

Lukas Handschin*

Eigenkapitalvorschriften – nur für Banken?

Einige Überlegungen zu Verantwortlichkeit, Risikofähigkeit und Eigenkapital

Inhaltsübersicht

- I. Bezug Eigenkapital – Stabilität der Bewertung von Aktiven und Passiven
- II. Bezug Eigenkapital – Risiko des Mittelabflusses
- III. Eigenkapital als Risikoreserve
- IV. Bilanzielle Risikofähigkeit in Abhängigkeit vom Eigenkapital
- V. Festlegung des Eigenkapitals in Abhängigkeit der angestrebten Risikofähigkeit
- VI. Zusammenfassung und Schluss

Die öffentliche Diskussion im Zusammenhang mit den Eigenkapitalvorschriften für Banken, insbesondere die Vorschläge für Basel III¹ und in jüngster Vergangenheit der Kommission «too big to fail»², haben den Bezug zwischen Eigenkapital und Risikofähigkeit wieder verstärkt ins Bewusstsein gebracht. Die Diskussion beschränkt sich allerdings bis jetzt weitgehend auf den Finanzsektor. Das führt zur Frage, ob auch in anderen Wirtschaftsbereichen ein Bezug zwischen Risikofähigkeit und Eigenkapital besteht und – weiter – welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben.

Sicher ist der Finanzsektor speziell. Insbesondere bestehen im Bereich der sogenannten systemrelevanten Banken Risiken, die sich auf die gesamte Wirtschaft auswirken können und daher staatliche Eingriffe und Regulierung besonders gerechtfertigt erscheinen lassen: Der Schaden, der als Folge eines Bankenkurses entsteht, ist grösser als bei einem Unternehmen, das keine Bank ist.³ Dazu kommt, dass regulatorische Eingriffe

in Bezug auf die Anforderungen an das Eigenkapital im Finanzsektor einfacher sind: Die Aktivenstruktur und das Geschäftsmodell von Banken sind relativ homogen und somit einer detaillierten Regulierung besser zugänglich. Die Unterschiede in der Bilanzstruktur von Gesellschaften in der Realwirtschaft sind ungleich grösser, sodass eine Regulierung nach dem Modell der Bankengesetzgebung nicht möglich ist. Die Eigenkapitalvorschriften für Banken können daher nicht (auch nicht analog) auf den Nicht-Finanzbereich übertragen werden. Doch sind die Fragestellungen die gleichen. In diesem Beitrag werden diese Parallelen und die sich daraus ergebenden Konsequenzen aufgezeigt.

I. Bezug Eigenkapital – Stabilität der Bewertung von Aktiven und Passiven

Es gibt einen Bezug zwischen dem notwendigen Eigenkapital und der Stabilität der Bewertung von Aktiven und Passiven. Je verlässlicher die Bewertung der Aktiven und Passiven vorgenommen werden kann, desto geringer kann das Eigenkapital ausfallen.⁴ Der Bezug zwischen der Qualität der Aktiven und der Höhe des Eigenkapitals kommt durch die bankenrechtlichen Vorschriften besonders gut zum Ausdruck, welche die Eigenkapitalquote an die Qualität der unterlegten Aktiven knüpfen.⁵ Ein Aktivum, das einen sehr hohen verlässlichen Wert hat, zum Beispiel Zinsinstrumente von Regierungen und Zentralbanken, darf mit weniger Eigenkapital unterlegt werden als ein Aktivum mit einem unsichereren Wert.⁶ Dieser Bezug zwischen der Verlässlichkeit der Aktivenbewertung und dem Eigenkapital

* Ordinarius an der Universität Basel, Rechtsanwalt.

¹ Bank for International Settlements, Group of Governors and Heads of Supervision announces higher global minimum capital standards, 12. September 2010. Unter: <<http://www.bis.org/list/basel3/index.htm>> eingesehen am 20.10.2010.

² Bundesrätliche Expertenkommission «Too big to fail», Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen, 30. September 2010. Unter: <www.sif.admin.ch/dokumentation/00514/00519/00592/index.html?lang=de> eingesehen am 20.10.2010.

