf dem einbezahlten Teil desselben in der Praxis äußerst selten vorkommt, brauchte der Gesetzgeber diesen Spezialfall nicht ausdrücklich zu regeln.

δ) Das Bestehen eines Gewinnvortrages ist für die Berechnung der Höhe der zusätzlichen Dotierung des Reservefonds nach OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, bedeutungslos. Wesentlich ist nur der Betrag, der nach der ordentlichen Speisung des gesetzlichen Reservefonds und

nach Ausschüttung einer Summe in Höhe von 5% des einbezahlten Grundkapitales an Aktionäre oder sonstige Gewinnberechtigte für solche Personen zur Verteilung gelangt. Wird der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung eines Geschäftsjahres lediglich zur Zuweisung an den allgemeinen Reservefonds gemäß OR Art. 671, Abs. 1, und zur Ausrichtung einer Dividende von 5% an die Aktionäre oder zur Auszahlung eines dieser Summe entsprechenden Betrages an sonstige Gewinnberechtigte verwendet, der Rest aber auf neue Rechnung vorgetragen oder einem freiwilligen Reservefonds gutgebracht, so besteht keine Pflicht zu einer weiteren Zuwendung an den allgemeinen Reservefonds⁸⁷⁾. Wird dagegen mehr ausgeschüttet, so ist eine Summe, welche einem Zehntel dieses Mehrbetrages entspricht, in die gesetzliche Reserve zu legen, gleichgültig, ob diese Mehrausschüttung infolge eines früheren Gewinnvortrages oder dank großer Jahresgewinne ermöglicht worden ist. Ebenso muß entschieden werden, wenn die über 5% hinausgehende Gewinnverteilung ihren Grund in der Heranziehung beispielsweise einer Dividendenreserve hat⁸⁸⁾.

ε) Es kann auch nicht in einem Geschäftsjahre eine Dividende von 8% ausbezahlt werden, ohne daß eine Verpflichtung zu einer Einlage in den allgemeinen Reservefonds nach OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, entstände, weil im vorhergehenden Jahr nur eine Dividende von 2% verteilt und der verbleibende Gewinn vorgetragen worden ist, obwohl er zur Bezahlung einer fünfprozentigen Dividende ausgereicht hätte⁸⁹⁾. Im Gesetz finden sich nirgends An-

⁸⁷⁾ Folliet S. 311.

⁸⁸⁾ A. M. Folliet S. 313.

⁸⁹⁾ A. M. Folliet S. 313. Seiner Auffassung ist indessen beizupflichten, wenn es sich um die Verteilung einer Reserve handelt, welche nicht über die Gewinn- und Verlustrechnung aufgelöst, sondern im Laufe eines Geschäftsjahres an die Aktionäre ausgeschüttet wird. Denn die zusätzliche Dotierung des allgemeinen Reservefonds wird vom Gesetz nur bei Vorliegen der in

haltspunkte für eine derartige Interpretation. Man darf nicht etwa geltend machen, es sei unlogisch, den Abzug des Gewinnvortrages im Falle von OR Art. 671, Abs. 1, von einem Habensaldo der Gewinn- und Verlustrechnung zwar zuzulassen, dessen Berücksichtigung in diesem Zusammenhang dagegen abzulehnen. Dort steht die Erfassung des jährlichen Reingewinnes zur Diskussion. Hier handelt es sich um etwas ganz anderes, nämlich um eine Reservestellung für den Fall einer besonders großen Gewinnausschüttung. Immer und nur dann, wenn auf Grund einer Jahresbilanz eine höhere Summe unter die Aktionäre und sonstigen Gewinnberechtigten verteilt wird, als einer Dividende von 5% entspricht, hat eine zusätzliche Dotierung des allgemeinen Reservefonds zu erfolgen. Verteilt eine Aktiengesellschaft in einem Jahre weniger, so kann sie sich später hierauf nicht berufen und eine entsprechend höhere freie Quote beanspruchen.

c) OR Art. 671, Abs. 3⁹⁰⁾.

Die Zuweisungen nach OR Art. 671, Abs. 1, sind so lange vorzunehmen, bis der allgemeine Reservefonds die Höhe von einem Fünftel des einbezahlten Grundkapitals erreicht hat. Beträgt die gesetzliche Reserve weniger, so haben die Dotierungen nach Abs. 1 zu erfolgen, gleichgültig, ob sie diese oberste Grenze überhaupt noch gar nicht erreicht hat oder ob sie infolge von Belastungen oder

OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, genannten Voraussetzungen gefordert, also einzig im Zusammenhang mit einer jährlichen Gewinnverteilung. Das Obligationenrecht bestimmt nicht, daß von jeglicher Auszahlung an die Aktionäre, die eine gewisse Höhe ausmacht, eine Einlage in den gesetzlichen Reservefonds zu machen sei. Nur darf die Bildung, die Auflösung und die Ausschüttung der Reserve nicht zum Zweck der Umgehung von OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 3, erfolgt sein.

⁹⁰⁾ OR Art. 671, Abs. 3, gilt gemäß Abs. 4 desselben Artikels nicht für Holdinggesellschaften.

wegen einer Erhöhung des liberierten Teiles des Grundkapitales wieder daruntergesunken ist.

Die Einlagen gemäß OR Art. 671, Abs. 2, müssen nach dem Wortlaut des Gesetzes auch geleistet werden, nachdem der allgemeine Reservefonds die gesetzliche Höhe erreicht hat. Diese Vorschrift muß indessen im Hinblick auf OR Art. 671, Abs. 3, eine einschränkende Auslegung erfahren.

Der dritte Absatz von OR Art. 671 sieht vor, daß der gesetzliche Reservefonds nur zu genau umschriebenen Zwecken verwendet werden darf, soweit er die Hälfte des Grundkapitals nicht übersteigt.

a) Aus dieser spezifizierten Einschränkung der Verwendungsfähigkeit muß geschlossen werden, daß der allgemeine Reservefonds, vorbehältlich einschränkender Statutenbestimmungen, zur freien Verfügung der Generalversammlung steht, soweit er die Hälfte des gesamten — nicht etwa bloß des liberierten — Aktienkapitales übersteigt⁹¹⁾. Eine weitergehende Bindung anzunehmen besteht kein Anlaß. Wohl folgt schon aus dem Begriff eine gewisse Beschränkung der Verfügungsfähigkeit, denn sonst würde sich der allgemeine Reservefonds in nichts von einer freiwillig gebildeten Reserve unterscheiden. Allein die Bestimmung seiner Art und seines Umfanges ist Sache der Gesetzgebung. Das Obligationenrecht enthält nun lediglich für den die Hälfte des Grundvermögens nicht

⁹¹⁾ Wird das Grundkapital herabgesetzt in Verbindung mit einer Rückzahlung an die Aktionäre, so wird der bestehende gesetzliche Reservefonds insoweit verfügbar, als er infolge der Reduktion nunmehr die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt. Beträgt er nach durchgeführter Rückzahlung statt $\frac{1}{6}$ des Grundkapitals $\frac{1}{3}$, so bleibt er nach wie vor nur für die in OR Art. 671, Abs. 3, erwähnten Zwecke verwendbar. A. M. Folliet S. 328/29.

