



Peter V. Kunz\*

## Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhaltung

### Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen
  1. Grundverständnis
  2. Eigenkapital sowie Interessenten
  3. Übersicht zur Darstellung
- II. Kapitalaufbringung
  1. Gesellschaftsgründungen
    - 1.1 AG
      - a. Kapitalhöhen
      - b. Mindesteinlage
      - c. Beteiligung
    - 1.2 GmbH
      - a. Kapitalhöhen
      - b. Mindesteinlage
      - c. Beteiligung
  2. Nominalkapitalveränderungen
    - 2.1 AG
      - a. Formen
      - b. Bank-AG
    - 2.2 GmbH
  3. Weitere Aspekte
- III. Kapitalerhaltung
  1. Bestehende Gesellschaft
    - 1.1 AG
      - a. Warnsignale bei finanziellen Krisen
      - b. Vermögensabflüsse
    - 1.2 GmbH
      - a. Warnsignale bei finanziellen Krisen
      - b. Vermögensabflüsse
  2. Ende der Gesellschaft
    - 2.1 AG
    - 2.2 GmbH
  3. Weitere Aspekte
- IV. Schlussbemerkungen

\* Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL.M., ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bern ([www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)) – besten Dank meinen wissenschaftlichen Assistenten für ihre Unterstützung, nämlich Rechtsanwalt Daniel Baumann und Rechtsanwalt Pascal Zysset; der Beitrag beruht auf einem Referat anlässlich des 4. Symposiums zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht am 16. und 17. Mai 2013 in Zürich.

## I. Vorbemerkungen

### 1. Grundverständnis

Der Begriff des *Eigenkapitals* kommt bei sämtlichen Unternehmungen des schweizerischen Rechts vor und bedeutet, etwas trivialisiert, das rechnerische Ergebnis der Subtraktion des Fremdkapitals von den Gesellschaftsaktiven<sup>1</sup>. Im Vergleich zu den Personengesellschaften des OR<sup>2</sup> bestehen bei den Kapitalgesellschaften – konkret: Aktiengesellschaften (AG) sowie Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) – Besonderheiten<sup>3</sup>:

Diversen rechnerischen Elementen des Eigenkapitals (v.a. Reserven sowie Gewinne) auf der einen Seite steht das Nominalkapital (z.B. Aktienkapital bei AG und Stammkapital bei GmbH) auf der anderen Seite gegenüber. Dem *Nominalkapital* kommt die grösste Bedeutung beim Eigenkapitalschutz zu. Der Gesetzgeber widmete diesem spezifischen Teil der Passiven<sup>4</sup> der Gesellschaften die grösste Aufmerksamkeit<sup>5</sup>.

Ausgewählte Aspekte der Kapitalaufbringung<sup>6</sup> sowie der Kapitalerhaltung<sup>7</sup> sollen im Folgenden bei der AG und bei der GmbH und v.a. bei deren obligatorischen

<sup>1</sup> LUKAS HANDSCHIN, Das Eigenkapital als Risikoreserve, in: Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 71; JEAN NICOLAS DRUEY ET AL., *Gesellschafts- und Handelsrecht*, 10. Aufl., Zürich 2010, § 25 N 72.

<sup>2</sup> Im Obligationenrecht werden drei Personengesellschaften normiert – einfache Gesellschaften: Art. 530 ff. OR; Kollektivgesellschaften: Art. 552 ff. OR; Kommanditgesellschaften: Art. 594 ff. OR.

<sup>3</sup> Ausser Betracht bleiben die Kommanditaktiengesellschaften (Art. 764 ff. OR), die in der Schweiz eine Randexistenz fristen; nur am Rand erwähnt werden die spezialgesetzlichen Investmentgesellschaften mit variablem Kapital bzw. SICAV im Rahmen von Art. 36 ff. KAG: PETER V. KUNZ, *Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., Bern 2012, 116 ff. m.w.H.

<sup>4</sup> Die Passiven zeigen die *Mittelherkunft* an, d.h. ob die Finanzierungen durch Dritte, also Gläubiger (Fremdkapital), oder durch Gesellschafter bzw. Gesellschaft (Eigenkapital) erfolgen.

<sup>5</sup> Nicht anders verhält es sich mit diesem Beitrag; wenn von Eigenkapital die Rede ist, wird meist das Nominalkapital gemeint, ausser Reserven oder Gewinne werden ausdrücklich angesprochen.

<sup>6</sup> Vgl. dazu hinten II.

<sup>7</sup> Vgl. dazu hinten III.

Nominalkapitalien aufgezeigt werden<sup>8</sup>. Mangels Nominalkapitals wird auf die Personengesellschaften nicht eingegangen. Ebenso wenig dargestellt werden die Genossenschaften gemäss Art. 828 ff. OR, die zumindest von Gesetzes wegen über kein Nominalkapital verfügen (müssen)<sup>9</sup>.

## 2. Eigenkapital sowie Interessenten

Das unmittelbarste Interesse am Eigenkapital haben die *Gesellschaften* (also AG und GmbH) selber. Für die Unternehmensfinanzierungen stellt das Eigenkapital die Alternative zur Verschuldung gegenüber Dritten (etwa durch Bankdarlehen oder durch Unternehmensanleihen bzw. «Corporate Bonds»: Art. 1156 ff. OR) dar. Eigenkapitalfinanzierungen haben sowohl Vorteile als auch Nachteile gegenüber Fremdkapitalfinanzierungen<sup>10</sup>.

Eine weitere Interessentengruppe im Hinblick auf das Eigenkapital sind die *Gesellschafter* (also: Aktionäre sowie GmbH-Gesellschafter), deren Rechtsverhältnis gegenüber der AG bzw. der GmbH nicht auf einer Forderung, sondern auf einer Beteiligung beruht. Im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung sowie der Kapitalerhaltung stehen die Gesellschafterrechte im Vordergrund des legislativen Interesses<sup>11</sup>.

Für *Gesellschaftsgläubiger* stellt das Eigenkapital der Gesellschaft sozusagen das «Haftungssubstrat» dar. Dies bedeutet indes nicht, dass Geld oder sonstige Gesellschaftsaktiven realiter vorhanden sind. Vielmehr handelt es sich um eine Rechnungsziffer, deren Unterschreitung verschiedene Rechtsfolgen (beispielsweise: Art. 725 f. OR)<sup>12</sup> auslösen kann. Die Veränderung des Eigenkapitals wirkt sich mittelbar auf den Schutz der Gläubiger aus.

## 3. Übersicht zur Darstellung

Bei der Kapitalaufbringung einerseits sowie bei der Kapitalerhaltung andererseits handelt es sich um *kei-*

*ne Rechtsinstitute* im eigentlichen Sinne. Es finden sich keine Regulierungen zu diesen Themenbereichen (als Oberbegriffe), und zwar weder bei AG noch bei GmbH. Rechtlich geht es um *zahlreiche Facetten*, die auswahlweise dargestellt werden.

Bei der *Kapitalaufbringung* stehen – als Beispiele – die Mindestkapitalien<sup>13</sup>, die Mindestliberierungen<sup>14</sup> sowie die Nominalkapitalveränderungen<sup>15</sup> (Erhöhungen oder Herabsetzungen) im Vordergrund des Interesses. Kapitalerhaltungen werden gefährdet durch Vermögensabflüsse<sup>16</sup>, wobei die grössten Gefahren bei finanziellen Krisen<sup>17</sup> drohen. Mehr als *Übersichten* zum Status quo und zu den jüngsten Entwicklungen<sup>18</sup> wird nicht angestrebt<sup>19</sup>.

Der guten Ordnung halber ist festzuhalten, dass die Themen des Eigenkapitals sowie des Eigenkapitalschutzes *viel umfassender* sind als die angesprochenen Fragestellungen<sup>20</sup>. Auf solche spezifischen Aspekte (z.B. Buchführung, Rechnungslegung sowie Revision von Gesellschaften) kann aus Platzgründen nicht eingegangen werden<sup>21</sup>.

## II. Kapitalaufbringung

### 1. Gesellschaftsgründungen

#### 1.1 AG

##### a. Kapitalhöhen

Nur, aber immerhin eine Gesellschaftsform des schweizerischen Rechts kannte ein Maximalkapital, nämlich die GmbH. Es kann kaum überraschen, dass das Gesellschaftsrecht beim Aktienkapital bzw. generell beim Nominalkapital – also Aktienkapital (Art. 621 ff. OR) sowie Partizipationskapital (Art. 656b OR)<sup>22</sup> – *kein Maximal-*

<sup>8</sup> Die Thematik des Eigenkapitalschutzes wird in der Doktrin häufig abgehandelt; jüngst: URS KÄGI, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Diss. Freiburg, Zürich/St. Gallen 2012, *passim* (= SSHW 309); TOBIAS MEYER, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Diss. Zürich 2009, *passim* (= SSHW 282); KATJA FUCHS MTWEBANA, Die Zukunft des Kapitalschutzes im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Bern 2008, *passim* (= ASR 759).

<sup>9</sup> Genossenschaften können zwar statutarisch Grundkapital schaffen, das indes *nicht obligatorisch* ist und *nicht fix* bzw. nicht in fester Höhe bestehen darf (Art. 828 Abs. 2 OR), notabene wegen dem sog. Prinzip der «offenen Türe»; Details: PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 19 N 28 ff.

<sup>10</sup> Allg.: PETER V. KUNZ, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, 62 ff.

<sup>11</sup> Es geht beim Fremdkapital in erster Linie um den *Gläubigerschutz* und beim Eigenkapital vorwiegend um den *Gesellschafterschutz* (bzw. Minderheitenschutz).

<sup>12</sup> Vgl. dazu hinten III.1.1.a./1.2.a.

<sup>13</sup> Vgl. dazu hinten II.1.1.a./1.2.a.