³ Aber auch in der Realwirtschaft können Konkurse Gläubiger schädigen, die nicht in der Lage waren, das Risiko ihres Engagements zu erkennen oder zu beeinflussen, wie beispielsweise Lieferanten oder Geschädigte aus unerlaubter Handlung. Der Einwand, Eigenkapitalvorschriften seien in der Realwirtschaft nicht nötig, weil Fremdkapitalgeber in der Lage seien ihr Risiko selber einzuschät-

zen, ist lebensfremd (so aber: JONATHAN RICKFORD, Reforming Capital, Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, European Business Law Review 15 (2004), S. 919).

⁴ Vgl. GLEN ARNOLD, Handbook of Corporate Finance, New York etc. 2005, S. 491 f.; vgl. auch MAX BOEMLE/CARSTEN STOLZ, Unternehmungsfinanzierung, Zürich 2002, S. 103.

⁵ Die Marktrisiken der durch die Bank gehaltenen Positionen sind mit Eigenmittel zu unterlegen (Art. 68 ERV, SR 952.03).

⁶ Beim Unterlegungssatz für das spezifische Risiko kommt es jeweils auf das Rating und die Restlaufzeit an. Die Unterlegungspflicht im Bezug auf das spezifische Risiko ist bei Zinsinstrumenten von Zentralregierungen und Zentralbanken geringer als

soll sicherstellen, dass das Fremdkapital auch dann noch gedeckt ist, wenn sich die angenommenen Bewertungen als falsch, weil zu hoch, erweisen. Eine Bank mit einem hohen Eigenkapital ist besser in der Lage, eine Bewertungskorrektur ihrer Aktiven zu verkraften. Dieser Bezug zwischen Verlässlichkeit der Aktiven- und Passivenbewertung und dem notwendigen Eigenkapital besteht in verstärktem Ausmass im Nichtbankensektor. Ein Unternehmen beispielsweise, dessen Aktiven sich zum grossen Teil aus aktivierten Entwicklungs- und Forschungskosten zusammensetzen, braucht ein höheres Eigenkapital, als ein Unternehmen, dessen Aktiven aus verlässlich bewertbaren Renditeliegenschaften bestehen und das keine Risiken eingeht, die zu unerwarteten Schulden führen können. Somit kann zusammengefasst werden: Je unsicherer die Bewertung der Aktiven und Passiven, je grösser die Bewertungsrisiken, desto höher muss das Eigenkapital ausfallen.

II. Bezug Eigenkapital – Risiko des Mittelabflusses

Neben Bewertungsrisiken gibt es das Risiko des Mittelabflusses: Ein Unternehmen kann Geld verlieren. Im Ergebnis ist dieses Risiko oft das Risiko eines negativen freien Cashflows. Hat ein Unternehmen einen negativen freien Cashflow, zeigt dies, dass es nicht mehr in der Lage ist, den Mittelabfluss durch operative oder (des-) investive Geldflüsse aufzufangen.⁷ Das Unternehmen ist auf eine Finanzierung angewiesen. Ein Unternehmen mit hohem Eigenkapital kann diese Finanzierung aus eigener Kraft realisieren,⁸ ein Unternehmen mit tiefem Eigenkapital nicht.

III. Eigenkapital als Risikoreserve

In der betriebswirtschaftlichen Literatur⁹ werden die finanziellen (Unternehmens-) Risiken stärker nach ihrer Ursache (extern, operationell, strategisch), weniger nach ihren Auswirkungen auf die Bilanz und damit auf die Höhe des Eigenkapitals beurteilt. Am Umstand, dass es letztlich einen direkten Bezug zwischen dem Eigenkapital und den Risiken gibt, die mit der Geschäftstätigkeit verbunden sind,¹⁰ ändern diese unterschiedliche Sichtweisen nichts. Es steht fest, dass ein hohes

Eigenkapital das Risiko reduziert, dass eine zu hohe Bewertung der Aktiven resp. eine zu tiefe Bewertung der Passiven, oder dass Mittelabflüsse das Unternehmen existentiell gefährden können. Das Eigenkapital kann daher auch als Risikoreserve bezeichnet werden.¹¹

Im Bankenbereich regulierte der Gesetzgeber den Bezug zwischen Risiko und Risikofähigkeit oder Eigenkapital durch Eigenkapitalvorschriften. Im Nicht-Bankenbereich gibt es keine solchen Vorschriften; aufgrund der Heterogenität der praktischen Verhältnisse sind solche auch nicht möglich. Gleichwohl bewegen wir uns nicht in einem rechtsfreien Raum, sondern aufgrund allgemeiner aktienrechtlicher Grundsätze gibt es auch im Nichtbankenbereich Regeln, die im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen Risikofähigkeit und Eigenkapital zu beachten sind.