Daß in diesem Zusammenhang infolge eines Redaktionsversehens nicht wie in Abs. 1 vom einbezahlten Grundkapital, sondern vom Aktienkapital schlechthin gesprochen werde, darf nicht angenommen werden. Weder die Motive noch andere Gründe würden eine derartige Auslegung rechtfertigen. Die

übersteigenden Teil des allgemeinen Reservefonds einschränkende Vorschriften über dessen Verwendung.

β) Sobald der gesetzliche Reservefonds die Höhe der Hälfte des Grundkapitals erreicht hat, kann die Vorschrift von OR Art. 671, Abs. 2, leicht umgangen werden, wonach die in Ziff. 1—3 genannten Zuweisungen ohne Rücksicht auf den Stand des allgemeinen Reservefonds vorgenommen werden müssen. Denn die Generalversammlung hat es durch entsprechende Beschlußfassungen in der Hand, ein Anwachsen des gesetzlichen Reservefonds über die Hälfte des Aktienkapitals hinaus zu verhindern⁹²⁾.

γ) Die in OR Art. 671, Abs. 3, aufgenommenen Beschränkungen hinsichtlich der Verwendung des gesetzlichen Reservefonds, soweit er die Hälfte des Grundkapitals nicht übersteigt, erweisen sich bei wörtlicher Auslegung indessen als ziemlich wirkungslos. Wenn jeder Verlust dem gesetzlichen Reservekonto belastet werden dürfte, so hätte dies zur Folge, daß dieser Reservefonds indirekt in der Höhe der debitierten Verluste zur Verteilung gelangen könnte. Ein Beispiel möge dies verdeutlichen. Eine Aktiengesellschaft habe in einem Geschäfts-

speziellen Verhältnisse bei den konzessionierten Versicherungsgesellschaften können zur Begründung einer solchen einschränkenden Interpretation nicht herangezogen werden, weil sie den Bestimmungen von OR Art. 671, Abs. 1—3 gemäß OR Art. 671, Abs. 6, nicht unterstehen. Konzessionierte Versicherungsgesellschaften sind zwar nicht wie konzessionierte Transportanstalten unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen des öffentlichen Rechtes von der Pflicht zur Bildung eines Reservefonds gänzlich befreit; sie müssen vielmehr einen solchen begründen. Wie der Reservefonds bei den konzessionierten Versicherungsgesellschaften geäußert wird und unter welchen Voraussetzungen, sowie in welchem Umfange er verwendet werden darf, richtet sich aber nicht nach OR Art. 671, sondern nach Maßgabe des vom Bundesrat für die betreffende konzessionierte Versicherungsgesellschaft genehmigten Geschäftsplanes.

⁹²⁾ Weitergehend Folliet S. 348. Vgl. auch die zutreffenden Bemerkungen von Folliet S. 350 ff.

jahr eine Forderung in Höhe von Fr. 5000.— zu Lasten der Gewinn- und Verlustrechnung abschreiben müssen und unter Berücksichtigung dieser Einbuße einen Reingewinn von Fr. 20,000.— erzielt. Wäre die Amortisation des Verlustes von Fr. 5000.— nicht durch Belastung des Gewinn- und Verlustkontos erfolgt, sondern wäre hierzu beim Jahresabschluß der gesetzliche Reservefonds herangezogen worden, wie dies nach dem Wortlaut von OR Art. 671 Abs. 3, als zulässig erscheint, so hätte sich der Gewinn des Geschäftsjahres automatisch um Fr. 5000.— auf Fr. 25,000.— erhöht; im Ergebnis hätte somit die Verwendung des gesetzlichen Reservefonds zu einer Erhöhung des verteilbaren Reingewinnes geführt. Da es bei jedem Unternehmen derartige im Laufe eines Geschäftsjahres eintretende Verluste gibt, würde demnach bei grammatikalischer Interpretation der mit der Bindung des gesetzlichen Reservefonds verfolgte Zweck insoweit illusorisch gemacht, als er zur Tilgung dieser Verluste herangezogen würde.

Um den durch das revidierte Obligationenrecht eingeführten gesetzlichen Reservefonds nicht in wesentlichem Maße seiner Wirksamkeit zu berauben, muß deshalb unter Verlust im Sinne von OR Art. 671, Abs. 3, ein Bilanzverlust⁹³⁾ verstanden werden. Nicht in jedem Fall, sondern nur dann darf ein Verlust zu Lasten des gesetzlichen Reservefonds ausgeglichen werden, wenn er aus einer Jahres-

⁹³⁾ Ausdrücklich schrieb dies der erste Entwurf vor in Art. 722, Abs. 3 und der zweite Entwurf in Art. 688, Abs. 3. In Art. 672 der Botschaft ist diese Bestimmung aber nicht aufgenommen worden, obwohl die Expertenkommission deren Streichung nicht erwogen, geschweige denn beschlossen hat. Vgl. Prot. Exp.Komm. S. 270 ff. Anders, aber kraft ausdrücklicher Regelung, das deutsche Recht, vgl. Deutsches Aktiengesetz (1937) § 130.

Der Bilanzverlust kann natürlich vor der definitiven Erstellung der Bilanz zu Lasten des gesetzlichen Reservefonds abgeschrieben werden; er muß nicht in der von der Generalversammlung genehmigten Bilanz enthalten sein. Insofern ist der Ausdruck

bilanz hervorgeht und wenn kein anderes Reservekonto mehr besteht, durch dessen Belastung er getilgt werden könnte⁹⁴). Eine Aufwertung von Aktiven im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften, also eine Realisierung stiller Reserven zur Saldierung des Verlustes wird dagegen, vorgängig einer Beanspruchung des gesetzlichen Reservefonds, nicht verlangt werden können, es sei denn, daß die Schaffung der stillen Reserven nur in der Absicht erfolgte, damit ein Verlust ausgewiesen und zu Lasten des gesetzlichen Reservefonds abgeschrieben werden kann. Eine andere prinzipielle Stellungnahme wäre mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung nicht vereinbar, welche auf eine möglichst vorsichtige Vermögensberechnung durch entsprechend niedrige Bewertung der Aktiven abzielen.