<sup>14</sup> Vgl. dazu hinten II.1.1.b./1.2.b.

<sup>15</sup> Vgl. dazu hinten II.2.

<sup>16</sup> Vgl. dazu hinten III.1.1.b./1.2.b.

<sup>17</sup> Vgl. dazu hinten III.1.1.a./1.2.a.

<sup>18</sup> Hierzu gehören z.B. das Kapitalband (vgl. dazu hinten II.2.1.a.) sowie TBTF (vgl. dazu hinten II.2.1.b.); rechtspolitische Vorschläge (zum Austrittsrecht: vgl. dazu hinten III.1.1.b.dd.) scheinen angebracht.

<sup>19</sup> Bei der *GmbH* wird häufig auf das *Aktienrecht* verwiesen, so dass auf eine detaillierte Darstellung bei der zweithäufigsten Kapitalgesellschaft – nach der AG – verzichtet werden kann.

<sup>20</sup> Generell: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 1 N 168 ff.

<sup>21</sup> Hinweise: KASPAR MÜLLER/FELIX H. THOMANN, Eigenkapital-schutz und neues Rechnungslegungsrecht, Jusletter vom 21. Oktober 2013, Rz. 20 ff.; allg.: PETER BÖCKLI, Der bilanzbezogene Eigenkapitalschutz, SZW 2009, 1 ff.

<sup>22</sup> Nur eine kleine Minderheit von AG sehen Partizipations-scheine (PS) bzw. ein Partizipationskapital vor, so dass nur vereinzelt auf dieses Thema einzugehen ist.

kapital vorsieht<sup>23</sup>. In Bezug auf das Eigenkapital gilt vielmehr das Motto: «Je mehr, desto besser».

Da der Gesetzgeber seit jeher einen starken Eigenkapitalschutz anstrebt, sahen frühere Aktienrechte (und sieht das aktuelle Recht) ein *Minimalkapital* vor<sup>24</sup>. Rechnerisch geht es um einen Nominalwert<sup>25</sup>, und zwar seit dem Jahr 1993 in Höhe von CHF 100'000.–, der das minimale Aktienkapital<sup>26</sup> einer AG umschreibt (Art. 621 OR). Insbesondere bei AG, die in der Finanzbranche tätig sind, werden die Minimalkapitalanforderungen verschärft<sup>27</sup>.

Das frühere Aktienrecht schrieb ein Mindestkapital von nominal CHF 50'000.– vor. Mit der Verdoppelung der Kapitalanforderungen erwies sich die AG für «Kleinverhältnisse» plötzlich als (zu) teuer. Dadurch wurde die GmbH, die ein tieferes Mindestkapital normierte bzw. normiert<sup>28</sup>, seit den 1990er Jahren sozusagen «reflexweise attraktiver»<sup>29</sup>.

Wenn das Aktienkapital *in bar* auf ein Bankkonto einbezahlt wird, ist dieser Wert bei der Gesellschaftsgründung ohne weiteres vorhanden. Sollte hingegen eine sog. *qualifizierte Gründung* vorliegen (also sind beispielsweise Sacheinlagen oder Sachübernahmen gegeben), sieht das Aktienrecht zum Schutz des Eigenkapitals diverse Sicherungsmassnahmen vor<sup>30</sup>.

Diverse Regulierungen enthalten Mindestkapitalhöhen für Unternehmungen. Je nach konkretem Geschäftsbetrieb müsste bzw. sollte das (Eigen-)Kapital in entsprechender Höhe festgelegt werden. Nichtsdestotrotz

besteht prinzipiell kein Anspruch auf eine *angemessene Kapitalausstattung* für die in Frage stehende AG<sup>31</sup>, d.h. der Einzelfall ist massgeblich. Der Verwaltungsrat (VR) muss sich bei der Kapitalisierung von Art. 717 OR leiten lassen<sup>32</sup>.

## b. Mindesteinlage

Unbesehen der Höhe des konkreten Aktienkapitals muss bei jeder AG eine *Mindesteinlage* geleistet werden, und zwar «für mindestens 20 Prozent des Nennwertes jeder Aktie» (Art. 632 Abs. 1 OR); dieser Wert liegt im internationalen Vergleich relativ tief<sup>33</sup>. Zudem ist eine quantitative Untergrenze zu beachten: «In allen Fällen müssen die geleisteten Einlagen mindestens 50'000 Franken betragen» (Art. 632 Abs. 2 OR)<sup>34</sup>.

In der Schweiz wird eine *Teillibrierung* von Aktien im Rahmen von Art. 632 OR als Prinzip anerkannt. Bei gewissen Aktien hingegen muss, etwa aus Gründen der Eigenkapitalsicherung, eine *Vollibrierung* vorgenommen werden<sup>35</sup>, nämlich insbesondere bei Inhaberaktien (Art. 683 OR), aber ebenfalls bei Stimmrechtsaktien (Art. 693 Abs. 2 OR) sowie bei Aktien im Rahmen einer bedingten Aktienkapitalerhöhung (Art. 653a Abs. 2 OR).

Mit Teillibrierungen sind *Rechtsfolgen* verbunden, bei denen der Eigenkapitalschutz massgeblich erscheint. In erster Linie braucht es für die Übertragung nicht voll liberierter Namenaktien im Rahmen von Art. 685 OR die *Zustimmung der AG* («gesetzliche Vinkulierung»), womit die Unternehmung ihre Eigenkapitalfinanzierung sicherzustellen vermag. Der VR kann jeweils die Nachlibrierung beschliessen (Art. 634a OR).

## c. Beteiligung

Zentraler Teil des Eigenkapitals bei der Gesellschaftsgründung sind die Beteiligung sowie die Beteiligungspapiere. Im Vordergrund stehen die *Aktien*, mit denen zahlreiche Gesellschafterrechte verbunden sind als Motivation für die Eigenkapitalgeber bzw. Risikokapitalgeber<sup>36</sup>. Die diversen Ausgestaltungsmöglichkeiten für

<sup>23</sup> Zum Verhältnis der beiden Formen des Nominalkapitals gilt, dass das *Partizipationskapital maximal* das *Doppelte* des Aktienkapitals betragen darf: Art. 656b Abs. 1 OR; im Rahmen der anstehenden «grossen» Aktienrechtsrevision werden die Regeln zum Partizipationskapital erheblich überarbeitet.

<sup>24</sup> Historischer Rückblick: MEYER (FN 8), 45 ff.; generell zum Mindestkapital: DOROTHEA HERREN, Das gesetzliche Mindestkapital: Schranke oder Freipass?, in: Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 39 ff.

<sup>25</sup> Aktien dürfen nicht unter Nennwert ausgegeben werden: Art. 624 Abs. 1 OR; dieses sog. *Nennwertprinzip* (oder: Verbot von «Unter-Pari-Emissionen»; statt vieler: FUCHS MTWEBANA [FN 8], 125) gilt bei der Gründung sowie bei Kapitalerhöhungen.

<sup>26</sup> Sollte eine AG ein *Partizipationskapital* als Teil des Nominalkapitals vorsehen, bestehen weder ein Minimalkapital noch eine Mindestlibrierung: Art. 656b Abs. 2 OR.

<sup>27</sup> Beispielsweise benötigen Bank-AG ein Mindestaktienkapital in Höhe von CHF 10 Mio. (Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 BankV) und Effektenhändler-AG ein Aktienkapital von mindestens CHF 1,5 Mio. (Art. 10 Abs. 2 lit. b/Abs. 3 BEHG i.V.m. Art. 22 BEHV); von den Aktienkapitalien müssen die spezialgesetzlichen *Eigenmittelvoraussetzungen unterschieden* werden.

<sup>28</sup> Vgl. dazu hinten II.1.2.a.

<sup>29</sup> PETER V. KUNZ, Grosse GmbH-Reform als Chance und Herausforderung für schweizerische Unternehmungen, Jusletter vom 30. April 2007, Rz. 5.

<sup>30</sup> Auswahl: Nennung in den Statuten (Art. 628 OR); schriftliche Verträge, Gründungsberichte sowie Prüfungsbestätigungen sind notwendig (Art. 634 OR); das künftige Recht sieht diverse Änderungen gegenüber dem Status quo vor: PETER V. KUNZ, Geplante Neuerungen bei einigen Generalien der aktuellen Aktienrechtsrevision, GesKR Sondernummer/Grosse Aktienrechtsrevision 2008, 11.

<sup>31</sup> Zur Diskussion: LUKAS GLANZMANN, Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, AJP 1997, 51 ff.; BÖCKLI (FN 20), § 1 N 273 ff.; HERREN (FN 24), 47.

<sup>32</sup> Die Finanzplanung stellt eine unübertragbare Aufgabe des VR dar: Art. 716a Ziff. 3 OR; generell: KÄGI (FN 8), § 8 N 12 ff.

<sup>33</sup> Das schweizerische Aktienrecht wird sich EU-rechtlichen «Vorgaben» anpassen und in Zukunft die Mindesteinlage bei 25 % statt 20 % ansetzen: KUNZ (FN 30), 11 FN 23; BBl 2008 1638 ad FN 95.

<sup>34</sup> Bis zu einem Aktienkapital von nominal CHF 250'000.– sind somit in jedem Fall schon heute mehr als 20 % des Nennwertes jeder Aktie zu bezahlen.

<sup>35</sup> In der Wirtschaftsrealität sind allerdings die «überwiegende Mehrheit der Aktien zu 100 Prozent liberiert», und bei Teillibrierung liegt die Einzahlung bei «meist 50 Prozent»: BBl 2008 1638.

<sup>36</sup> Thema: *Aktionärschutz* (Minderheitenschutz).