Die erste Vorschrift, die im Zusammenhang mit Eigenkapital genannt wird, ist die Regel von Art. 621 OR, die als gesetzliches Mindestkapital den Betrag von CHF 100'000 vorschreibt. Diese Bestimmung ist für die Festlegung des «richtigen» Eigenkapitals wenig hilfreich; auf den ersten Blick ist klar, dass dieses Mindestkapitalkriterium völlig untauglich ist, um die Eigenkapitalbedürfnisse der in der praktischen Realität vorkommenden Unternehmen richtig zu erfassen. Art. 621 OR bestimmt das (formelle) Mindestkapital im Zeitpunkt der Gründung, mehr nicht.¹²

IV. Bilanzielle Risikofähigkeit in Abhängigkeit vom Eigenkapital

Die Antwort auf die Frage nach dem «richtigen» Eigenkapital führt über eine andere Überlegung: Gemäss Art. 717 OR ist der Verwaltungsrat in seinem Vorgehen verpflichtet, die Risikofähigkeit seiner Gesellschaft zu beachten: «Die Gesellschaft darf allgemein nur Geschäfte betreiben, zu denen sie personell, finanziell und organisatorisch in der Lage ist.»¹³ Er ist verpflichtet, die Risiken der geplanten und durchgeführten Geschäfte zu beurteilen (Risikobeurteilung) und sich gestützt

bei übrigen Zinsinstrumenten. Siehe FINMA-RS 08/20 vom 20.11.08, N 94.

⁷ GLEN ARNOLD (Fn. 5), S. 166 ff.; BOEMLE/STOLZ (Fn. 4), S. 153 ff.

⁸ BOEMLE/STOLZ (Fn. 5), S. 299: «dank der breiteren Eigenkapitalbasis das Verschuldungspotential ... erhöhen».

⁹ BOEMLE/STOLZ (Fn. 5), S. 59; vgl. ARNOLD (Fn. 4), S. 98 ff.

¹⁰ BOEMLE/STOLZ (Fn. 5), S. 39: «Das Eigenkapital trägt die aus der allgemeinen Unternehmenstätigkeit anfallenden Risiken ... Das Eigenkapital ist ... Risikoträger».

¹¹ LUKAS HANDSCHIN, Das Eigenkapital als Risikoreserve, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 80 ff.; vgl. auch PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, § 8 N 847: «Das allgemeine Risiko, dass unternehmerisch gehandelt wird, findet seine bilanztechnische Entsprechung im Eigenkapital».

¹² Siehe PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 1 N 50.

¹³ PETER WIDMER/DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Art. 530–1186, Basel 2008, Art. 754 OR N 27.

darauf zu verhalten (Risikomanagement).¹⁴ Er darf also keine Geschäfte tätigen, von denen er annehmen muss, dass der Gesellschaft die personellen, organisatorischen oder finanziellen Ressourcen fehlen, die solche Geschäfte erfordern.