Auch die zweite Ausnahme von der Gebundenheit des gesetzlichen Reservefonds muß eine restriktive Auslegung erfahren in dem Sinne, daß dessen Inanspruchnahme zu Maßnahmen, die geeignet sind, in Zeiten schlechten Geschäftsganges das Unternehmen durchzuhalten, der Arbeitslosigkeit zu steuern oder deren Folgen zu mildern, in der Regel nur erfolgen darf, soweit sie nicht zu einer direkten oder indirekten Erhöhung des verteilbaren Reingewinnes führt. So dürfte die gesetzliche Reserve nor-

„Bilanzverlust“ also nicht ganz glücklich. Es muß sich aber um einen Verlust handeln, der auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesen werden müßte, wenn er nicht durch Heranziehung des gesetzlichen Reservefonds getilgt werden könnte.

⁹⁴) Richtig Folliet S. 347; Heilbrunn, Geschäftsbericht und Jahresabschluß der Aktiengesellschaft in „Die Schweiz. Aktiengesellschaft“ Jahrg. X S. 215. Abweichend Keller im Ständerat, vgl. Stenogr. Bulletin Frühjahrssession 1936 S. 347. Die Tendenz der Diskussionen in den eidgenössischen Räten zeigt indessen, daß dessen Auffassung nicht als Meinung der Mehrheit der an der Diskussion teilnehmenden Ratsmitglieder gelten kann; vgl. die Ausführungen von Thalmann im Ständerat, Stenogr. Bulletin Frühjahrssession 1935 S. 275 sowie Anm. 82 oben. Vgl. im übrigen zum Problem der Bedeutung der Materialien für die Gesetzesauslegung Staehelin jun. in ZSR n. F. 58 S. 19 ff.

malerweise nicht etwa zur Ausrichtung einer bescheidenen Dividende in Krisenzeiten Verwendung finden, lediglich mit der Begründung, eine Ertragslosigkeit der Aktien verunmögliche die Durchhaltung des Unternehmens.

3. Die gesetzlich bedingten Reserven gemäß Art. 11 lit. c des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen; OR Art. 732, Abs. 4.

a) Gesetzlich vorgeschrieben wird die Bildung von Reserven weiterhin in Art. 11, lit. c des Bankengesetzes. Darnach ist ein aus einer Kapitalherabsetzung allfällig sich ergebender Buchgewinn in den Reservefonds zu legen, soweit er nicht zur Abschreibung gefährdeter Aktiven oder zu Rückstellungen verwendet wird.

α) Unter Buchgewinn kann man ganz allgemein den bloß durch buchhalterische Maßnahmen erzielten Gewinn verstehen⁹⁵⁾. Darnach hätte z. B. die Auflösung einer offenen Reserve die Entstehung eines Buchgewinnes zur Folge. Ein Buchgewinn ergäbe sich auch aus jeder Reduktion des Grundkapitals, möge diese zum Zwecke der Tilgung einer Unterbilanz oder der Rückzahlung an die Aktionäre erfolgen. Ein derartiger Buchgewinn ist aber kein „aus der Kapitalherabsetzung allfällig sich ergebender Buchgewinn“ im Sinne des Bankengesetzes. Müßte dieser Begriff in Art. 11, lit. c, in dieser weiten Bedeutung betrachtet werden, so wäre das Wort „allfällig“ unverständlich. Auch würde diese Auslegung jede Kapitalreduktion in Verbindung mit einer Rückzahlung an die Aktionäre verunmöglichen. Denn wenn der Betrag, um welchen das Grundkapital ermäßigt wird, als Buchgewinn im Sinne des zitierten Artikels aufgefaßt werden müßte, könnte er nicht zur Verteilung gelangen, sondern dürfte nur zu Abschreibungen oder Reservestellungen verwendet werden.

Buchgewinn gemäß Art. 11, lit. c des Bankengesetzes ist richtiger Ansicht nach nicht ein Buchgewinn in der

⁹⁵⁾ Rehm S. 351.

allgemeinen Bedeutung dieses Begriffes, dessen Erzielung mit der Kapitalherabsetzung beabsichtigt wird, sondern nur ein spezieller Buchgewinn, der als zwangsläufige Folge der Reduktion entsteht. Ein solcher Buchgewinn ergibt sich nun nicht bei jeder Kapitalherabsetzung. Er tritt vielmehr nur in Erscheinung, wenn sich die durch die Reduktion des Grundkapitales direkt bedingten Kontenveränderungen nicht die Waage halten, sondern zunächst einen Sollsaldo ergeben, m. a. W. wenn die Debitierung des Aktienkapitalkontos größer ist als die infolge der Herabsetzung des Grundkapitales notwendig werdenden Kreditierungen anderer Konten. Dieser Sollsaldo ist der Buchgewinn, von dem in Art. 11, lit. c, des Bankengesetzes die Rede ist⁹⁶⁾.

Wird das Aktienkapital einer Bank zur Tilgung einer Unterbilanz von Fr. 50,000.— um diesen Betrag herabgesetzt, so hat dies die Buchung: Aktienkapitalkonto Soll Fr. 50,000.— an Gewinn- und Verlustkonto Haben Fr. 50,000.— zur Folge. Belastung und Gutschrift gleichen sich hier also summenmäßig von Anfang an aus; ein Buchgewinn, welcher zu Abschreibungen verwendet oder einer Reserve gutgebracht werden könnte, entsteht nicht. Ebenso wenig ergibt sich ein solcher Buchgewinn, wenn eine Bank mit einem Aktienkapital von 1 Million Franken, eingeteilt in 1000 Aktien à Fr. 1000.—, ihr Grundkapital um Fr. 100,000.— herabsetzt durch Reduzierung des Nominalwertes der einzelnen Aktien von Fr. 1000.— auf Fr. 900.—, in Verbindung mit einer Rückzahlung von Fr. 100.— pro Aktie oder durch Vernichtung von 1000 Aktien nach deren vorherigem Rückkauf für Fr. 100,000.—.

Dagegen bilanzieren die Soll- und Habenbuchungen nicht, wenn die Bank in dem erwähnten Beispiel die 1000 Aktien unter pari erwerben konnte, etwa zum Kurse von

⁹⁶⁾ Vgl. Brühlmann, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen ad Art. 11; Graner, Die Kapitalherabsetzung, im Anhang zum Kommentar von Rossy und Reimann, Schweizerisches Bankengesetz, S. 196.

80%. Unter dieser Voraussetzung wird durch die Kapitalherabsetzung direkt lediglich die Buchung: Aktienkapitalkonto Soll Fr. 100,000.— an Kassa Haben Fr. 80,000.— ausgelöst. Die Belastung ist in diesem Fall somit um Fr. 20,000.— größer als die Kreditierung; es verbleibt ein Sollsaldo von Fr. 20,000.—. Die Differenz rührt daher, daß die Aktien billiger gekauft werden konnten, als sie „zu Buch“ standen. Der Betrag von Fr. 20,000.— stellt den Buchgewinn dar, welcher sich im Zusammenhang mit der Kapitalherabsetzung ergab, ist somit der Buchgewinn im Sinne von Art. 11, lit. c, des Bankengesetzes⁹⁷⁾.