Aktien (z.B. Arten<sup>37</sup> oder Nennwerte<sup>38</sup>) spielen hingegen – prinzipiell – für den Eigenkapitalschutz keine Rolle.

Die Statuten einer AG können zwar, müssen aber nicht ein Partizipationskapital bzw. *Partizipationsscheine* als Teil des Nominalkapitals und damit des Eigenkapitals vorsehen (Art. 656a Abs. 1 OR)<sup>39</sup>. Die Partizipanten sind Eigenkapitalgeber, die durch spezifische Partizipantenrechte sozusagen «bei der Stange» gehalten werden. Die PS werden «gegen Einlage ausgegeben» (Art. 656a Abs. 1 OR)<sup>40</sup>, d.h. sie dienen der Unternehmensfinanzierung.

## 1.2 GmbH

### a. Kapitalhöhen

Das frühere GmbH-Recht sah während immerhin knapp 70 Jahren ein *Maximalkapital* vor: «Das Stammkapital darf nicht weniger als 20'000 Franken und nicht mehr als 2 Millionen Franken betragen» (Art. 773 aOR). Das Maximalkapital wurde schliesslich *aufgehoben* mit der umfassenden Gesetzesrevision, die im Jahr 2008 in Kraft trat<sup>41</sup>.

Das nominale *Mindestkapital* in Höhe von CHF 20'000.– blieb hingegen für GmbH unverändert<sup>42</sup>. Die Expertenkommission zur Revision schlug eine Verdoppelung des Nominalbetrags auf CHF 40'000.– vor, doch hatte ein solcher Änderungsvorschlag in der folgenden Vernehmlassung keine Chance<sup>43</sup>. Rechtspolitisch scheint das Mindestkapital (zu) tief<sup>44</sup>.

Immerhin können die Statuten für die Gesellschafter eine sog. *Nachschusspflicht* einführen (Art. 772 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 776a Abs. 1 Ziff. 1 OR)<sup>45</sup>, was für Ak-

tionäre gemäss Art. 680 Abs. 1 OR unzulässig ist. Solche Nachschusspflichten dürfen jedoch das «Doppelte des Nennwertes des Stammanteils nicht übersteigen» (Art. 795 Abs. 2 OR)<sup>46</sup>.

### b. Mindesteinlage

Bei der AG ist – prinzipiell – eine Teilliberierung der Aktien zulässig<sup>47</sup>. Ähnlich verhielt es sich unter dem früheren Gesellschaftsrecht zur GmbH, wobei die *damalige* minimale Teilliberierung mit 50 % des Nominalwertes der Stammeinlagen wesentlich höher lag als bei den Aktien: «Jeder Gesellschafter (...) muss bei der Gründung mindestens 50 vom Hundert seiner Einlage einzahlen oder durch Sacheinlagen decken» (Art. 774 Abs. 2 aOR).

In diesem Bereich brachte die GmbH-Rechtsrevision eine zentrale Neuerung (und Verbesserung des Eigenkapitalschutzes) mit sich, nämlich die *Pflicht zur Volliberierung* sämtlicher Stammanteile der GmbH: «Bei der Gründung muss für jeden Stammanteil eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage vollständig geleistet werden» (Art. 777c Abs. 1 OR). Infolge der Volliberierung wurde hingegen die persönliche Gesellschafterhaftung abgeschafft<sup>48</sup>.

### c. Beteiligung

Die Beteiligungen an der GmbH heissen *Stammanteile*. Jeder Gesellschafter muss gemäss Art. 772 Abs. 2 OR über mindestens je einen solchen Anteil verfügen; unter früherem Recht durfte jeder Gesellschafter nur einen Stammanteil haben (Art. 774 Abs. 2 Satz 1 aOR). Der minimale Nennwert eines Stammanteils beträgt CHF 100.– (Art. 774 Abs. 1 OR)<sup>49</sup>.

Anders als unter dem ehemaligen GmbH-Recht können Stammanteile nicht mehr nur als *Beweisurkunden*, sondern auch als *Namenswertpapiere* ausgestaltet werden (Art. 784 Abs. 1 OR), was u.a. die Verkehrsfähigkeit der Stammanteile verbessern soll<sup>50</sup>. Anders als das Aktienrecht kennt das GmbH-Recht heute nun allerdings *keine PS* (mehr)<sup>51</sup>.

<sup>37</sup> Bei den Aktien handelt es sich um *Wertpapiere*; unterschieden wird zwischen *Inhaberpapieren* und *Namenspapieren*: Art. 622 OR; die Schweiz befindet sich unter internationalem Druck des sog. «Global Forum» wegen dem Bankkundengeheimnis bzw. der Steuerdeliktproblematik, so dass das *Schicksal der Inhaberaktie* im heutigen Zeitpunkt noch offen erscheint (ein Verbot dürfte kaum in Frage kommen, doch könnte eine Meldepflicht für Inhaberaktionäre eingeführt werden).

<sup>38</sup> Der *Mindestnennwert* von Aktien wurde über die Jahrzehnte hinweg mehrfach reduziert, und heute liegt der Wertansatz bei 1 Rappen (Art. 622 Abs. 4 OR); künftig soll der Mindestnennwert gemäss Art. 622 Abs. 4 E-OR einfach *grösser als Null* sein: BBl 2008 1616.

<sup>39</sup> Realiter werden *PS relativ selten* als Finanzierungsinstrumente bei AG eingesetzt.

<sup>40</sup> PS haben einen Nennwert und «gewähren kein Stimmrecht»: Art. 656a Abs. 1 OR; PS werden als «*Aktien ohne Stimmrecht*» bezeichnet; allg.: BÖCKLI (FN 20), § 5 N 13 ff.

<sup>41</sup> BBl 2002 3155 f.; der Verzicht auf ein Maximalstammkapital stärkt potentiell den Eigenkapitalschutz.

<sup>42</sup> Das Nominalkapital bei der GmbH heisst *Stammkapital*; Art. 773 OR sieht vor: «Das Stammkapital muss mindestens 20'000 Franken betragen».

<sup>43</sup> Hinweise: KUNZ (FN 29), Rz. 24 FN 58.

<sup>44</sup> Seit der Einführung der GmbH ins schweizerische Gesellschaftsrecht im Jahr 1936, also seit nunmehr fast 80 Jahren, gab es beim Mindestkapital keine Änderung(en); allg.: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (FN 9), § 18 N 36 ff. m.w.H.

<sup>45</sup> Detailliert: Art. 795 ff. OR; statt aller: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (FN 9), § 18 N 73 ff.

<sup>46</sup> Der GmbH-Gesellschafter haftet nur, aber immerhin für die mit seinen eigenen Stammanteilen verbundenen Nachschusspflichten: Art. 795 Abs. 3 OR.

<sup>47</sup> Vgl. dazu vorne II.1.1.a.

<sup>48</sup> Ehemals bestand eine persönliche *Haftung der GmbH-Gesellschafter* für die Leistung des *gesamten Stammkapitals*: «[Der Gesellschafter] haftet über seine Stammeinlage hinaus für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in den vom Gesetz bestimmten Fällen bis höchstens zum Betrage des eingetragenen Stammkapitals» (Art. 772 Abs. 2 Satz 2 aOR); die Volliberierung stellt sozusagen eine Kompensation für den Verzicht auf die Gesellschafterhaftung dar: KUNZ (FN 29), Rz. 25.

<sup>49</sup> Das *Nennwertprinzip* gilt nicht allein bei der AG, sondern ebenfalls bei der GmbH: «Die Stammanteile müssen mindestens zum Nennwert ausgegeben werden» (Art. 774 Abs. 2 OR).

<sup>50</sup> Hinweise: KUNZ (FN 29), Rz. 25 FN 67.

<sup>51</sup> BBl 2002 3249; ausserdem: KUNZ (FN 29), Rz. 31 a.E.

## 2. Nominalkapitalveränderungen

### 2.1 AG

#### a. Formen

Das Aktienkapital kann entweder erhöht oder herabgesetzt werden (oder unverändert bleiben). Bei Kapitalerhöhungen ist der Eigenkapitalschutz kein Thema wegen dem erwähnten Motto: «Je mehr, desto besser», d.h. es braucht keine Schutzmechanismen für die AG und für die Gesellschaftsgläubiger. Anders verhält es sich hingegen bei Kapitalherabsetzungen, die potentiell sowohl die Gesellschaft als auch die Gläubiger gefährden.

Im Rahmen von Art. 650 ff. OR gibt es drei Formen der Kapitalerhöhung, nämlich ordentliche<sup>52</sup>, genehmigte<sup>53</sup> sowie bedingte<sup>54</sup> Erhöhungen; dadurch wird das Aktienkapital vergrössert (und regelmässig werden neue Mittel zugeführt)<sup>55</sup>. Bei sämtlichen Formen bestehen Sicherungen zugunsten der Aktionärsinteressen (z.B. Beurkundung des Beschlusses: Art. 650 Abs. 2 OR; Bezugsrecht: Art. 652b OR; Vorwegzeichnungsrecht: Art. 653c OR), denn die Gesellschafter können durch neues Aktienkapital gefährdet sein<sup>56</sup>.

Bei Kapitalherabsetzungen sehen Art. 732 ff. OR verschiedene Schutzmechanismen vor<sup>57</sup>, und zwar in erster Linie zugunsten der Gläubigerinteressen. Unter diesem spezifischen Aspekt des Eigenkapitalschutzes werden – als Beispiele – eine Statutenänderung durch die GV (Art. 732 Abs. 1 OR), ein besonderer Prüfungsbericht (Art. 732 Abs. 2 OR) sowie ein dreimaliger öffentlicher Schuldenruf (Art. 733 OR) verlangt. Prinzipiell darf das

Aktienkapital zudem nicht unter CHF 100'000.– herabgesetzt werden (Art. 732 Abs. 5 OR).