Von Interesse ist hier die bilanzielle Risikofähigkeit. Sie knüpft an die finanziellen Mittel der Gesellschaft. Bilanzielle Risikofähigkeit bedeutet, dass die Gesellschaft nur diejenigen Risiken eingehen darf, zu deren Tragung sie aufgrund ihrer Bilanzstruktur fähig ist: «[D]ass die nötigen Mittel vorhanden sind, um die geplanten Tätigkeiten ausüben zu können, und dass insbesondere auch die erforderlichen flüssigen Mittel (Liquidität) bereitstehen, um die jeweiligen Verpflichtungen zu erfüllen»¹⁵. Die bilanzielle Risikofähigkeit knüpft zum einen unmittelbar an die Höhe des Eigenkapitals (im Sinne von Bruttoaktiven abzüglich Fremdkapital). Ein Unternehmen mit einem geringen Eigenkapital darf weniger Geschäfte eingehen, die zum Risiko führen, dass Geld verloren geht. Auch in Bezug auf die Struktur seiner Aktiven ist ein Unternehmen mit wenig Eigenkapital stärker eingeschränkt: «Allgemeingültig kann nur gesagt werden, dass die Ausstattung mit Eigenkapital umso höher sein muss, je risikobehafteter die Unternehmung ist»¹⁶. Das Unternehmen muss die Aktivenstruktur so ausgestalten und sich so verhalten, dass die Bewertungsrisiken derart bleiben, dass eine mögliche Entwertung der Aktiven oder die Entstehung neuer Schulden nicht zur Überschuldung der Gesellschaft führen. Auch der zweite Aspekt der finanziellen Risikofähigkeit, die Sicherstellung der Liquidität, lässt sich letztlich auf das Eigenkapital und die Struktur der Aktiven zurückführen: Eine Gesellschaft mit einer Aktivenstruktur, die hohe flüssige Mittel umfasst, kann die gleichen Liquiditätsbedürfnisse mit weniger Eigenkapital befriedigen, als eine Gesellschaft mit wenig liquiden Mitteln, die auf eine Bankfinanzierung angewiesen ist und somit auf Eigenkapital als Grundlage dafür¹⁷. Der Bezug zwischen Eigenkapital und Risikofähigkeit zeigt sich auch im Blick auf die Praxis: Gesellschaften, die grössere Risiken eingehen, sind regelmässig stark eigenkapitalfinanziert¹⁸.

Der Aspekt der Risikofähigkeit wird durch die gesellschaftsrechtliche Literatur und Rechtsprechung vor allem im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats thematisiert. Sie wird aktuell, wenn sich die Frage stellt, ob ein Verwaltungsrat für den Schaden haftbar ist, der aus einem Geschäft entsteht, zu dem das Unternehmen personell, organisatorisch und finanziell nicht in der Lage ist.¹⁹ Die Pflicht, das Risikoverhalten der Risikofähigkeit anzupassen, ist nicht nur eine Pflicht der Gesellschaft, sondern auch des Verwaltungsrats und damit ein möglicher Anknüpfungspunkt für seine persönliche Verantwortung. In zahlreichen Konkursen wird gegenüber dem Verwaltungsrat der Vorwurf erhoben, die Risikofähigkeit der Gesellschaft missachtet zu haben. Dieser Bezug zwischen Eigenkapital und Risikofähigkeit ist weitgehend anerkannt und als Grundsatz unbestritten.²⁰

V. Festlegung des Eigenkapitals in Abhängigkeit der angestrebten Risikofähigkeit

Interessanterweise wird das Umgekehrte (Rückschluss von der Risikofähigkeit zum Eigenkapital) kaum vorgenommen. Der Bezug zwischen Risikofähigkeit und Eigenkapital ist aber beidseitig und somit ist das angestrebte Risikoprofil der Gesellschaft auch ein Anknüpfungspunkt für die «richtige» Höhe des Eigenkapitals. Gemäss Art. 663b Ziff. 12 OR, aber wohl auch gestützt auf allgemeine Leitungspflichten des Verwaltungsrats,²¹ sind Unternehmen verpflichtet, eine Risikobeurteilung vorzunehmen. Diese Risikobeurteilung ist dann besonders aussagekräftig, wenn sie die Risiken nicht nur beschreibt, sondern auch bewertet. Das bedeutet, dass sie versuchen sollte, durch eine Beurteilung von Eintrittswahrscheinlichkeit und Eintretenswirkung eine Zahl festzulegen, die das Risiko gesamthaft bewertet.²² Diese Risiken beziehen sich auf Unsicherheiten in der Bewertung der Aktiven, auf die Möglichkeit, dass zusätzliche Schulden entstehen und auf das Risiko, dass (als Folge

¹⁴ BSK-WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 13), Art. 716a OR N 6; vgl. auch AXEL P. LEHMANN/KATJA ROTH PELLANDA, Agenda für ein (besseres) Risikomanagement durch den Verwaltungsrat, GesKR 2009, S. 326: «Es ist davon auszugehen, dass ein Gericht heute im Falle eines mangelhaften Risikomanagements eine haftungsbegründende Unsorgfältigkeit annehmen wird, aus welcher sich bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit ergeben kann.»

¹⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 12), § 30 N 42.

¹⁶ BOEMLE/STOLZ (Fn. 4), S. 103.