β) Die praktische Tragweite der Vorschrift, wonach derartige Buchgewinne in den Reservefonds zu legen sind, soweit sie nicht zur Abschreibung gefährdeter Aktiven oder zu Rückstellungen beansprucht werden, geht nicht weiter als diejenige von OR Art. 671, Abs. 2, Ziff. 1. Denn in dem Maße, als die Buchgewinne zu Amortisationen herangezogen werden, wird das normalerweise aus den Jahreserträgen zu bestreitende Abschreibungsbedürfnis reduziert. Es müssen also diese Erträge in geringerem Umfange zu Abschreibungen verwendet werden, was ein entsprechendes Anwachsen des Reingewinnes zur Folge hat.

b) Eine ähnliche Vorschrift, wie sie in Art. 11, lit. c, des Bankengesetzes enthalten ist, findet sich in OR Art. 732, Abs. 4. Die Bedeutung des Begriffes Buchgewinn ist in beiden Gesetzesstellen dieselbe⁹⁸⁾. Die bei der Erörterung von Art. 11, lit. c, des Bankengesetzes namhaft gemachten Gründe treffen auch auf OR Art. 732, Abs. 4, zu. Es be-

⁹⁷⁾ Bei dieser Interpretation werden auch die Bedenken von v. Steiger im Hinblick auf die Fassung von OR Art. 732, Abs. 4 gegenstandslos. Vgl. v. Steiger, Kann bei der Kapitalherabsetzung einer AG. ein Buchgewinn zu Reservestellungen verwendet werden?, in „Die Schweiz. Aktiengesellschaft“ Jahrg. XI S. 177 ff. Siehe auch unten unter lit. b.

⁹⁸⁾ Siehe Ziff. II 3 a α.

steht aber gleichwohl ein Unterschied. Ein aus der Kapitalherabsetzung allfällig sich ergebender Buchgewinn darf nach der obligationenrechtlichen Bestimmung einzig zu Abschreibungen verwendet werden, während das Bankengesetz auch Einlagen in den Reservefonds gestattet, soweit Abschreibungen nicht erforderlich sind. Wenn also eine Gesellschaft keinerlei gefährdete Aktiven besitzt, so führt die wörtliche Befolgung von OR Art. 732, Abs. 4, zu übermäßigen Abschreibungen und damit zur Bildung stiller Reserven, während der Buchgewinn nach dem Bankengesetz in einem solchen Falle dem Reservefonds zuzuweisen wäre. Entsprechendes gilt, wenn der Buchgewinn das Abschreibungsbedürfnis übersteigt. Man wird es aber unter diesen Umständen einer nicht dem Bankengesetz unterstehenden Aktiengesellschaft nicht verwehren können, den Buchgewinn, beziehungsweise den die erforderlichen Abschreibungen übersteigenden Teil desselben, in den gesetzlichen Reservefonds zu legen, trotzdem er nach OR Art. 732, Abs. 4, zu Abschreibungen verwendet werden müßte. Denn diese würden zur Bildung von jederzeit wieder auflösbaren, stillen Reserven führen; um so eher muß deshalb die Aeufnung des gesetzlichen Reservefonds als die weniger weitgehende Maßnahme möglich sein. Aus derselben Erwägung heraus könnte auch gegen eine entsprechende Dotierung einer freien Reserve nichts eingewendet werden. Praktisch werden sich derartige Tatbestände allerdings nicht allzu häufig ergeben, denn wenn eine Gesellschaft in der Lage ist, eigene Aktien unter pari zu erwerben, so ist dies in der Regel wohl ein Zeichen dafür, daß das Grundvermögen infolge von Verlusten nicht mehr vollständig erhalten ist. Dann muß der Buchgewinn zu deren Verminderung herangezogen werden, kann also nicht zu Reservestellungen führen.

Hat die Verwendung des Buchgewinnes zu Abschreibungen eine Erhöhung des Reingewinnes zur Folge⁹⁹⁾, so

⁹⁹⁾ Z. B. infolge äußerer Einflüsse sinkt der Aktienkurs vorübergehend, erholt sich aber in der Folge wieder vollständig.

steht einer entsprechenden Mehrausschüttung nichts entgegen. Auf eine gegenteilige Auffassung des Bundesgerichts kann aus dessen Urteil in Sachen Hablützel gegen Schweizerische Gesellschaft für elektrische Industrie vom 5. Oktober 1925 nicht geschlossen werden¹⁰⁰⁾. Der diesem Entscheid zugrunde liegende Tatbestand ist, soweit er in diesem Zusammenhang von Bedeutung ist, der folgende: Die Beklagte hatte im Gefolge einer Reorganisation ihr Aktienkapital von 60 Millionen Franken um 36 Millionen auf 24 Millionen Franken herabgesetzt. Ein Teil des durch die Reduktion des Aktienkapitales freigewordenen Betrages von 5 Millionen war zur Bildung einer stillen Reserve auf den Aktivposten „erworbene Titel“ und „Debitoren“ verwendet worden. Der Kläger hatte nun u. a. das Begehren gestellt, es sei der Reingewinn des abgelaufenen Geschäftsjahres um diese Summe zu erhöhen und unter die Aktionäre als Dividende zu verteilen. Das Bundesgericht führte aus, daß es wohl zulässig sei, stille Reserven durch Herabsetzung des Aktienkapitales zu gewinnen und daß gegen eine Realisierung dieser Reserven in späteren Geschäftsjahren nichts eingewendet werden könne. Es gehe aber nicht an, die Kapitalherabsetzung und die Verteilung der dadurch gebildeten Reserven als Dividende gleichzeitig zu beschließen, denn dies würde in Wirklichkeit darauf hinauslaufen, daß das Kapital herabgesetzt und der dadurch frei gewordene Betrag von 5 Millionen Franken ausgeschüttet werde. Das wäre aber nichts anderes als eine vom Gesetz verbotene Verteilung von Aktienkapital in Form von Dividenden¹⁰¹⁾.

Werden im Zeitpunkt des Kurstiefstandes Aktien erworben im Hinblick auf eine Kapitalherabsetzung, so kann dies zutreffen, weil außerordentliche Abschreibungsbedürfnisse, die eine Gewinnverteilung ausschließen, in derartigen Fällen nicht zu bestehen brauchen.

¹⁰⁰⁾ BGE 51 II Nr. 67 S. 412 ff.