Bei der anstehenden «grossen» Aktienrechtsrevision werden zahlreiche Details zu Erhöhungen sowie zu Herabsetzungen des Aktienkapitals verändert<sup>58</sup>. Ein eigentlicher «Swiss Finish»<sup>59</sup> ist hingegen mit dem neuen Rechtsinstitut des sog. Kapitalbandes geplant<sup>60</sup>, das eine Flexibilisierung des Nominalkapitals erlauben wird<sup>61</sup>, wobei heute noch einige Fragen zur konkreten Ausgestaltung (v.a. zum Gläubigerschutz)<sup>62</sup> unbeantwortet bleiben<sup>63</sup>.

#### b. Bank-AG

Das schweizerische Bankrecht sieht im Zusammenhang mit der Problematik «Too Big to Fail» (TBTF) für sog. systemrelevante Banken diverse Sondervorschriften vor. In der Schweiz betroffen sind AG (und Genossenschaften), nicht aber GmbH<sup>64</sup>. Hinsichtlich TBTF spielt die Prävention eine zentrale Rolle. Vorwiegend unter diesem Aspekt wurden im Jahr 2012 zwei neue Nominalkapitalformen («Zusätzliches Kapital»)<sup>65</sup> eingeführt<sup>66</sup>:

Die Statuten einer Bank-AG können die Schaffung von sog. Vorratskapital vorsehen (Art. 11 Abs. 1 lit. a BankG), zu dessen Schaffung der VR ermächtigt wird, d.h. das Aktienkapital oder das Partizipationskapital werden damit erhöht. Im Grossen und Ganzen gelten die

<sup>52</sup> Bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung (Art. 650 OR und Art. 652 ff. OR), die von der GV beschlossen wird, gibt es grundsätzlich weder quantitative noch zeitliche Schranken (das Bezugsrecht, das nicht ohne wichtige Gründe entzogen oder beschränkt werden darf, schützt die Aktionäre: Art. 652b Abs. 2 OR); die neuen Aktien müssen liberiert werden wie bei der Gründung (Art. 652d OR). Wird die Kapitalerhöhung jedoch nicht innerhalb von drei Monaten nach dem GV-Beschluss ins Handelsregister eingetragen, so fällt der GV-Beschluss dahin (Art. 650 Abs. 3 OR).

<sup>53</sup> Eine Sonderform der ordentlichen ist die genehmigte Kapitalerhöhung (Art. 651 ff. OR), die für maximal zwei Jahre eine Ermächtigung der GV an den VR zur Erhöhung des Aktienkapitals um maximal 50 % darstellt (das Bezugsrecht gelangt ebenfalls zur Anwendung, und zwar zum Aktionärsschutz: Art. 652b OR); die neuen Aktien müssen liberiert werden wie bei der Gründung (Art. 652d OR).

<sup>54</sup> Bei einer bedingten Kapitalerhöhung im Rahmen von Art. 653 ff. OR, die maximal 50 % des bisherigen Aktienkapitals ausmachen darf (Art. 653a Abs. 1 OR), haben gewisse Gläubiger – beispielsweise Arbeitnehmer oder Berechtigte aus Anleiensobligationen mit Optionsrechten bzw. mit Wandelrechten – einen Zeichnungsanspruch und in der Folge eine Pflicht zur Liberierung der neuen Aktien, wobei die Einlage «mindestens dem Nennwert entsprechen» muss (Art. 653a Abs. 2 OR).

<sup>55</sup> Eine bedingte Kapitalerhöhung bei Wandelanleihen führt nicht zu neuen Gesellschaftsmitteln, erfolgt doch die Liberierung der neuen Aktien durch «Wandlung» von Fremdkapital in Eigenkapital.

<sup>56</sup> Zur «Verwässerungsgefahr»: BÖCKLI (FN 20), § 2 N 273 ff.

<sup>57</sup> Überblick: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (FN 9), § 16 N 655 ff.; KÄGI (FN 8), § 6 N 129 ff.

<sup>58</sup> Überblick: PETER R. ISLER/GAUDENZ G. ZINDEL, Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen in der Aktienrechtsrevision, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 81 ff. (=SSHW 300).

<sup>59</sup> PETER V. KUNZ, Aktienrechtsrevision 20xx, Jusletter vom 2. Februar 2009, Rz. 42 a.E.

<sup>60</sup> Hierzu: BENJAMIN BÜCHLER, Das Kapitalband, Diss. Zürich 2012, passim (=SSHW 242); DIETER GERICKE, Kapitalband: Flexibilität in Harmonie und Dissonanz, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 113 ff. (=SSHW 300); TOBIAS MEYER, Kapitalschutz als Selbstzweck?, GesKR 2008, 228 ff.; zudem: DRUEY ET AL. (FN 1), § 9 N 81 ff.

<sup>61</sup> Etwas trivialisiert geht es darum, dass der VR ermächtigt werden kann, für maximal fünf Jahre das Aktienkapital entweder zu erhöhen (sc. genehmigte Kapitalerhöhung) oder herabzusetzen (eine «genehmigte Kapitalherabsetzung» besteht de lege lata nicht), je nach konkreten Bedürfnissen; insofern kann das Aktienkapital «schwanken» zwischen einem Maximalkapital (maximal 50 % über dem Nominalkapital) und einem Basiskapital (maximal 50 % des Nominalkapitals, aber grösser als CHF 100'000.–).

<sup>62</sup> Der Gläubigerschutz soll im Rahmen von Art. 653w E-OR vorverschoben werden, d.h. zeitlich vor der Beschlussfassung der GV zu Schaffung des Kapitalbandes: BBL 2008 1654 f.

<sup>63</sup> Materialien zu Art. 653s ff. E-OR: BBL 2008 1615 ff. und 1652 ff. (Begründungen des Bundesrats) sowie 1763 ff. (Entwurf des Gesetzestextes).

<sup>64</sup> Infolge der Aufhebung der Maximalkapitalgrenze bei GmbH (vgl. dazu vorne II.1.2.a.) könnten schweizerische Banken ohne weiteres diese Gesellschaftsform wählen; im heutigen Zeitpunkt bestehen aber (noch) keine Bank-GmbH in der Schweiz.

<sup>65</sup> Die neuen Kapitalformen des «zusätzlichen Kapitals» (Art. 11 ff. BankG) stehen indes nicht allein systemrelevanten Banken, sondern sämtlichen Banken zur Verfügung.

<sup>66</sup> Art. 11 Abs. 3 BankG hält fest: «Das zusätzliche Kapital (...) darf nur zur Stärkung der Eigenkapitalbasis und zur Verhinderung oder Bewältigung einer Krise der Bank geschaffen werden».

aktienrechtlichen Regeln zur *ordentlichen* Kapitalerhöhung (Art. 12 Abs. 3 BankG).

Das sog. *Wandlungskapital* wird geschaffen im Hinblick auf die «Wandlung von Pflichtwandelanleihen» bzw. «CoCo-Bonds» (Art. 11 Abs. 1 lit. b BankG), was automatisch zu einer Erhöhung des Aktienkapitals oder des Partizipationskapitals führt. Trotz einer konzeptionellen Anlehnung an die *bedingte* Kapitalerhöhung sind die entsprechenden Aktienrechtsnormen nicht anwendbar, immerhin z.B. mit der Ausnahme des Nennwertprinzips<sup>67</sup>.

Das Eigenkapital wird ebenfalls durch die Reserven vergrössert<sup>68</sup>, wobei einige Besonderheiten bei Banken beachtet werden müssen. Als Beispiel können die *Reserven für allgemeine Bankrisiken* erwähnt werden. Im Zusammenhang mit dem sog. «U.S. Steuerstreit» wird bei den schweizerischen Banken diskutiert, wie die allfälligen Risiken zu behandeln sind, nämlich durch Rückstellungen oder durch Reserven für allgemeine Bankrisiken<sup>69</sup>.

## 2.2 GmbH

Die *ordentliche Erhöhung* des Stammkapitals ist im Rahmen von Art. 781 OR möglich und wird durch die GV der GmbH beschlossen<sup>70</sup>, wobei die Vorschriften zur Gründung (z.B. Nennwertprinzip sowie Volliberierung) beachtlich bleiben. Die Gesellschafter können in einer GV auch die *Herabsetzung* des Stammkapitals beschliessen (Art. 782 OR)<sup>71</sup>.

In der Schweiz sind *Bank-GmbH* zwar zulässig. Banken mit dieser Gesellschaftsform stünde allerdings die Einführung von «zusätzlichem Kapital» gemäss Art. 11 ff. BankG (also: Vorratskapital und Wandlungskapital)<sup>72</sup> nicht offen, und zwar e contrario: «deren Rechtsform die Schaffung von Aktien oder Partizipationskapital zulässt» (Art. 11 Abs. 1 a.A. BankG).

## 3. Weitere Aspekte

Nebst dem Nominalkapital gibt es als Teil des Eigenkapitals – abhängig vom Einzelfall – zudem *Reserven* gemäss Art. 671 ff. OR, die eine wesentliche Rolle bei

der Kapitalerhaltung spielen (z.B. bei den Warnsignalen oder bei der Dividendenausschüttung). Für die Kapitalaufbringung stehen die *gesetzlichen Reserven* im Vordergrund<sup>73</sup>.

Bei der AG sind konzeptionell Reserven zu bilden in *Gefährdungssituationen* für das Eigenkapital der Unternehmung. Das Aktienrecht verpflichtet(e) die Gesellschaften insbesondere, bei *Aufwertungen* einerseits<sup>74</sup> sowie beim *Erwerb eigener Aktien* andererseits<sup>75</sup>, also bei Transaktionen, die sich auf die Aktiven auswirken, bei den Passiven gesetzliche Reserven zu bilden, sozusagen als «Gefährdungspuffer».