¹⁷ BOEMLE/STOLZ (Fn. 4), S. 299: «dank der breiteren Eigenkapitalbasis das Verschuldungspotential ... erhöhen».

¹⁸ ARNOLD (Fn. 4), S. 491; STEPHEN A. ROSS/RANDOLPH W. WESTERFIELD/BRADFORD D. JORDAN, Essentials of Corporate Finance, 5. Auflage, New York etc. 2007, S. 449 ff.; BOEMLE/STOLZ (Fn. 4), S. 215.

¹⁹ BGE 113 II 57; RUDOLF TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, S. 199.

²⁰ Unterschiedliche Ansichten dürften bei der Definition des «Grenzwertes» bestehen, also bei der Frage, wie hoch die Risikobereitschaft im Einzelfall sein darf und inwieweit *ex post* – Überlegungen dabei eine Rolle spielen (was sie nicht tun sollten).

²¹ Vgl. LEHMANN/ROTH PELLANDA (Fn. 14), S. 326: «Es ist davon auszugehen, dass ein Gericht heute im Falle eines mangelhaften Risikomanagements eine haftungsbegründende Unsorgfältigkeit annehmen wird, aus welcher sich bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit ergeben kann.»

²² LEHMANN/ROTH PELLANDA (Fn. 14), S. 321: «Identifikation konkreter Risiken sowie deren Bewertung und wenn möglich Quantifizierung.»; vgl. zur Risikobeurteilung auch RETO EBERLE, Angaben über die Durchführung der Risikobeurteilung, in Conrad Meyer/Dieter Pfaff (Hrsg.), Jahrbuch zum Finanz- und Rechnungswesen, Zürich 2008, S. 65 ff.

solcher Schulden) Mittel abfliessen. Soweit die Risiken, dass zusätzliche Schulden entstehen resp. dass Mittel abfliessen, sich aus Ereignissen der Vergangenheit ergeben, sind sie durch das Rechnungslegungsrecht geregelt, es sind Rückstellungen zu bilden.²³ Rückstellungen sind ein besonderer Posten auf der Passivseite der Bilanz, der unsichere, mögliche Mittelabflüsse erfasst, die auf einem vergangenen Ereignis basieren. Vom echten Fremdkapital unterscheiden sich Rückstellungen dadurch, dass sie (noch) keine Schulden der Gesellschaft sind, sondern mögliche Schulden. Eigentlich ist die Rückstellung somit eine klassische Risikoreserve.

Die andere Gruppe von Risiken bezieht sich auf andere Mittelabflussrisiken und das Risiko, dass Aktiven falsch bewertet sind. Diese allgemeinen Unternehmensrisiken können nicht durch Rückstellungen erfasst werden.²⁴ Sie sind aber richtigerweise bei der Feststellung des «richtigen» Eigenkapitals zu beachten. Das bedeutet, dass das Unternehmen sein Eigenkapital auch an der Summe der erwarteten zukünftigen Risiken ausrichten muss. Die rechtlich massgebende Grösse für die Festlegung des richtigen Eigenkapitals ist also nicht Art. 621 OR, sondern das angestrebte Risikoprofil der Gesellschaft.

Zuständig für die Festlegung der Höhe des Eigenkapitals sind die Aktionäre.²⁵ Sie handeln in der Regel auf Antrag des Verwaltungsrats oder als Gründer²⁶ der Gesellschaft. Weigern sich die Aktionäre das Eigenkapital so festzulegen, dass die Gesellschaft die vom Verwaltungsrat angestrebten Risiken eingehen kann, liegt darin auch ein Entscheid über die (eingeschränkte) Risikofähigkeit der Gesellschaft. Das hat zur Folge, dass dem Unternehmen die Risikofähigkeit fehlt, um die geplanten Geschäfte zu führen. Das Unternehmen ist in diesem Fall gezwungen, sein Risikoverhalten seiner

Risikofähigkeit anzupassen. Die Kompetenz der Aktionäre über die Höhe des Eigenkapitals zu entscheiden, bedeutet also im Ergebnis, dass die Aktionäre auch darüber entscheiden müssen, welche Risiken ihre Gesellschaft eingehen darf.²⁷

VI. Zusammenfassung und Schluss

Es gibt ganz generell einen Bezug zwischen Eigenkapital und Risikofähigkeit nicht nur im Finanzsektor, sondern auch in der Realwirtschaft. Je höher das Eigenkapital, desto grösser ist die Risikofähigkeit der Gesellschaft. Der Bezug zwischen Unternehmensrisiken und Eigenkapital ist zweiseitig. Weitgehend anerkannt und im Verantwortlichkeitsrecht praktisch wichtig ist der Rückschluss aus dem effektiven Eigenkapital auf die bilanzielle Risikofähigkeit, wenn sich die Frage stellt, ob ein eingegangenes Risiko pflichtwidrig war.