¹⁰¹⁾ Richtig v. Steiger in „Die Schweiz. Aktiengesellschaft“ Jahrg. XI S. 179, der eine derartige Ausschüttung unter Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften der Art. 732 ff. des OR für zulässig erklärt.

Ein grundsätzlich anderer Tatbestand ist nun aber in Art. 11, lit. c, des Bankengesetzes und in OR Art. 732, Abs. 4, vorausgesetzt. Die Erzielung des in diesen Gesetzesbestimmungen erwähnten Buchgewinnes ist nicht Zweck der Kapitalherabsetzung. Dessen Entstehung ist lediglich eine Begleiterscheinung, die ihren Grund in der Tatsache des Erwerbs von Aktien unter pari hat. Der Buchgewinn stammt somit nicht „aus dem Grundkapital“. Führt er zu einer Erhöhung des Reingewinnes und damit der Ausschüttung an die Aktionäre, so fließt diesen nicht ein Teil des Grundvermögens in Form von Dividenden zu, sondern ein Gewinn aus dem günstigen Kauf der Aktien durch die Gesellschaft.

III. Die freiwilligen Reserven.

Freiwillig können Reserven sowohl vom Verwaltungsrat als auch von der Generalversammlung gebildet werden. Abgesehen von etwaigen statutarischen Vorschriften sind die maßgebenden Kriterien für deren Zulässigkeit die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens sowie auf die Verteilung einer möglichst gleichmäßigen Dividende¹⁰²⁾. Im übrigen gelten aber verschiedene Grundsätze, je nachdem Reserven vom Verwaltungsrat oder von der Generalversammlung geschaffen werden. Der Verwaltungsrat darf nicht von sich aus offene Reserven neu ins Leben rufen oder bestehende erhöhen. Ihm steht lediglich die Kompetenz zur Schaffung stiller Reserven zu. Die Generalversammlung ist dagegen, vorbehältlich abweichender Bestimmungen der Satzung, vollständig frei, zu beschließen, in welche Form die freiwilligen Reserven gekleidet werden sollen. Mit Bezug auf die Auflösung und Verwendung von Reserven gelten für die Generalversammlung gleichfalls andere Regeln als für den Verwaltungsrat.

¹⁰²⁾ OR Art. 663, Abs. 2, Art. 674, Abs. 2.

1. Verwaltungsrat und freiwillige Reserven.

a) Die gesetzliche Grundlage für die Schaffung von Reserven durch den Verwaltungsrat bildet OR Art. 663, Abs. 2. Diese Bestimmung erlaubt ihm eine Bilanzierung zu Ansätzen, die unter dem Werte der Aktiven am Bilanztag stehen, sowie die Anlage anderer stiller Reserven, soweit die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder auf die Verteilung einer möglichst gleichmäßigen Dividende solche Maßnahmen als angezeigt erscheinen läßt.

Aus dem Wortlaut der Gesetzesvorschrift geht hervor, daß die Unterbewertung von Aktiven eine der Formen der Entstehung stiller Reserven darstellt, daß deren Bildung aber auch noch auf andere Weise möglich ist. Es ist einleuchtend, daß nicht nur die Minderbewertung von Aktiven zu einer Verkleinerung des ausgewiesenen Reinvermögens und damit zu stillen Reserven führt, sondern auch deren gänzlich Weglassen aus der Bilanz oder die Überbewertung von Passiven, wie auch das Einstellen fiktiver Kreditoren. Alle diese Varianten müssen angesichts der eindeutigen, keinerlei Einschränkungen aufweisenden gesetzlichen Grundlage für zulässig erachtet werden. Mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf, daß stille Reserven nicht nur durch Minderbewertungen, sondern auch auf andere Weise geschaffen werden können, anerkennt das Gesetz *expressis verbis* die Rechtmäßigkeit sämtlicher Arten ihrer Bildung¹⁰³). Es geht nicht an, etwa das Weglassen von Aktiven aus der Bilanz oder die

¹⁰³) Staehelin sen. in Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht S. 83. Vgl. auch Egger in SJZtg. XXXIV S. 9. Folliet S. 322, Anm. 1, hält die Einstellung fiktiver Kreditoren für unzulässig. Den Beweis dafür, daß der Gesetzgeber zwar die Unterbewertung und das Weglassen von Aktiven sowie die Überhöhung von Passivkonten gestatte, nicht aber die Einstellung fiktiver Kreditoren, vermag er aber nicht zu erbringen. Ebenfalls abweichend, aber ohne Begründung, Heilbrunn in „Die Schweiz. Aktiengesellschaft“ Jahrg. X S. 183.

Aufnahme fiktiver Schulden mit dem Hinweis auf die Bilanzwahrheit anzufechten. Diesem Grundsatz kommt keine absolute Bedeutung zu; gegen die Bilanzwahrheit im Sinne einer vorsichtigen Erfassung der Vermögenslage verstoßen indessen die stillen Reserven nicht. Aber selbst wer unter dem wahren Wert eines Vermögensgegenstandes einen imaginären, objektiven oder wirklichen Wert meint verstehen zu müssen, kann nicht umhin, zuzugeben, daß es in der Macht des Gesetzgebers liegt, eine allgemeine, von ihm statuierte Norm in gewisser Hinsicht durch Spezialvorschriften einzuschränken. In OR Art. 663, Abs. 2, sind nicht nur bestimmte Arten von stillen Reserven für zulässig erklärt worden, sondern die stillen Reserven schlechthin; die Tragweite dieser bewußt weiterzig abgefaßten Bestimmung darf nicht auf dem Wege der Interpretation abgeschwächt werden. Auch böte das Obligationenrecht keine Handhabe für die Entscheidung der Frage, welche Formen der Bildung stiller Reserven, abgesehen von den Minderbewertungen von Aktiven, nun zulässig sein sollen und welche nicht. Und doch müßte zu diesem Problem Stellung genommen werden; man könnte nicht alle anderen Arten schlechthin verbieten. Denn daß nicht nur Unterbewertungen erlaubt sind, steht deutlich im Gesetz.

Auch kann man sich zur Begründung einer restriktiven Auslegung von OR Art. 663, Abs. 2, nicht auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Kaufleute berufen, die nach OR Art. 662, Abs. 2, subsidiär auch für die Aktiengesellschaften gelten. Denn einmal dürfen diese Gepflogenheiten solider Handelsleute normalerweise nur unter Vorbehalt der speziellen aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften angewendet werden. Sodann aber verstößt die Bildung stiller Reserven durch Einstellung fiktiver Kreditoren, durch Überbewertung von Schulden und durch Weglassen von Aktiven aus der Jahresbilanz gar nicht gegen die Gewohnheiten ordentlicher Kaufleute. Wenn auch in der Regel abgeschriebene Posten noch mit einem Franken pro

memoria unter den Aktiven figurieren, so gilt deren gänzlichliches Weglassen doch nicht als ordnungswidrig. Als Verstoß gegen die gesunde Praxis wird nur die Darstellung eines zu großen, niemals eines zu kleinen Reinvermögens empfunden. Insbesondere fiktive Kreditoren finden sich bei genauem Zusehen in gar manchen Bilanzen von ordnungsmäßigen Kaufleuten allerersten Ranges¹⁰⁴⁾.