Positive Rechnungsergebnisse dürften nicht schrankenlos ausgeschüttet werden, sondern werden zum Aufbau des Eigenkapitals eingesetzt. In erster Linie müssen der *allgemeinen Reserve* 5 % des Jahresgewinns zugewiesen werden, «bis diese [gesetzliche Reserve] 20 Prozent des einbezahlten Aktienkapitals erreicht» (Art. 671 Abs. 1 OR).

Das zur Bildung des Eigenkapitals wichtige Nominalwertprinzip gemäss Art. 624 Abs. 1 OR gilt sowohl bei der Gründung der AG als auch bei allfälligen Kapitalerhöhungen<sup>76</sup>. Sollten die Einlagen, unbeschten ob teil- oder volliberiert, den Nennwert des entsprechenden Aktienkapitals übersteigen («Über-Pari-Emission»), kommt dieser «Überschuss» bzw. das *Agio* ebenfalls in die gesetzlichen Reserven (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR).

Bei der GmbH gelangen prinzipiell die *aktienrechtlichen* Normen zu den Reserven zu Anwendung (Art. 801 OR), so dass darauf verwiesen werden kann. Zur Kapitalerhaltung steht bei der GmbH – anders als bei der AG – die *Nachschusspflicht* der Gesellschafter gemäss Art. 795 ff. OR zur Verfügung<sup>77</sup>. Das Eigenkapital ist in diesem Zusammenhang wichtig<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> AG können zwar, müssen aber nicht zudem *statutarische* Reserven schaffen: Art. 672 f. OR

<sup>74</sup> Art. 670 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 671b OR: Aktiven dürfen buchhalterisch *nicht generell aufgewertet* werden, sondern (in bestimmten Krisensituationen) einzig bei *Grundstücken* sowie bei *Beteiligungen* an Gesellschaften, wobei diverse Sicherungen – u.a. die Aufwertungsreserve bei den Passiven – vorhanden sind; im Zusammenhang mit der «grossen» Aktienrechtsrevision sollte ehemals die *Aufwertungsreserve beseitigt* werden: BBl 2008 1658.

<sup>75</sup> Schaffung der Reserve: Art. 659a Abs. 2 OR (zur Aufhebung: Art. 671a OR); das Rechnungslegungsrecht, das im Jahr 2013 in Kraft trat, sieht nun einen «*Abzug*» beim *Nominalkapital* vor: Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR («eigene Kapitalanteile als Minusposten»); zu den unterlassenen Anpassungen der Rechtssetzung: LUKAS HANDSCHIN, Neues Rechnungslegungsrecht, Jusletter vom 21. Oktober 2013, Rz. 28; LUKAS GLANZMANN, Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 2012, 210.

<sup>76</sup> Art. 652c OR; explizit zur bedingten Aktienkapitalerhöhung: Art. 653a Abs. 2 OR.

<sup>77</sup> Die statutarische Nachschusspflicht der Gesellschafter bei GmbH gemäss Art. 795 ff. OR *ergänzt* konzeptionell die Eigenkapitalerhaltungsregelungen des GmbH-Rechts.

<sup>78</sup> Beispielsweise dürfen in den Statuten der GmbH vorgesehene *Nachschüsse* nur *eingefordert* werden, wenn die «Summe von Stammkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt» ist

<sup>67</sup> Diese Ordnung dient v.a. dem Schutz des Eigenkapitals: Art. 13 Abs. 8 lit. a BankG i.V.m. Art. 653a Abs. 2 OR («Die geleistete Einlage muss mindestens dem Nennwert entsprechen»).

<sup>68</sup> Vgl. dazu hinten II.3.

<sup>69</sup> LUKAS HANDSCHIN/DANIEL WIDMER, Banken sollen vorsorgen, aber diskret, NZZ Nr. 297 (2013), 29.

<sup>70</sup> Bei der GmbH kommen weder *genehmigte* noch *bedingte* Kapitalerhöhungen vor, was einen Unterschied zur AG darstellt: Vgl. dazu vorne II.2.1.a.

<sup>71</sup> Das Stammkapital darf hingegen nicht unter das Minimalkapital von CHF 20'000.– herabgesetzt werden: Art. 782 Abs. 2 OR; die aktienrechtlichen Sicherungsmechanismen zum Schutz des Eigenkapitals (vgl. dazu vorne II.2.1.a.) gelangen auch bei der GmbH zur Anwendung: Art. 782 Abs. 4 OR.

<sup>72</sup> Vgl. dazu vorne II.2.1.b.

### III. Kapitalerhaltung

#### 1. Bestehende Gesellschaft

##### 1.1 AG

###### a. Warnsignale bei finanziellen Krisen

Das *Eigenkapital* bzw. das Risikokapital als Teil der Passiven (also in der Bilanz «rechts unten» zu finden) garantiert keine «flüssigen Mittel», sondern stellt vielmehr eine Sperrziffer dar<sup>79</sup>. Dem Eigenkapital kommt eine *Ampel-Funktion* zu, d.h. je nach finanzieller Krise werden im Rahmen von Art. 725 OR deutliche Warnsignale ausgesendet<sup>80</sup>, und zwar nach dem Motto: «on the left is nothing right, and on the right is nothing left»<sup>81</sup>.

Sollte aufgrund der letzten Jahresbilanz der AG die «Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt» sein, also liegt ein qualifizierter Bilanzverlust bzw. ein sog. *Kapitalverlust* vor, hat der VR umgehend eine GV einzuberufen und den Gesellschaftern entsprechende Sanierungsmaßnahmen<sup>82</sup> zu beantragen (Art. 725 Abs. 1 OR)<sup>83</sup>.

Wenn sich die finanzielle Krise verschärft und das Eigenkapital zu 100 % aufgebraucht ist (anders ausgedrückt: wenn die verbleibenden Aktiven nicht einmal mehr das Fremdkapital der AG decken), ist von einer sog. *Überschuldung* die Rede (Art. 725 Abs. 2 OR)<sup>84</sup>. Es macht keinen Sinn, zu den Aktionären zu gehen, die einen Totalverlust erleiden, sondern zum Schutz der Fremdkapitalgeber wird der Richter orientiert («Bilanz deponieren»).

###### b. Vermögensabflüsse

###### ba. Dividenden

Die Ausschüttung von *Dividenden* bzw. von «Gewinnanteilen» (Art. 674 f. OR)<sup>85</sup> hat einen direkten Bezug

zum Eigenkapital, und zwar unter verschiedenen Aspekten. Einerseits müssen im Rahmen von Art. 674 OR diverse Zuweisungen an die Reserven vorgenommen werden. Andererseits dürfen Dividenden «nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden» (Art. 675 Abs. 2 OR). Sollten hingegen diese Voraussetzungen erfüllt sein, kennt das Aktienrecht *keine quantitativen Schranken*.

Anders als bei der AG und bei der GmbH sieht hingegen das schweizerische Gesellschaftsrecht bei der *Genossenschaft* aus. Bei dieser Gesellschaftsform besteht eine spezifische Beschränkung: «Bestehen Anteilscheine, so darf die auf sie entfallende Quote des Reinertrages den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen» (Art. 859 Abs. 3 OR)<sup>86</sup>. Ohnehin stellt die Ausschüttung von Dividenden genossenschaftsrechtlich nicht die typische Form der Vorteilsgewährung dar.

###### bb. Verbot der Einlagerückgewähr

Ein Grundpfeiler der Kapitalerhaltung bei AG ist das aktienrechtliche *Verbot der Einlagerückgewähr*: «Ein Recht, den einbezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu» (Art. 680 Abs. 2 OR)<sup>87</sup>. Der AG wäre ausserdem untersagt, ad hoc oder auf einer statutarischen Basis<sup>88</sup> zu bezahlen<sup>89</sup>.

Sollten trotz dieses Verbots solche Vermögensabflüsse (beispielsweise im Rahmen von Sanierungsversuchen)<sup>90</sup> vorgekommen sein, steht die *Rückforderungsklage* gemäss Art. 678 OR zur Verfügung<sup>91</sup>; Aktionäre sind passivlegitimiert bei entsprechenden Klagen<sup>92</sup>. Sonderkategorien des Verbots der Einlagerückgewähr stellen – als

(Art. 795a Abs. 2 Ziff. 1 OR); eine vergleichbare Ordnung gilt für den Fall, dass die statutarische Nachschusspflicht *herabgesetzt* oder sogar *aufgehoben* werden soll (Art. 795c Abs. 1 OR).

<sup>79</sup> KÄGI (FN 8), § 6 N 19 ff.; DRUEY ET AL. (FN 1), § 8 N 27.

<sup>80</sup> Statt vieler: HERREN (FN 24), 52 ff.

<sup>81</sup> Übersicht: KUNZ (FN 10), 58 ff. m.w.H.

<sup>82</sup> In Frage kommen – als Beispiele – *Erhöhungen* oder *Herabsetzungen* des Nominalkapitals.

<sup>83</sup> Der Gang zu den Aktionären erklärt sich daraus, dass zuerst das Eigenkapital sowie die *Aktionärsinteressen gefährdet* sind, während den Gläubigern (noch) kein Schaden entsteht.

<sup>84</sup> Art. 725 Abs. 2 OR sieht zahlreiche *Sicherungsmechanismen* vor, damit der Richter nicht leichtfertig eingeschaltet wird: Erstellung einer Zwischenbilanz, die von einem zugelassenen Revisor geprüft werden muss; für den Fall eines echten «Rangrücktritts» von Gläubigern kann auf die Anzeige bei Gericht verzichtet werden: Art. 725 Abs. 2 Satz 2 a.E. OR; der Richter eröffnet zum Schutz der Gläubigerinteressen den Gesellschaftskonkurs, wenn kein Grund zum Aufschub vorhanden ist: Art. 725a Abs. 1 OR.