Der Bezug besteht aber auch in der anderen Richtung: Von der angestrebten Risikofähigkeit zum notwendigen Eigenkapital. Die Gesellschaft kann aus ihrer Risikobeurteilung auf die Höhe des gebotenen Eigenkapitals schliessen. Die Risikobeurteilung ermöglicht die Festlegung des «richtigen» Eigenkapitals unter Beachtung der Unternehmensrisiken. Der Bezug zwischen Risikofähigkeit und Eigenkapital belegt, dass Art. 621 OR nicht die einzige gesetzliche Norm ist, die Rückschlüsse auf die notwendige Höhe des Eigenkapitals zulässt. Art. 717 OR stellt nicht nur den Bezug zwischen Eigenkapital und Risikoverhalten her, sondern auch zwischen (angestrebtem) Risikoverhalten und Eigenkapital. In diesem Sinne bestehen auch im Nichtbankenbereich Eigenkapitalvorschriften. Die Norm ist weniger präzise, als die Eigenkapitalvorschriften für Banken, aber auch weniger starr, und vor allem berücksichtigt sie die vielfältigen Verhältnisse in der Realwirtschaft. Vollstreckt wird sie nicht wie im Finanzsektor direkt durch aufsichtsrechtliche Massnahmen einer Behörde, sondern – indirekt – durch die Haftung des Verwaltungsrats, der die Eigenkapital-bestimmte Risikofähigkeit seiner Gesellschaft verletzt.

²³ Art. 669 Abs. 1 OR; vgl. auch: Swiss GAAP FER 23 Ziff. 1: «Eine Rückstellung ist eine auf einem Ereignis in der Vergangenheit begründete wahrscheinliche Verpflichtung, deren Höhe und/oder Fälligkeit ungewiss, aber schätzbar ist. Diese Verpflichtung begründet eine Verbindlichkeit. Rückstellungen dienen nicht zur Wertberichtigung von Aktiven.» Siehe auch IAS 37.14.

²⁴ BÖCKLI (Fn. 11), § 8 N 847.

²⁵ Gründung (Art. 629 OR), Kapitalerhöhung (Art. 650 Abs. 1 OR, Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 OR) und Herabsetzung (Art. 732 OR), Bildung von Reserven (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR), Verwendung des Gewinns (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Nur im Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Aktien (Art. 659 OR i.V.m. 716 OR) ist der Verwaltungsrat aus eigenem Recht kompetent, die Höhe des Eigenkapitals zu bestimmen.

²⁶ Grundvoraussetzung für die Errichtung einer Aktiengesellschaft ist das Festlegen der Statuten. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007, § 16 N 608. Die Höhe des Aktienkapitals muss bei der Gründung zwingend in den Statuten definiert werden (Art. 626 Ziff. 3 und 4 OR i.V.m. Art. 629 OR). Es können gemäss Art. 672 OR auch Bestimmungen zur Reserve in die Statuten aufgenommen werden, die über diejenigen zur gesetzlichen Reserve von Art. 671 OR hinausgehen. Die Aktionäre definieren bei der Gründung das Eigenkapital und allenfalls durch statutarische Reservevorschriften die Eigenkapitalentwicklung.

²⁷ Ob im Entscheid über die Höhe des Eigenkapitals immer auch der Entscheid liegt, dass die Gesellschaft bei ihrem Risikoverhalten das ganze Potential der Risikoreserve (sprich: Eigenkapital) ausschöpfen darf, ist damit noch nicht gesagt. Es ist durchaus denkbar, dass sich aus den Umständen der Kapitalfestlegung ergibt, dass die Aktionäre beispielsweise durch die Erhöhung des Eigenkapitals nicht die Risikofähigkeit verändern, sondern vorsichtiger werden wollten.