Die Schaffung stiller Reserven durch Niedrigerbewertung von Aktiven kann buchhaltungstechnisch einmal durch Erhöhung der Abschreibungsquoten erfolgen. Bei diesem Vorgehen wird das in der Gewinn- und Verlustrechnung figurierende Amortisationskonto zugunsten des betreffenden Aktivums oder eines entsprechenden Bewertungskontos übermäßig belastet. Denkbar ist aber auch eine Debitierung beispielsweise des Zinsen- oder des Fabrikationskontos unter Übergehung des Amortisationskontos. Dies hat das Ausweisen von niedrigeren Zins- oder Fabrikationserträgen zur Folge, und eine Analyse des Amortisationskontos führt nicht zur Aufdeckung der stillen Reserven. Diese zweite Methode, durch welche die Bildung stiller Reserven wirkungsvoller geheimgehalten wird, ist zweifellos ebenso zulässig wie die erste, denn das Gesetz, das in OR Art. 663, Abs. 2, die Schaffung stiller Reserven durch den Verwaltungsrat billigt, sieht keinerlei Einschränkungen in buchführungstechnischer Hinsicht vor, somit müssen sämtliche Buchungsvorgänge erlaubt sein, welche nicht den in OR Art. 959 statuierten Grundsätzen ordnungsmäßiger Kaufleute widersprechen. Daß hierin auch kein Einbruch in das richtig verstandene Prinzip der

¹⁰⁴⁾ Auf die im Zusammenhang mit den stillen Reserven sich ergebenden Probleme steuerrechtlicher Natur wird hier nicht eingetreten. Vgl. hierüber Henggeler, Stille Rückstellungen und Reserven in der schweizerischen Steuerpraxis in „Die Schweiz. Aktiengesellschaft“ Jahrg. XI S. 126 ff.

Siehe auch Zimmermann-Locher, Die stillen Reserven der Aktiengesellschaft, in der Festschrift zum 25jährigen Jubiläum des Verbandes schweiz. Bücherexperten S. 53 ff.

Bilanzwahrheit erblickt werden kann, bedarf an dieser Stelle keiner weiteren Begründung. Eine zu hohe Bewertung von Kreditoren liegt vor, wenn die Gesellschaft ihre Schuldpflicht zwar bestreitet und zuverlässige Anhaltspunkte besitzt, daß sie hiermit ganz oder teilweise wird durchdringen können, die Verbindlichkeit aber trotzdem mit dem Maximalbetrag in die Passiven einsetzt. Fiktive Kreditoren entstehen z. B., wenn zu 80% zurückgekaufte und amortisierte Obligationen dem Obligationenkonto nur mit 80% anstatt mit 100% belastet werden. Sie können aber natürlich auch zu Lasten eines Erfolgskontos gültig begründet werden.

Was in buchführungstechnischer Hinsicht für die Bildung der stillen Reserven gilt, trifft analog für deren Verwendung zu. Es ist keineswegs erforderlich, daß eine Aufwertung von unterbewerteten Aktiven oder eine Belastung fiktiver oder überbewerteter Kreditoren aus der Gewinn- und Verlustrechnung ersichtlich sein muß¹⁰⁵⁾. Ebenso wie die Entstehung darf auch die Inanspruchnahme still vor sich gehen. Nur muß sie sich selbstverständlich im Rahmen des Zulässigen halten. Hierüber trifft das Gesetz nun allerdings keine ausdrückliche Regelung. Allein aus OR Art. 663, Abs. 2, muß geschlossen werden, daß die stillen Reserven zur Tilgung von Verlusten und zur Erhöhung von Gewinnen herangezogen werden dürfen, sofern die Rücksichtnahme auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens dies erfordert. Aus derselben Vorschrift folgt auch die Zulässigkeit ihrer Angreifung im Interesse der Verteilung einer möglichst gleichmäßigen Dividende. Im übrigen ist die Möglichkeit der Verwendung im einzelnen Fall zu prüfen. Zur dauernden Sicherstellung des Unternehmens geschaffene stille Reserven z. B. dürfen nur zur Erhöhung des zu verteilenden Reingewinnes aufgelöst werden, wenn deren ursprünglicher Zweck ihren Fortbestand nicht mehr erheischt. Unzulässig ist auch

¹⁰⁵⁾ Vgl. Heilbrunn in „Die Schweiz. Aktiengesellschaft“ Jahrg. X S. 163.

eine Aufwertung des Warenlagers zugunsten des Salärkontos, um den Totalbetrag der Gehälter geringer erscheinen zu lassen und ungerechtfertigte Bezüge von Direktoren auf diese Weise zu verheimlichen. Jedoch darf in einem schlechten Geschäftsjahr zur Stabilisierung der Dividende eine stille Reserve direkt dem Fabrikationskonto gutgeschrieben werden, damit dessen Saldo genügend groß wird, um die Gewinn- und Verlustrechnung mit einem Gewinn abschließen zu lassen. Die Rechtmäßigkeit eines solchen Vorgehens kann angesichts der großzügigen gesetzlichen Regelung nicht bezweifelt werden. Voraussetzung der im Rahmen des Gesetzes sich haltenden Bildung und Verwendung stiller Reserven ist lediglich deren Bekanntgabe an die Kontrollstelle. Gerade darin liegt aber das Sicherheitsventil gegen eine willkürliche und skrupellose Geschäftspolitik des Verwaltungsrates. Denn die Kontrollstelle ist gehalten, die bei Ausführung ihres Auftrages wahrgenommenen Mängel der Geschäftsführung oder die Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften zu relevieren¹⁰⁶). Fehlt die gesetzliche Grundlage für die Bildung oder die Verwendung stiller Reserven durch den Verwaltungsrat in einem konkreten Fall, so hat die Kontrollstelle einzuschreiten und gegen das vom Verwaltungsrat in Aussicht genommene Vorgehen zu opponieren. Die Garantie dafür, daß die Einwendungen der Revisoren von dem Verwaltungsrat nicht in den Wind geschlagen werden, liegt in der ihnen vom Gesetz auferlegten Verpflichtung, gemäß OR Art. 729, Abs. 3, in wichtigen Fällen die Generalversammlung über derartige Vorkommnisse zu orientieren. Durch die auch für die Kontrollstelle verschärften Verantwortlichkeitsbestimmungen¹⁰⁷) ist dafür Sorge getragen, daß diese eine Aufklärung der Generalversammlung nicht leichtfertig unterläßt. Dank dieser Kette von ineinandergreifenden Vorschriften be-

¹⁰⁶) OR Art. 729 Abs. 3; Egger in SJZtg. XXXIV S. 9.