<sup>85</sup> Es handelt sich um *Vermögensabflüsse*, die insbesondere das Eigenkapital in Frage stellen; statt vieler: FUCHS MTWEBANA (FN 8), 140 ff.

<sup>86</sup> Von dieser einschränkenden Dividendenregelung kann bei Kreditgenossenschaften bzw. bei *Banckgenossenschaften abgewichen* werden: Art. 861 Abs. 1 OR.

<sup>87</sup> Statt aller: KÄGI (FN 8), § 4 N 49 ff.; der Begriff «einbezahlt» umfasst nicht nur den Nominalwert der Aktien, sondern ebenfalls ein allfälliges Agio.

<sup>88</sup> Ein solcher Beschluss oder eine entsprechende Statutenbestimmung wären *nichtig*: «Nichtig sind insbesondere Beschlüsse der Generalversammlung, die: (...) die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft missachten oder die Bestimmungen zum Kapitalschutz verletzen» (Art. 706b Ziff. 3 OR).

<sup>89</sup> Eine «Rückzahlung» an die Gesellschafter ist nur, aber immerhin im Rahmen einer formellen *Kapitalherabsetzung* möglich, die indes für sämtliche Gesellschafter zum Tragen kommt und zahlreiche Sicherungsmechanismen des Eigenkapitalschutzes vorsieht: Vgl. dazu vorne II.2.1.a.

<sup>90</sup> Generell: HANS-UELI VOGT/ANNA PETER, Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung (...), GesKR 2011, 231 ff. m.w.H.

<sup>91</sup> Vgl. dazu hinten III.3.

<sup>92</sup> Ein Teil der Lehre bestreitet die Möglichkeit der Rückforderungsklage; es wird geltend gemacht, dass infolge der *Nichtigkeit* der «Auszahlung» die *Eigentumsklage* (Art. 641 ZGB) genutzt werden muss.

Beispiele – das *Austrittsverbot* für Aktionäre<sup>93</sup> sowie das *Zinsverbot* (Art. 675 Abs. 1 OR)<sup>94</sup> dar.

Art. 680 Abs. 2 OR gilt zu guter Letzt ausserdem nicht allein für Aktionäre, sondern ebenfalls für allfällige *Partizipanten* (Art. 656a Abs. 2 OR). Der Eigenkapital-schutz umfasst unter diesem Aspekt folglich sowohl das Aktienkapital als auch das gegebene Partizipationskapital, d.h. das gesamte Nominalkapital einer AG.

bc. Schranken für eigenen Beteiligungserwerb

Eine «Umgehungsmöglichkeit» des Verbots der Einlagerückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR wäre es, wenn eine AG ohne weiteres ihre eigenen Beteiligungen erwerben dürfte. Während das frühere Aktienrecht in der Schweiz ein entsprechendes Verbot vorsah, ist heute der *Erwerb eigener Aktien eingeschränkt* im Rahmen von Art. 659 ff. OR.

Um falsche «Anreize», beispielsweise hinsichtlich der Abwehr eines Kontrollwechsels, möglichst zu verhindern, sind mit eigenen Aktien *keine Stimmrechte* verbunden (Art. 659a Abs. 1 OR)<sup>95</sup>. Im Übrigen zielen die Sicherungsmechanismen beim Erwerb eigener Aktien in erster Linie auf eine *Kapitalerhaltung* bei der AG ab:

Es muss(te) eine *gesetzliche Reserve* geschaffen werden<sup>96</sup>. Zudem sind *quantitative* Schranken zu beachten, d.h. ein Erwerb ist nur zulässig, wenn überhaupt «frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist und der gesamte Nennwert dieser Aktien 10 Prozent des Aktienkapitals nicht übersteigt» (Art. 659 Abs. 1 OR)<sup>97</sup>.

bd. Austrittsrecht?

Das Aktienrecht enthält zwar keine Vorschriften zum Austrittsrecht (oder zum Austrittsverbot) des Aktionärs. Aus dem Verbot der Einlagerückgewähr<sup>98</sup> ergibt sich indes nach wohl h.M. ein umfassendes Austrittsverbot für

die Gesellschafter<sup>99</sup>. Bestritten werden kann sicherlich nicht, dass de lege lata *kein gesetzliches Austrittsrecht* besteht<sup>100</sup>.

Bereits unter aktuellem Aktienrecht scheint bei AG hingegen ein *statutarisches Austrittsrecht* der Aktionäre zulässig<sup>101</sup>, was allerdings umstritten ist in der Lehre<sup>102</sup>. Als ähnlich strittig erweist sich die Thematik eines *vertraglichen Austrittsrechts* gegenüber der Gesellschaft<sup>103</sup>, das ebenfalls im Spannungsverhältnis mit Art. 680 Abs. 2 OR steht<sup>104</sup>.

Rechtspolitisch wird vereinzelt – etwa vom Unterzeichner<sup>105</sup> – die Einführung einer *Austrittsordnung* für Aktionäre gefordert<sup>106</sup>. Die Regelung bei der GmbH<sup>107</sup> belegt, dass ein solches Regime de lege ferenda nicht quer in der Kapitalgesellschaftslandschaft der Schweiz liegen würde. Die «grosse» Aktienrechtsrevision ignoriert indes die Thematik<sup>108</sup>.

## 1.2 GmbH

### a. Warnsignale bei finanziellen Krisen

Bei der *Genossenschaft* ist eine mit der aktienrechtlichen Regelung von Art. 725 OR<sup>109</sup> vergleichbare Regelung vorhanden, nämlich Art. 903 OR. Im Grossen und Ganzen gleich verhält es sich schliesslich bei der *GmbH*, wobei die Geschäftsführung als Unternehmensexekutive zwingend den Richter zu benachrichtigen hat bei einer Überschuldung (Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7 OR). Im Übrigen liegt eine Verweisung auf Art. 725 f. OR vor:

«Für die Anzeigepflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung der Gesellschaft sowie für die Eröffnung und den Aufschub des Konkurses sind die Vorschriften des Aktienrechts anwendbar» (Art. 820 Abs. 1 OR). Ein zentraler Unterschied zur AG liegt darin, dass bei der GmbH ein Grund zum *Konkursaufschub* gegeben sein kann, wenn die *Nachschüsse* der Gesellschafter «unverzüglich einbezahlt» werden (Art. 820 Abs. 2 OR)<sup>110</sup>.

<sup>93</sup> Vgl. dazu hinten III.1.1.b.dd.

<sup>94</sup> Unter das Zinsverbot fallen z.B. *Kapitalzinsen* oder *Dividendengarantien*; immerhin sind *Bauzinsen* für die Aktionäre zulässig: Art. 676 OR.

<sup>95</sup> Eine Abwehrstrategie mittels Erwerbs durch Tochtergesellschaften kommt nicht in Frage: Art. 659b OR.

<sup>96</sup> Vgl. dazu vorne II.3.; Art. 659a Abs. 2 OR: «Die Gesellschaft hat für die eigenen Aktien einen dem Anschaffungswert entsprechenden Betrag gesondert als Reserve auszuweisen».

<sup>97</sup> Das «frei verwendbare Eigenkapital» umfasst v.a. den *Gewinnvortrag* sowie die *freien Reserven*; detailliert: BÖCKLI (FN 20), § 4 N 229; sollen im Zusammenhang mit der statutarischen Vinkulierung (Art. 685a ff. OR) von der AG eigene Namenaktien erworben werden, liegt die Höchstgrenze bei 20% *des Aktienkapitals* (diese höhere Schranke soll im künftigen Aktienrecht zudem bei Auflösungsklagen aus wichtigem Grund gemäss Art. 659 Abs. 3 E-OR [BB1 2008 1767] zur Anwendung gelangen); zudem ist Art. 659 Abs. 2 Satz 2 OR zu beachten: «Die über 10 Prozent des Aktienkapitals hinaus erworbenen eigenen Aktien sind innert zweier Jahre zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten».

<sup>98</sup> Vgl. dazu vorne III.1.1.b.bb.

<sup>99</sup> Generell: RETO SANWALD, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2008, 234 ff. (= SSHW 280).

<sup>100</sup> Hinweise zur Thematik: PETER V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im Schweizerischen Aktienrecht*, Habil. Bern 2001, § 4 N 86 ff.; SANWALD (FN 99), 235 f.

<sup>101</sup> In diesem Sinne bereits: KUNZ (FN 100), § 4 N 98 ff.

<sup>102</sup> Übersicht: KÄGI (FN 8), § 4 N 127 ff.; SANWALD (FN 99), 179 ff.

<sup>103</sup> Auslegeordnung (und befürwortend): KUNZ (FN 100), § 4 N 105 ff.; a.M.: SANWALD (FN 99), 203.

<sup>104</sup> Vgl. dazu vorne III.1.1.b.bb.

<sup>105</sup> Grundlegend: KUNZ (FN 100), § 4 N 91 ff.; zudem: DERS. (FN 59), Rz. 146 f.

<sup>106</sup> a.M.: SANWALD (FN 99), 241 ff.

<sup>107</sup> Vgl. dazu hinten III.1.2.b.dd.

<sup>108</sup> Der Unterzeichner hat als Experte in der ständerätlichen Rechtskommission entsprechende Vorschläge gemacht, die indes gänzlich unbeachtet blieben: KUNZ (FN 59), Rz. 146 f.

<sup>109</sup> Vgl. dazu vorne III.1.1.a.

<sup>110</sup> Dadurch wird erneut ersichtlich, dass die statutarische Nachschusspflicht der Gesellschafter bei GmbH gemäss Art. 795 ff. OR konzeptionell die Eigenkapitalerhaltungsregelungen *ergänzt*.

## b. Vermögensabflüsse

### ba. Dividenden

Die durch die GmbH an ihre Gesellschafter zu bezahlenden *Dividenden* stellen Vermögensabflüsse dar, für die verschiedene Schranken zu beachten sind; im Grossen und Ganzen stimmt die Ordnung mit dem Aktienrecht<sup>111</sup> überein. Die Dividenden dürfen einzig aus dem Bilanzgewinn oder aus allfälligen Bilanzreserven ausgerichtet werden (Art. 798 Abs. 1 OR), und zwar erst im Anschluss an die Reservenbildung (Art. 798 Abs. 2 OR).

Ein wesentlicher Unterschied zur Dividende bei der AG ergibt sich aus der Leistung von statutarischen *Nachschüssen* der GmbH-Gesellschafter: «Die Dividenden sind im Verhältnis des Nennwerts der Stammanteile festzusetzen; wurden Nachschüsse geleistet, so ist deren Betrag für die Bemessung der Dividenden dem Nennwert zuzurechnen; die Statuten können eine abweichende Regelung vorsehen» (Art. 798 Abs. 3 OR).

### bb. Verbot der Einlagerückgewähr

Nicht allein bei der AG<sup>112</sup>, sondern ebenfalls bei der GmbH gilt gegenüber den Gesellschaftern das *Verbot der Einlagerückgewähr*, und zwar in einer strengen Ausgestaltung. Die Gesellschafter der GmbH haben eine Liberierungspflicht, die wie folgt abgesichert wird: «Die Einlagen dürfen nicht zurückerstattet werden» (Art. 793 Abs. 2 OR)<sup>113</sup>.

Ähnlich wie bei der AG<sup>114</sup> ergibt sich aus dem Einlagerückgewährsverbot zusätzlich ein *Zinsverbot*: «Für das Stammkapital und geleistete Nachschüsse dürfen keine Zinsen bezahlt werden» (Art. 798a Abs. 1 OR), wobei Bauzinsen gemäss Art. 798a Abs. 2 OR zulässig sind. Bei der GmbH – anders als bei der AG<sup>115</sup> – besteht allerdings *kein Austrittsverbot* für die Gesellschafter<sup>116</sup>, was das Verbot der Einlagerückgewähr grundsätzlich in Frage stellt.

### bc. Schranken für eigenen Beteiligungserwerb

Bereits das frühere GmbH-Recht (konkret: Art. 807 aOR) liess den Vermögensabfluss durch Erwerb eigener Beteiligungen grundsätzlich zu, indes mit Einschränkungen; beispielsweise durften Stammeinlagen, solange sie «nicht voll einbezahlt» waren, prinzipiell weder erworben noch als Pfand entgegengenommen werden (Art. 807

Abs. 1 aOR)<sup>117</sup>. Im Übrigen gab es damals zumindest *keine quantitativen* Schranken für eigene Stammanteile.

Dies hat sich mit der Gesetzesrevision geändert. Nicht nur bedarf es, ähnlich wie bei der AG<sup>118</sup>, frei verwendbares Eigenkapital. Ausserdem wird der Nennwert der eigenen Stammanteile *limitiert* auf 10 % des Stammkapitals (Art. 783 Abs. 1 OR) bzw. für einige Sonderfälle – v.a. bei einem Erwerb durch die GmbH wegen einer Vinkulierung oder wegen eines Gesellschafteraustritts<sup>119</sup> – auf 35 % des Stammkapitals (Art. 783 Abs. 2 OR)<sup>120</sup>.

### bd. Austrittsrecht

Das GmbH-Recht sieht eine *umfassende Austrittsordnung* für die Gesellschafter vor. Ein Austritt stellt, etwas trivialisiert, eine Rückgabe der Mitgliedschaft an die Gesellschaft gegen Entschädigung dar<sup>121</sup>. Die zu bezahlende Entschädigung reduziert das Eigenkapital, so dass beim Austrittsrecht eine Ausnahme vom Verbot der Einlagerückgewähr vorliegt<sup>122</sup>. Der Eigenkapitalschutz ist schwächer als bei der AG<sup>123</sup>.

Bei der GmbH bestehen verschiedene Austrittsmöglichkeiten. Das *gesetzliche* Austrittsrecht setzt einen wichtigen Grund voraus und muss auf Klage hin durch ein Gericht bewilligt werden (Art. 822 Abs. 2 OR)<sup>124</sup>. Ausserdem kann ein *statutarisches* Austrittsrecht vorgesehen werden, das «von bestimmten Bedingungen abhängig» gemacht wird (Art. 822 Abs. 2 OR)<sup>125</sup>. Ein *vertragliches* Austrittsrecht wird im Gesetz nicht geregelt<sup>126</sup>.

Bei einem gesetzlichen Austritt sowie bei einem statutarischen Austritt haben die übrigen Gesellschafter ein sog. *Anschlussaustrittsrecht* gemäss Art. 822a OR, was zu ihrer Gleichbehandlung führt. Der austretende Gesellschafter hat einen Anspruch auf *Abfindung* (Art. 825

<sup>111</sup> Vgl. dazu vorne III.1.1.b.aa.; generell: MEYER (FN 8), 90 f.

<sup>112</sup> Vgl. dazu vorne III.1.1.b.bb.

<sup>113</sup> In der GmbH-Doktrin wird beispielsweise kaum darüber diskutiert, ob ein allfälliges Agio zum gesperrten Kapital gehört oder nicht; Einigkeit besteht aber immerhin dazu, dass ein Verstoß gegen Art. 793 Abs. 2 OR zur *Nichtigkeit* der in Frage stehenden Transaktion führt.

<sup>114</sup> Vgl. dazu vorne III.1.1.b.bb.

<sup>115</sup> Vgl. dazu vorne III.1.1.b.dd.

<sup>116</sup> Vgl. dazu hinten III.1.2.b.dd.

<sup>117</sup> Dieses Verbot konnte aufgehoben werden als Folge der heutigen Volliberierungspflicht.

<sup>118</sup> Vgl. dazu vorne III.1.1.b.cc.

<sup>119</sup> Vgl. dazu hinten III.1.2.b.dd.

<sup>120</sup> Statt aller: KUNZ (FN 29), Rz. 31 FN 91/FN 92.

<sup>121</sup> Dadurch unterscheidet sich der *Austritt* einerseits von der *Veräusserung einer Beteiligung* (z.B. einer Aktie oder eines Stammanteils) andererseits, durch die das Eigenkapital nicht berührt wird – es sei denn, dass die betroffene Gesellschaft als Erwerber auftritt; vor diesem Hintergrund werden die Schranken beim Erwerb eigener Stammanteile mit dem Grenzwert von 35 % gegenüber dem Normalfall von 10 % gelockert: Vgl. dazu vorne III.1.2.b.cc.

<sup>122</sup> Vgl. dazu vorne III.1.2.b.bb.; SANWALD (FN 99), 337 spricht von einem Spannungsverhältnis sowie von einer «Anomalie» der Kapitalgesellschaftsrechts.

<sup>123</sup> Vgl. dazu vorne III.1.1.b.dd.

<sup>124</sup> Detailliert: SANWALD (FN 99), 337 ff.; hierbei stellt die Austrittsklage «ultima ratio» dar (a.a.O. 339).

<sup>125</sup> SANWALD (FN 99), 355 ff.; das statutarische Austrittsrecht darf gegenüber dem gesetzlichen Austrittsrecht *erleichtert*, aber *nicht erschwert* werden (z.B. dürfen nicht eine Beteiligungsgrenze für das Klagerecht oder ein Zustimmungserfordernis oder eine Konventionalstrafe eingeführt werden: a.a.O. 351 f.).

<sup>126</sup> Nichtsdestotrotz kann von dessen Zulässigkeit ausgegangen werden: SANWALD (FN 99), 371.

OR)<sup>127</sup>, wobei sich die Modalitäten danach unterscheiden können, ob ein gesetzliches Austrittsrecht oder ein statutarisches Austrittsrecht geltend gemacht wird<sup>128</sup>.

## 2. Ende der Gesellschaft

### 2.1 AG

Das Ende einer Kapitalgesellschaft durchläuft drei Phasen, nämlich die Auflösung, die Liquidation sowie die Löschung der Unternehmung im Handelsregister. Die aktienrechtlichen *Auflösungsgründe* gemäss Art. 736 OR haben keinen Bezug zum Eigenkapital, immerhin mit der Ausnahme der Konkureröffnung, die eine AG beendet (Art. 736 Ziff. 3 OR)<sup>129</sup>. Mit der Auflösung enden die Gesellschaftsinteressen ohne weiteres.

Die Liquidation der AG ist – immerhin mit wenigen Ausnahmen (etwa bei Umstrukturierungen wie Fusionen oder Spaltungen) – die notwendige Folge der Auflösung (Art. 738 OR). Bei der *Liquidation* stehen die Interessen der Gläubiger sowie der Aktionäre im Vordergrund, die durch verschiedene Rechtsinstrumente gesichert werden (z.B. die Pflicht zur Bilanzerstellung sowie der Schuldenruf: Art. 742 OR)<sup>130</sup>.

Die *Gläubiger* werden im Rahmen von Art. 742 Abs. 2 OR über die Liquidation orientiert sowie «zur Anmeldung ihrer Ansprüche» aufgefordert; zum Gläubigerschutz werden u.a. gerichtliche Hinterlegungen vorgesehen (Art. 744 OR). Erst am Schluss der Liquidation erfolgt die Auseinandersetzung mit den *Gesellschaftern* der Unternehmung<sup>131</sup>; sollten die Gläubiger befriedigt worden sein, steht der Rest den Aktionären zu<sup>132</sup>.