¹⁰⁷) OR Art. 754 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Praxis XXVIII Nr. 57 S. 149 ff., insbes. S. 158.

steht somit keine Gefahr für die Aktionäre, daß ihr Verwaltungsrat ohne ihre Kenntnis mit stillen Reserven manipuliert, um seine Unfähigkeit zur Geschäftsführung oder leichtsinnig verursachte Verluste aus spekulativen Geschäften zu verheimlichen oder gar, um sich auf Kosten der Aktionäre widerrechtlich zu bereichern. Voraussetzung ist allerdings, daß mit der Kontrolle Personen betraut werden, die den ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben in jeder Hinsicht gewachsen sind. Das liegt im ureigensten Interesse der Aktionäre.

b) Das Problem der Auskunfterteilung in der Generalversammlung über die stillen Reserven soll in diesem Zusammenhang nicht näher erörtert werden, da es sich hierbei weniger um eine Frage der stillen Reserven als vielmehr der Auskunftspflicht im allgemeinen handelt. Bemerkt sei lediglich, daß der Verwaltungsrat einem Begehren um Auskunfterteilung aus der Mitte der Generalversammlung nicht mit dem Hinweis auf OR Art. 663, Abs. 3, ausweichen kann. Diese Bestimmung ist keine Einschränkung des den Aktionären in OR Art. 697 eingeräumten Rechtes auf Auskunfterteilung anläßlich einer Generalversammlung. Sie besagt lediglich, daß der Verwaltungsrat nicht schon durch die Tatsache der Bildung oder Verwendung stiller Reserven an sich zu entsprechenden Mitteilungen an die Generalversammlung verpflichtet sei. Wegleitend für die Auskunfterteilung muß im übrigen hier wie in allen andern Fällen das Prinzip sein, daß diese niemals zu einer Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen führen darf¹⁰⁸).

2. Generalversammlung und freiwillige Reserven.

a) Innerhalb des von Gesetz und Statuten gesetzten Rahmens kann die Generalversammlung souverän über

¹⁰⁸) Vgl. Janggen, Die Reserven, insbesondere die stillen, der Aktiengesellschaft, in SJZtg. XXV S. 321 ff.; A. Wieland, Das Recht der Generalversammlung auf Überprüfung der von der Verwaltung beschlossenen stillen Reserven nach dem Entwurfe zum neuen Gesellschaftsrechte, in SJZtg. XXVI S. 53 ff.

die Form der Reserven beschließen. Sie kann sie offen ausweisen; es steht ihr aber gleichfalls zu, aus der Bilanz ein kleineres Reinvermögen hervorgehen zu lassen, als der Wirklichkeit entspricht. Auch die Bildung eines Gewinnvortrages muß als zulässig erachtet werden, denn dieser ist juristisch betrachtet nichts anderes als eine offene Reserve, eine Reserve allerdings, über deren Verwendung bereits die nächste Generalversammlung wieder Beschluß fassen muß, sofern sie in der Zwischenzeit nicht durch Verluste aufgezehrt worden ist¹⁰⁹⁾.

b) Das Gesetz sieht nun aber auch die Bildung von Reserven vor, welche unter Umständen gegen die Statuten verstößt. Die Generalversammlung darf nämlich Reserven schaffen, selbst wenn auf Grund der Statuten der gesamte, nach Speisung des gesetzlichen Reservefonds verbleibende Reingewinn zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist. Einzige Voraussetzung hierfür ist, daß die Rückstellungen sich im Hinblick auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder auf die Stabilisierung der Dividende rechtfertigen lassen. Die gesetzliche Grundlage zu diesen weitgehenden Kompetenzen der Generalversammlung ist OR Art. 674, Abs. 2. Darnach kann die Generalversammlung „bei der Festsetzung der Dividende“ auch Reserveanlagen beschließen, die sonst weder im Gesetz noch in den Statuten vorgesehen sind, oder die über deren Anforderungen hinausgehen, soweit es die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder auf die Verteilung einer möglichst gleichmäßigen Dividende als angezeigt erscheinen läßt. Das alte Obligationenrecht bestimmte in Art. 631, Abs. 2, etwas klarer, daß derartige Reserven „vor Verteilung der Dividende“ beschlossen werden können. Eine materielle Abänderung gegenüber dem alten Rechtszustand darf in dieser unterschiedlichen Formulierung aber nicht erblickt werden. Dies ergibt sich

¹⁰⁹⁾ Siehe oben S. 124a, 152a und dort zitierte Literatur. Praxis XVI Nr. 136, S. 397.

einmal eindeutig aus den Materialien¹¹⁰⁾, sodann hauptsächlich aus der Überlegung, daß der Zweck der Vorschrift von OR Art. 674, Abs. 2, in den allermeisten Fällen vereitelt würde, wenn die zusätzlichen Reserven erst nach Festsetzung der statutengemäßen Dividenden beschlossen werden dürften. Die Aktionäre können also unter Umständen durch einen Generalversammlungsbeschluß um die Dividende gebracht werden, welche an sich nach den Statuten auf sie entfallen würde. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Reservestellung mit Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens gerechtfertigt werden kann. Besteht deren Grund dagegen im Interesse einer Dividendenstabilisierung, so wird man OR Art. 674, Abs. 2, in der Regel nur insoweit anwenden dürfen, als durch die Reservebildungen die Ausschüttung einer übermäßigen Dividende verhindert wird. Ein weitergehendes Zurückhalten von verteilungsfähigem Reingewinn, insbesondere die gänzliche Verunmöglichung einer Verteilung, verträgt sich normalerweise nicht mit dem Interesse an einer stetigen Dividende.

Außer den Aktionären müssen sich aber auch die tantiëmberechtigten Verwaltungsräte, die Genußscheinhaber, ja überhaupt alle gewinnberechtigten Personen bei Vorliegen der in OR Art. 674, Abs. 2, erwähnten Voraussetzungen grundsätzlich eine Beschneidung ihrer Erwartungen gefallen lassen, wenn die Generalversammlung einen entsprechenden Beschluß faßt. Denn alle diese Interessenten haben im allgemeinen nur ein Recht auf einen Anteil am Reingewinn, soweit er nach Gesetz und Statuten zur Verteilung gelangt, insbesondere also bloß unter dem Vorbehalt von OR Art. 674, Abs. 2¹¹¹⁾.