### 2.2 GmbH

Die *Auflösung* der GmbH wird in Art. 821 f. OR geregelt. Im Wesentlichen erscheint die Ordnung durchaus vergleichbar mit den Regelungen zur AG<sup>133</sup>. Dies ergibt sich beispielsweise aus Art. 821a Abs. 1 OR: «Für die Folgen der Auflösung [der GmbH] sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar».

Für die *Liquidation* der GmbH ist erneut das aktienrechtliche Regime massgeblich (sc. Verweisung in Art. 826 Abs. 2 OR). Der Liquidationsanspruch des Gesellschafters entspricht dem Verhältnis des Nennwerts seiner Stammanteile zum Stammkapital, wobei bezahlte und nicht zurückbezahlte *Nachschüsse hinzugerechnet* werden (Art. 826 Abs. 1 OR).

## 3. Weitere Aspekte

Zum Schutz des Gesellschaftsvermögens bzw. des Eigenkapitals gibt es für den Fall einer Unternehmensschädigung verschiedene *Klagemöglichkeiten*. Zielsetzung der Klagen ist, den Schaden der Unternehmung auszugleichen und der Gesellschaft (wieder) Vermögen zuzuführen<sup>134</sup>. Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH stehen die Verantwortlichkeitsklage einerseits<sup>135</sup> sowie die Rückforderungsklage andererseits im Vordergrund:

Bei der *Verantwortlichkeitsklage* (beispielsweise gegen Mitglieder des VR oder gegen die Revisionsstelle) sind bei aufrechter Unternehmung sowohl die Gesellschaft als auch die Gesellschafter aktivlegitimiert<sup>136</sup>, hingegen nicht die Gesellschaftsgläubiger<sup>137</sup>. Im Konkurs der Unternehmung können zusätzlich auch deren Gläubiger klagen, indes erst für den Fall, dass die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung verzichtet<sup>138</sup>.

Sollten Dividenden, Tantiemen oder andere Gewinnanteile der Gesellschaft «ungerechtfertigt und in bösem Glauben» ausbezahlt worden sein (Art. 678 Abs. 1

<sup>127</sup> Die Abfindung wird fällig mit dem Ausscheiden, sofern die GmbH «über verwendbares Eigenkapital verfügt»: Art. 825a Abs. 1 Ziff. 1 OR; ansonsten erhält der ausgeschiedene Gesellschafter eine «unverzinsliche nachrangige Forderung»: Art. 825a Abs. 3 OR – durch diese Regelungen wird erneut der Eigenkapitalschutz unterstrichen.

<sup>128</sup> Während beim *gesetzlichen* Austritt des Gesellschafters die Abfindung dem «wirklichen Wert seiner Stammanteile» entsprechen muss (Art. 825 Abs. 1 OR), können beim *statutarischen* Austritt die Statuten die «Abfindung abweichend festlegen» (Art. 825 Abs. 2 OR); regelmässig wird in diesem Fall die Abfindung *unter dem wirklichen Wert* angesetzt, und zwar als Kompensation dafür, dass das statutarische Austrittsrecht erleichtert, aber nicht erschwert werden darf: SANWALD (FN 99), 355.

<sup>129</sup> Der *Gesellschaftskonkurs* infolge einer Überschuldung (vgl. dazu vorne III.1.1.a.) trifft das Eigenkapital und führt, etwas trivialisiert, zu einem Totalverlust der Aktionäre als Risikokapitalgeber sowie zu einem möglichen (Teil-)Verlust der Gläubiger.

<sup>130</sup> Bei längeren Liquidationen müssen jährliche Zwischenbilanzen erstellt werden: Art. 743 Abs. 5 OR.

<sup>131</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt erhält die Firma den Zusatz «in Liquidation»: Art. 739 Abs. 1 OR.

<sup>132</sup> Art. 745 Abs. 1 OR: «Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft wird (...) unter die Aktionäre nach Massgabe der einbezahlten Beiträge (...) verteilt».

<sup>133</sup> Vgl. dazu vorne III.2.1.

<sup>134</sup> Marginale von Art. 756 OR: «Schaden der Gesellschaft»; insofern kann ohne weiteres von *Kapitalerhaltung durch Klagen* gesprochen werden.

<sup>135</sup> Allg.: HERREN (FN 24), 55 ff.

<sup>136</sup> Da es um den Ausgleich des *Gesellschaftsschadens* geht, muss der (mittelbar geschädigte) Aktionär «auf Leistung an die Gesellschaft» klagen (Art. 756 Abs. 1 OR), d.h. selbst bei Obsiegen wird nichts an ihn, sondern ausschliesslich an die Gesellschaft ausbezahlt; anders verhält es sich nur, wenn der *Aktionär unmittelbar geschädigt* wurde; für die GmbH wird auf das Aktienrecht verwiesen: Art. 827 OR.

<sup>137</sup> Ausserhalb eines Gesellschaftskonkurses sind die Gläubiger (noch) nicht geschädigt, sondern im schlimmsten Fall erst gefährdet, so dass ihnen kein Verantwortlichkeitsklagerecht zukommt.

<sup>138</sup> In erster Linie kann die *Konkursverwaltung* auf Wiedergutmachung des *Gesellschaftsschadens* und somit auf Leistung an die geschädigte Unternehmung klagen: Art. 757 Abs. 1 OR; sollte ein Verzicht der Konkursverwaltung vorliegen, ist in zweiter Linie jeder *Aktionär* sowie jeder *Gläubiger* berechtigt zur Klage: Art. 757 Abs. 2 OR; für die GmbH wird auf das Aktienrecht verwiesen: Art. 827 OR.

OR)<sup>139</sup>, kann die *Rückforderungsklage* zum Einsatz gelangen<sup>140</sup>. Aktivlegitimiert sind sowohl die Gesellschaft als auch die Gesellschafter<sup>141</sup>, heute allerdings (noch) nicht die Gesellschaftsgläubiger; die Aktivlegitimation der Gläubiger ist im Rahmen der «grossen» Aktienrechtsrevision umstritten<sup>142</sup>.

ordnung in der Schweiz nicht angepasst werden sollte für die mittelfristige Zukunft; beispielsweise müssten *nennwertlose Aktien* einerseits sowie ein *Austrittsrecht für Aktionäre* andererseits rechtspolitisch ernsthafter untersucht werden.

#### IV. Schlussbemerkungen

Der sog. *Kapitalschutz* stellt – in der Schweiz sowie in sämtlichen ausländischen Rechtsordnungen – ein gesellschaftsrechtliches Fundamentalprinzip dar. Im Wesentlichen soll die Finanzierung der Unternehmung sichergestellt werden, d.h. die *Passiven* der AG sowie der GmbH. Während es beim Fremdkapital einzig um den Gläubigerschutz geht, ist das Eigenkapital bzw. dessen Schutz wesentlich umfassender «angelegt»<sup>143</sup>.

Zum Eigenkapital (und dessen Aufbringung sowie Erhaltung) werden seit Jahren bereits *Reformdebatten* geführt, und zwar nicht allein in der Schweiz<sup>144</sup>, sondern ebenfalls auf internationaler Ebene<sup>145</sup>. Die Ansichten sind so vielfältig wie die Lösungsvorschläge. Es kann im heutigen Zeitpunkt *keine «unité de doctrine»* festgestellt werden. Nichtsdestotrotz gehen die Diskussionen mindestens tendenziell jeweils in Richtung von Verschärfungen.

Beim Schutz des Eigenkapitals liegt ein *Interessenkonflikt* vor, d.h. Interessen der Unternehmung, der Gesellschafter sowie der Gesellschaftsgläubiger «kannibalisieren» sich. Es gibt – ähnlich wie beim Minderheitenschutz – *kein «System» des Schutzes*, sondern zahlreiche, teils arbiträre Facetten, deren Ausgleich der Quadratur eines Kreises gleichkommt.

Das schweizerische Kapitalgesellschaftsrecht, das generell auf dem *Nominalwertprinzip* beruht, sieht einen *relativ ausgeprägten* Eigenkapitalschutz de lege lata vor. Dies heisst hingegen nicht, dass die Gesellschaftsrechts-

<sup>139</sup> Statt vieler: KÄGI (FN 8), § 9 N 33 ff.

<sup>140</sup> Gleich verhält es sich bei GmbH: Art. 800 OR.

<sup>141</sup> Es handelt sich um den Ausgleich des Gesellschaftsschadens, so dass der Gesellschafter ebenfalls «auf Leistung an die Gesellschaft» klagen muss: Art. 678 Abs. 3 OR.

<sup>142</sup> Zum allfälligen Gläubigerklagerecht (ausserhalb des Gesellschaftskonkurses) gab es ein *mehrfaches Hin und Her* («Slalomlauf»): KUNZ (FN 59), Rz. 67 ff. (den Gläubigern – wie heute – keinen Klageanspruch zu gewähren, wäre zwar systemkonform, aber rechtspolitisch bedauerlich: a.a.O. Rz. 68).

<sup>143</sup> Interessiert am Eigenkapital sind die Gesellschaften selber, aber zudem ihre Gläubiger sowie ihre Gesellschafter: Vgl. dazu vorne I.2.; der Aktionärsschutz bzw. *Minderheitenschutz* kann somit als Unterkategorie der Eigenkapitalschutzes sowie der Kapitalschutzes betrachtet werden.

<sup>144</sup> Statt vieler: MEYER (FN 8), 178 ff.; FUCHS MTWEBANA (FN 8), 297 ff.; RASHID BAHAR, *Le capital social: à quand la révolution?*, ZSR 2009 I, 253 ff.

<sup>145</sup> Hinweise: KÄGI (FN 8), § 11 N 1 ff.; HERREN (FN 24), 41 f.; MEYER (FN 8), 66 ff. sowie 91 ff.