¹¹⁰⁾ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Schweizerischen Obligationenrechtes vom 21. Februar 1928 S. 37/8.

¹¹¹⁾ Im einzelnen Fall ist natürlich den maßgebenden Statutenbestimmungen die erforderliche Beachtung zu schenken. Zu weit geht aber jedenfalls die Auffassung von Folliet S. 343/44,

IV. Schlußbetrachtungen.

Die behandelte Materie beschlägt äußerst bedeutungsvolle wirtschaftliche Probleme. Die gesetzliche Regelung eines jeden Ausschnittes aus dem Wirtschaftsleben birgt aber eine erhebliche Gefahr in sich. Ist sie allzu starr und will sie umfassend sein, so kann dies leicht zu Widersprüchen zwischen Recht und Leben führen, sei es, daß die Normierung von Anfang an berechtigten wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht in genügendem Maße Rechnung trägt, sei es infolge der Veränderung der in steter Umwandlung sich befindenden wirtschaftlichen Verhältnisse und der sich jeweilen darauf aufbauenden Anschauungen der als solid anerkannten Geschäftswelt. Beispielshalber sei an die Seerechtsgesetzgebung der seefahrttreibenden Kulturvölker erinnert, die auf den durch die Segelschiffahrt begründeten Verhältnissen fußt und den grundlegenden Umbildungen in Technik und Wirtschaft der Seeschiffahrt nur zögernd gefolgt ist. Dem engen Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Seerechts und den wirtschaftlich-technischen Tatsachen des Seeverkehrs ist in der Gesetzgebung zu geringe Beachtung verliehen worden¹¹²⁾. Verweist das Gesetz dagegen lediglich auf die ordnungsmäßige Praxis und erhebt damit deren Grundsätze zu den alleinigen Rechtsregeln, so fehlt ein sicherer Maßstab und es ergibt sich leicht ein Element der Rechtsunsicherheit. Dies sollte zum mindesten ausgeschaltet sein, wenn Gegenstand der Beurteilung normalerweise wiederkehrende Tatbestände sind.

daß Reservestellungen auf Grund von OR Art. 674 nicht zu einer Beschränkung der Ansprüche von Genußscheininhabern führen können. Als selbstverständlich erscheint indessen, daß auch hier die Generalversammlung nach den Grundsätzen von ZGB Art. 2 handeln muß.

¹¹²⁾ Vgl. Pappenheim, Band III S. 7. des Handbuchs des Seerechts (Binding: III 3 III); Wüstendorfer in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes Band VII Abt. II § 3 S. 8/9.

Im Buchführungs- und Bilanzrecht des schweizerischen Obligationenrechts ist zwischen den beiden extremen Möglichkeiten eine glückliche vermittelnde Lösung gefunden worden. Der Gesetzgeber läßt die allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze zu Rechtsätzen werden; außerdem stellt er, und zwar hauptsächlich im Aktienrecht, eine Anzahl von Normen auf, deren besondere Wichtigkeit die ausdrückliche gesetzliche Verankerung rechtfertigt. Wenn auch diese Verbindung von speziellen Gesetzesvorschriften mit den Anschauungen solider Kaufleute primär nur für das Buchführungs- und Bilanzrecht gilt, so ist sie doch auch für manche mit den Reserven der Aktiengesellschaften zusammenhängenden Probleme von außerordentlicher Bedeutung. Es genügt, darauf hinzuweisen, daß die Höhe des Reinvermögens und damit auch diejenige eventueller Reserven eine direkte Folge der Bewertung der Aktiven der Gesellschaft ist. Diese Kombination kann aber ihre volle Wirkung nur entfalten, wenn ihr die Tragweite beigemessen wird, die sie verdient. Durch die Bezugnahme auf die allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze soll eine wirklichkeitsnahe Bilanzgestaltung ermöglicht werden, welche ein Auseinanderfallen von Recht und Leben verhindert. Man darf demnach nicht in formalistischer Weise argumentieren, die Grundsätze solider Kaufleute seien bei Vorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Norm von untergeordneter Natur. Wohl verdanken sie ihre rechtliche Bedeutung ausschließlich der Erwähnung im Gesetz, sind also insofern sekundäre Rechtsquellen. Aber gerade infolge ihrer Erhebung zu Rechtssätzen konnte der Gesetzgeber auf eine einläßliche und umfassende Regelung des Bilanzrechtes verzichten und dadurch der Gefahr entgehen, Anlaß zur Bildung eines Widerspruches zwischen Recht und Leben gegeben zu haben. Er brauchte eigene Vorschriften nur für Normalfälle und nur in grundsätzlicher Hinsicht aufzustellen. Erweist sich die Befolgung der gesetzlichen Bestimmungen nach gewissenhafter Wür-

digung aller Umstände in einem konkreten Fall als unbefriedigend und würde sie gegen die gesunden wirtschaftlichen Prinzipien verstoßen, weil die gesetzlichen Vorschriften nicht auf den betreffenden Tatbestand zugeschnitten sind, so muß der Entscheid so lauten, wie er sich in Anwendung der allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze ergibt, ohne Rücksicht darauf, ob die vorhandenen gesetzlichen Einzelvorschriften zu einem für die bilanzierende Gesellschaft günstigeren oder ungünstigeren Resultate führen würde. Diese wichtige Tatsache darf nicht außer Acht gelassen werden. Nur wer ihr die ihr gebührende Würdigung zuteil werden läßt, vermag für die unzähligen Fälle, die das Wirtschaftsleben täglich hervorbringt und die nicht nach einer Schablone behandelt werden können, eine angemessene Interpretation zu finden. In weiser Voraussicht hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, das Wesentliche durch spezielle Bestimmungen zu ordnen. Im Bewußtsein, daß eine vollständige Darstellung des Bilanzrechtes in wenigen Artikeln ein Ding der Unmöglichkeit sei und daß die umfassendste Regelung angesichts des pulsierenden Wirtschaftslebens Stückwerk bleiben müsse, hat er den allgemein gebilligten kaufmännischen Grundsätzen zur gesetzlichen Anerkennung verholfen. Im Gebiete des Buchführungs- und Bilanzrechtes entfällt auf sie die in Rom den „prudentes“ zugeteilte Aufgabe, welche als Unterhändler zwischen dem Buchstaben des Gesetzes und dem wirklichen Leben das geschriebene Recht den Bedürfnissen des Lebens, den fortschreitenden Zuständen, anzupassen und so seine Anwendung zu vermitteln hatten¹¹³).

¹¹³) Vgl. Wüstendorfer, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung, im Archiv für zivilistische Praxis Band 110 S. 296 (zit. nach Puchta, Kursus der Institutionen (1893) I 182 § 78).
